



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto Privato**

**TRASFERIMENTI IMMOBILIARI TRAMITE SCRITTURA  
PRIVATA AUTENTICATA (DDL CONCORRENZA)**

**RELATORE**

**Chiar.mo Prof.  
Michele Tamponi**

**CANDIDATA**

**Maria Alessandra Mazzei  
Matr.112473**

**CORRELATORE**

**Chiar.ma Prof.ssa  
Maria Pia Pignalosa**

**ANNO ACCADEMICO 2014-2015**

*Ai mie genitori,  
la mia guida , la mia forza, la mia vita.*

## RINGRAZIAMENTI

Nel concludere il mio percorso di formazione universitaria, questa mi pare l'occasione migliore per ringraziare tutte le persone che mi sono state vicine e mi hanno accompagnata in questi lunghi anni trascorsi così rapidamente.

Desidero innanzitutto ringraziare il Prof. Michele Tamponi per aver accettato l'incarico di relatore per la mia tesi. Grazie per la sua grande disponibilità, il suo modo paterno di rapportarsi e la cortesia dimostratemi durante il percorso universitario e per l'aiuto, i preziosissimi consigli e spiegazioni suggeriti per superare i problemi incontrati durante la stesura del presente lavoro.

Grazie alla Prof. Maria Pia Pignalosa, correlatrice di questa tesi, che si è da subito resa disponibile e pronta a dare i giusti consigli in qualche momento più critico della stesura.

Il mio pensiero, tutto il mio amore, i miei ringraziamenti, la mia dedizione vanno alla mia mamma e al mio papà che con il loro incrollabile sostegno morale ed economico, mi hanno permesso di raggiungere questo traguardo.

Ringrazio mia madre, ormai il mio portafortuna, che con grande pazienza in questi anni mi ha ascoltato ripetere ogni esame universitario ed era pronta, il giorno degli esami, dietro la porta dell'aula, ad aspettarmi per dare la notizia a mio padre e per gioire, confortarmi e spronarmi a fare sempre meglio.

Un pensiero particolare va a mio nonno che non è più tra noi ma che ha avuto un importante ruolo nella mia formazione.

Ringrazio tutti gli amici che ho incontrato durante il percorso universitario ed in particolare le "mie Girls" , la mia seconda famiglia, con la quale ho condiviso, condivido e spero di continuare a condividere ogni singolo momento di felicità o difficoltà: cosa avrei fatto senza di voi?

Un ringraziamento al gruppo di studio creatosi nell'ultimo anno, preziosissimo. In particolare ringrazio il mio amico Valerio con cui ho condiviso dubbi, ansie, studi notturni che precedevano i giorni degli esami, ma anche tante gioie post esami e consigli.

Grazie agli amici di sempre i quali anche se lontani, sono stati comunque sempre molto presenti e per ultima ma non meno importante, la mia amica d'infanzia Gloria, espertissima d'informatica, sempre vicina, che ha contribuito alla realizzazione dell'indice della tesi!

## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	9
---------------------	---

### CAPITOLO I

#### **LA CERTEZZA GIURIDICA E' UN VALORE TUTELATO DAL "DDL CONCORRENZA"?**

<b>1. Premessa</b>	13
1.1 Contenuti dell'art. 28 ddl concorrenza	14
<b>2. Il valore della certezza giuridica</b>	14
2.1 La certezza nei trasferimenti immobiliari	15
<b>3. "La riforma elimina notai"</b>	16
<b>4. Le critiche mosse al ddl concorrenza</b>	20
<b>5. Come l'art. 28 ddl concorrenza si concilia con il sistema vigente</b>	23
<b>6. La forma: un elemento essenziale del contratto</b>	25
6.1 Forma richiesta per la validità e forma per la prova: in cosa differisce il ddl concorrenza	27
<b>7. Pubblicità come garanzia della certezza nei traffici giuridici</b>	28
<b>8. Pubblicità e trascrizione: breve <i>excursus</i></b>	29
<b>9. La trascrizione come forma pubblicitaria</b>	32
<b>10. <i>Ratio</i> del formalismo contrattuale</b>	36
<b>11. Atto pubblico o scrittura privata: quale tra i due è da preferire?</b>	38
11.1 Le caratteristiche di un atto pubblico	39
11.2 Un'efficacia probatoria "particolare"	42

11.3 Particolare “autorevolezza” dell’atto pubblico	45
12. Quali i pubblici documentatori: pubblici ufficiali o semplici “autenticatori”	46
<b>13. La novità introdotta dal ddl concorrenza: la scrittura privata</b>	<b>49</b>
13.1 La funzione di autenticazione della scrittura privata	51
13.2 In cosa la scrittura privata differisce dall’atto pubblico	54
13.3 Da chi può essere svolto il controllo di legalità sulla scrittura privata	56
<b>14. Il notaio: non solo pubblico ufficiale ma anche libero professionista</b>	<b>60</b>
<b>15. Art. 51 l. notarile: un fulcro nella realizzazione dell’atto</b>	<b>62</b>
<b>16. Il secondo contratto direttamente coinvolto dal ddl concorrenza</b>	<b>66</b>
<b>17. Conclusione</b>	<b>69</b>

## CAPITOLO II

### FORMALITA' DELL'ATTO NOTARILE E RESPONSABILITA' DEL PROFESSIONISTA

<b>1. Introduzione</b>	<b>70</b>
<b>2. Fase preparatoria alla stipula alla stipula degli atti</b>	<b>71</b>
<b>3. Le informazioni da acquisire sul bene</b>	<b>73</b>
<b>4. Formalità notarili</b>	<b>74</b>
<b>5. Il ruolo del notaio nella redazione degli atti</b>	<b>80</b>
<b>6. Iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli: un aspetto da non trascurare</b>	<b>82</b>
<b>7. Formalità successive alla stipula: ulteriori oneri per le parti</b>	<b>84</b>
<b>8. Notartel: semplificazione burocratica</b>	<b>86</b>

<b>9. La responsabilità in caso di inadempimento degli obblighi imposti</b>	87
<b>10. Alcune considerazioni</b>	93
<b>11. L'aspetto fiscale</b>	97
<b>12. Il ddl concorrenza è veramente così negativo come denunciato dalla categoria notarile?</b>	101
<b>13. La letteratura ringrazia la figura del notaio</b>	104
<b>14. Profili di incostituzionalità della nuova normativa?</b>	105
<b>15. Conclusione</b>	108

### **CAPITOLO III**

#### **RIFLESSIONI E ALCUNI BREVI CENNI COMPARATIVI**

<b>1. Introduzione</b>	110
<b>2. La certezza come valore primario nei trasferimenti immobiliari</b>	110
<b>3. Il notariato</b>	113
3.1 Gli archivi notarili	115
<b>4. Alcune valutazioni</b>	116
<b>5. Il sistema americano</b>	117
5.1 Il contract for the sale of land	119
5.2 La title search	120
5.3 Il deed of conveyance	124
<b>6. Gli attori: un sistema privo di una struttura istituzionale</b>	125
6.1 Le Title Insurance Companies	126
6.2 Gli Avvocati	131

6.3 Il Notary Public	131
6.4 Gli Agenti immobiliari	132
6.5 I Periti	133
6.6 Gli Escrow Agent	134
6.7 Le Corti	134
<b>7. Benefici e costi del sistema americano</b>	<b>136</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>141</b>

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato prende spunto dalla proposta legislativa denominata “ddl concorrenza” e approvato dal Governo Renzi nel febbraio 2015.

Con tale disegno ci si propone di procedere alla “liberalizzazione” del mercato: più semplicemente, si vuole aprire il mercato alla concorrenza.

Le categorie professionali coinvolte da questo disegno sono le più varie e tra queste, quella notarile è quella che ha mostrato con maggiore vigore la sua avversità.

Ho, così, deciso di affrontare l’esame dell’articolo 28 del ddl concorrenza che è stata la disposizione più criticata e con la quale il Governo aveva deciso di attribuire agli avvocati la competenza ad autenticare le scritture private mediante le quali si sarebbe proceduto al trasferimento di beni immobili ad uso non abitativo e di valore catastale non superiore a 100.000 €.

I notai hanno espresso il loro dissenso nei confronti della nuova introduzione adducendo come giustificazione la necessità di garantire la tutela della certezza giuridica.

È proprio da qui che prende le mosse questa tesi, sottolineando il valore della certezza nei trasferimenti immobiliari nel primo capitolo.

Il settore immobiliare richiede una disciplina ed un’organizzazione idonee ad assicurare le relazioni giuridiche: si vuole evitare la creazione di asimmetrie informative che creano esternalità negative.

Ciò che assicura la certezza nel nostro ordinamento è il sistema di trascrizione e l’interazione di diversi soggetti che gestiscono il sistema, quali notai e Agenzia del Territorio.

Si tratta di comprendere se la nuova previsione, qui analizzata, possa recare con sé un beneficio per i cittadini. Per i notai la risposta è assolutamente negativa: aumenterebbero gli squilibri di mercato e si indebolirebbe un sistema di controlli e certezze giuridiche garantito dai pubblici registri.

Il primo capitolo passa, poi, ad analizzare i rapporti tra l'art. 28 del ddl concorrenza e gli istituti di diritto privato coinvolti, quali compravendita e donazione, ma soprattutto il rapporto tra scrittura privata e atto pubblico.

Il nuovo sistema permetterebbe, infatti, di eseguire trasferimenti immobiliari tramite la scrittura privata autenticata, eliminando la rigidità dell'atto pubblico.

Innovazione di non poco conto se si considerano gli aspetti che differenziano le due tipologie di forma. Questa assume un ruolo rilevante nella garanzia dell'immodificabilità e della certezza di quanto dichiarato dall'autore dell'atto. Si pone il problema di capire quale tra le due forme di atto sia da preferire per realizzare al meglio le esigenze del cittadino.

Il secondo capitolo è dedicato alla figura notarile e agli adempimenti da compiere precedentemente e successivamente alla redazione dell'atto di compravendita o qualsiasi atto che comporta un trasferimento immobiliare.

I controlli notarili sono previsti a pena di nullità o di sanzioni di tipo amministrativo o penale: l'art. 28 oggetto d'esame grava il privato del compimento delle visure ipotecarie e catastali; gli adempimenti formali successivi (quali, voltura, registrazione e trascrizione) sarebbero posti a carico dell'avvocato.

Se consideriamo tutti questi elementi, sarà facile comprendere come sia difficile per il privato districarsi nella "selva" della continua evoluzione di norme civilistiche e perciò si renderebbe necessaria la consulenza di un professionista esperto nel settore che sia a conoscenza di tutte le formalità richieste dalla legge.

Il notaio in questo quadro svolge il compito di controllare la legalità dell'atto compiuto davanti a lui, verificando che il suo contenuto sia in linea con le norme imperative previste nel nostro ordinamento e sia esente da vizi tali da comportare la nullità o l'inefficacia dell'atto. In una parola lo si potrebbe definire un "custode del rispetto delle regole".

Si passano poi, ad analizzare, sempre nel secondo capitolo, alcuni aspetti della responsabilità del notaio in caso di inadempimento di tali obblighi imposti, che comporta sanzioni disciplinari, civili, fiscali e penali.

Il notaio assicurerebbe la competenza, l'imparzialità, la certezza dei trasferimenti, il tracciamento delle operazioni immobiliari a fini riciclaggio e non solo, infine, la tenuta dei registri immobiliari e societari.

D'altra parte è bene ricordare come gli avvocati possono autenticare le sottoscrizioni dei loro assistiti sulle procure alle liti, certificare la conformità delle copie di atti che notificano in proprio, possono essere delegati ad eseguire le vendite giudiziali nell'ambito dei pignoramenti immobiliari: compiti non di minore importanza rispetto ad un'eventuale autentica delle sottoscrizioni di una scrittura privata.

La categoria notarili ha, anche, sostenuto l'illegittimità della nuova normativa per violazione degli articoli 3, 33 e 42 della Costituzione.

Nel terzo ed ultimo capitolo si richiama il valore della certezza nell'ambito dei trasferimenti immobiliari garantito dalla vivace sinergia tra gli attori del nostro ordinamento (quali notai, Agenzia delle Entrate e Agenzia del Territorio).

Il nostro sistema, cioè il "sistema latino" sebbene spesso criticato non è, tuttavia, da considerare il peggiore, soprattutto in vista della sua funzione anti-processuale assente in altri ordinamenti come quelli di *common law*.

Proprio nel sistema americano, privo di registri immobiliari e ricco di protagonisti si sottolinea la mancanza della certezza nei trasferimenti e la possibilità che si verifichino facilmente frodi e falsificazioni dei certificati di proprietà per via dell'impossibilità di eseguire utili controlli sugli atti.

L'incertezza relativa alla situazione proprietaria e il rischio di frodi induce a scoraggiare gli scambi commerciali e a ridurre il valore dei beni.

Si riporta un simpatico caso avvenuto nel 2008, utile per comprendere la fragilità di quel sistema: il trasferimento della proprietà dell'Empire State Building da parte di un giornalista mediante la falsificazione dei documenti e la contraffazione del sigillo notarile.

La facilità della truffa sottolinea l'assenza di ogni controllo minimo.

Per concludere, nel modello italiano la combinazione del controllo pubblico con la professionalità del privato assicura la cooperazione che produce un beneficio per l'intera collettività.

## CAPITOLO I

### LA CERTEZZA GIURIDICA E' UN VALORE TUTELATO DAL "DDL CONCORRENZA"?

#### 1. Premessa

Lo scorso 20 febbraio 2015 il Ministro per lo Sviluppo Economico, Federica Guidi, di concerto con i Ministri: Beatrice Lorenzin ( Ministro della Salute ), Pietro Carlo Padoan (Ministro dell'Economia e delle Finanze), Andrea Orlando (Ministro della Giustizia), ha presentato e conseguentemente è stato varato, dinanzi al Consiglio dei Ministri, il "Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza"<sup>1</sup>.

Il disegno si propone di "liberalizzare", cioè aprire il mercato alla concorrenza.

Il Governo si è, così, dato due obiettivi: quello della crescita e quello dell'occupazione, nell'intento di favorire la concorrenza.

Ci prefiggiamo l'intento di analizzare, nel corso dei capitoli che seguono, l'art. 28 del disegno di legge in esame, cercando di individuare le criticità e i vantaggi che potrebbero portare con sé simili innovazioni nel nostro ordinamento giuridico.

---

<sup>1</sup> Atto camera n. 3012, presentato il 3 aprile 2015; annunciato nella seduta ant. n. 404 del 8 aprile 2015. L'iter in commissione ha avuto inizio il 28 aprile 2015. L'atto è collegato alla "Legge di bilancio per l'anno 2015".

Assegnato alle commissioni riunite 6° (finanze) e 10° (attività produttive, commercio e turismo) in sede referente il 13 aprile 2015.

Annuncio nella seduta ant. n. 407 del 13 aprile 2015. Con pareri delle Commissioni 1° (Aff. Costituzionali), 2° (Giustizia) (ai sensi dell'art. 73 reg. Camera), 5° (Bilancio), 7° (Cultura), 8° (Ambiente), 9° (Trasporti) (ai sensi dell'art. 73 reg. Camera), 11° (Lavoro) (ai sensi dell'art.73 reg. Camera), 12° (Aff. sociali) (ai sensi dell'art. 73 reg. Camera), 14° (Pol. Unione Europea), Questioni regionali. Dal *Sito ufficiale del Senato*, [www.senato.it](http://www.senato.it).

## **1.1 Contenuti dell'art. 28 ddl concorrenza**

L'art. 28<sup>2</sup> del disegno di legge, rubricato "Semplificazione del passaggio di proprietà di beni immobili ad uso non abitativo", consente di effettuare acquisti di beni immobili, ad uso non abitativo e di valore catastale non superiore a 100.000 euro, non solo tramite atto pubblico o scrittura privata autenticati da un notaio o altro pubblico ufficiale, ma anche tramite scrittura privata autenticata da un avvocato abilitato al patrocinio, che sia munito di polizza assicurativa pari almeno al valore del bene dichiarato nell'atto.

Tutto ciò si traduce in termini di incertezza nei trasferimenti immobiliari.

## **2. Il valore della certezza giuridica**

Da quanto emerge dall'art. 28 del ddl concorrenza, che consente ad una figura professionale (non deputata a ciò dall'ordinamento) quale l'avvocato, di eseguire trasferimenti immobiliari tramite una semplice autenticazione della

---

<sup>2</sup> Di seguito si riporta il testo dell'art. 28: "1. In tutti i casi nei quali per gli atti e le dichiarazioni aventi ad oggetto la cessione o la donazione di beni immobili adibiti ad uso non abitativo, come individuati dall'articolo 812 del codice civile, di valore catastale, determinato secondo le disposizioni relative all'imposta di registro, non superiore a 100.000 euro, ovvero aventi ad oggetto la costituzione o la modificazione di diritti sui medesimi beni, è necessaria l'autenticazione della relativa sottoscrizione, essa può essere effettuata dagli avvocati abilitati al patrocinio, muniti di copertura assicurativa per importo pari almeno al valore del bene dichiarato nell'atto. La scrittura privata autenticata dagli avvocati abilitati al patrocinio costituisce titolo per la trascrizione, ai sensi dell'articolo 2657 del codice civile.

2. Le visure ipotecarie e catastali per la redazione degli atti e delle dichiarazioni di cui al comma 1 nonché le comunicazioni dell'avvenuta sottoscrizione degli stessi agli uffici competenti sono posti a carico della parte acquirente, donataria o mutuataria.

3. Gli avvocati che autenticano gli atti e le dichiarazioni di cui al comma 1 sono obbligati a richiedere la registrazione, a presentare le note di trascrizione e di iscrizione e le domande di annotazione e di voltura catastale relative ai medesimi atti e dichiarazioni nonché alla liquidazione e al pagamento delle relative imposte utilizzando le modalità telematiche. Ai fini dell'applicazione dell'imposta di bollo, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, si applicano le disposizioni previste per i corrispondenti atti rogati, ricevuti o autenticati dai notai o da altri pubblici ufficiali.

4. Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabiliti i termini e le modalità di esecuzione, per via telematica, degli adempimenti di cui al comma 3".

sottoscrizione delle parti (acquirente e venditrice), si pone il problema di garantire la certezza nei traffici giuridici.

La necessità di tale certezza emerge con chiarezza nel settore immobiliare: esso richiede una disciplina e un'organizzazione idonee ad assicurare le relazioni giuridiche. L'acquisto di un immobile rappresenta, infatti, uno degli investimenti più importanti della vita di un soggetto.

Il sistema giuridico deve porsi a presidio di ciò, come garanzia della trasparenza delle transazioni e tutela delle parti nel rispetto dei principi generali e dei valori inderogabili dell'ordinamento<sup>3</sup>.

La certezza del diritto contribuisce alla creazione di un rapporto fiduciario tra le parti che evitano pretese capziose e ricorso alla frode, e conseguentemente anche l'insorgere di costi eccessivi e il contenimento degli oneri proprio perché le regole assicurano il rispetto della proprietà e il corretto trasferimento del diritto di proprietà.

L'assenza di qualsiasi grado di certezza determina, quindi, asimmetrie informative.

## **2.1 La certezza nei trasferimenti immobiliari**

Nel nostro ordinamento, a tutela del valore su descritto è posto il regime di trascrizione e l'interazione di diversi soggetti che gestiscono il sistema, quali notai e Agenzia del Territorio.

Le vicende traslative devono essere tutelate già nella fase dell'acquisto, rendendolo inattaccabile, tramite la previsione di obblighi di buona fede e oneri pubblicitari<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> C. LICINI, *Ritorno al futuro: dalle autoregolamentazioni al primato del diritto*, in *Notariato*, n. 3, 2009, p. 318.

<sup>4</sup> La disciplina della pubblicità immobiliare consente di comporre le ragioni dell'alienante, costituite dalla sicurezza dei diritti e quelle dell'acquirente che confida nelle risultanze pubblicitarie.

Il controllo circa la legalità dell'atto, l'identità delle parti, la capacità e legittimazione sono elementi caratterizzanti la proprietà immobiliare in tema di sicurezza.

Il codice civile del 1942 per garantire questo principio, si compone di una struttura che possiamo descrivere come segue:

- richiesta di atto pubblico o scrittura privata autenticata per la trascrizione;
- obbligo del notaio di trascrivere in breve tempo;
- controllo da parte del notaio circa la capacità, la legittimazione delle parti e divieto di ricevere atti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume;
- preclusione di un sindacato da parte del conservatore circa la legalità dell'atto;
- attribuzione di pubblica fede ai registri immobiliari se sussistono la buona fede dell'acquirente e il decorso del tempo.

### **3. “La riforma elimina notai”**

Da più parti la riforma oggetto di analisi in questi capitoli ha subito forti critiche, che hanno comportato la presentazione di numerosissimi emendamenti al testo del disegno di legge, che il 27 settembre 2015 ha iniziato il suo iter in Assemblea.

Cercheremo ora di capire meglio quali potrebbero essere le criticità e i punti di forza di una simile innovazione procedendo poi a vedere quali sono i punti di contatto con l'attuale normativa.

Il titolo del paragrafo riprende quello che è stato fino ad ora il sentimento che ha contraddistinto gli animi della categoria del notariato.

La riforma non metterebbe in concorrenza le due categorie ma trasferirebbe esclusivamente una competenza del notaio agli avvocati, in quanto il notaio,

quale pubblico ufficiale, è soggetto a costi, responsabilità, sanzioni e rischi che gli rendono impossibile competere con professionisti che non sono gravati da tali oneri.

L'effetto, secondo la classe notarile, sarebbe (in una visione estrema) quello della chiusura degli studi notarili.

Il punto si incentra quindi, sul fatto se l'abolizione dei notai (per le tipologie di atti individuati dal ddl concorrenza), indiscusso vantaggio per gli avvocati, sarà un beneficio per i cittadini o meno.

Si tratterebbe di un sistema non meno oneroso per il cittadino in termini di costi, con l'aggravante (forse) rappresentato dal fatto che il consumatore non avrebbe la garanzia che l'incarico sia affidato ad un soggetto terzo e indipendente, che risponda verso lo Stato delle imposte dovute per il trasferimento, che il Ministero sottoponga gli atti ad ispezioni, con le relative sanzioni in caso di errori, che gli originali degli atti siano conservati negli archivi dello Stato.

Tutte garanzie che la legge collega al fatto che il notaio è un pubblico ufficiale e non un semplice professionista privato.

In pratica si sostituirebbe un monopolio gestito dallo Stato, con un altro gestito da privati.

Con il disegno di legge sulla concorrenza, che consente transazioni immobiliari e societarie<sup>5</sup> senza controllo notarile, il sistema del Paese e, in particolare le fasce più deboli dei cittadini, potrebbero essere esposte a forti rischi di criminalità, frodi e abusi, con danno per l'economia e la società così come avvenuto in America con la crisi delle frodi identitarie (cap. 3).

---

<sup>5</sup> L'art. 29 ddl concorrenza comporta alcune novità anche sul profilo societario e così recita: "*(Modifiche alla disciplina della società a responsabilità limitata semplificata)*."

1. All'articolo 2463-bis del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al secondo comma, alinea, dopo le parole: « deve essere redatto per atto pubblico » sono inserite le seguenti: « o per scrittura privata »;

b) è aggiunto, in fine, il seguente comma: « Se l'atto costitutivo è redatto per scrittura privata, gli amministratori, entro venti giorni, devono depositarlo per la sua iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329, numero 3) »".

La rimozione dei controlli, porterebbe ad una rarefazione delle verifiche in materia di antiriciclaggio – e oggi il 91% delle segnalazioni da parte dei professionisti provengono dai notai – minando l’affidabilità dei registri pubblici<sup>6</sup>.

In Italia il settore è caratterizzato da un sistema di governo pubblico che garantisce la trasparenza delle transazioni immobiliari, e tutela la parti da eventuali vizi che possono colpire il mercato<sup>7</sup>.

Basti pensare che ogni atto notarile (indipendentemente dal soggetto interessato) è sottoposto al controllo del Ministero della Giustizia a garanzia della massima certezza del contenuto dell’atto e della sua conformità all’ordinamento.

Anche in campo societario la scelta del Governo è in controtendenza con quanto affermato dalle principali organizzazioni OCSE, GAFI e la stessa Banca Mondiale che, a seguito delle frodi per mancanza di una corretta regolamentazione, ha sottolineato, negli ultimi anni, l’importanza di un accurato controllo per evitare l’abuso degli strumenti societari (riciclaggio, evasione fiscale, corruzione) e la necessità di un registro imprese maggiormente affidabile<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Nel settore immobiliare è sufficiente osservare l’esperienza americana in cui non esiste il controllo preventivo di legalità del notaio: le frodi identitarie e ipotecarie emerse negli Stati Uniti con la crisi dei mutui subprime hanno causato multe per oltre 100 miliardi di dollari comminate nei confronti di banche americane e milioni di cittadini sono rimasti senza casa, causa frodi.

<sup>7</sup> Ciò è possibile attraverso una sinergia tra agenzie pubbliche (Agenzia delle Entrate-Area Territorio e Archivi Notarili sotto il controllo del Ministero della Giustizia) e un numero programmato di concessionari (notai – pubblici ufficiali) all’avanguardia nella trasmissione digitale in sicurezza degli atti.

<sup>8</sup> Il registro delle Imprese italiano, alimentato esclusivamente con atti pubblici sottoposti al controllo di legalità preventivo dei notai, risponde al modello di registro societario auspicato dall’International Bank for Reconstruction and Development Banca Mondiale (rapporto *The Puppet Masters*, 2011), rispetto ai paesi di *common law* che utilizzano il registro societario come semplice archivio, invece di uno strumento di controllo e legalità.

Secondo le organizzazioni internazionali attuare nell’ambito societario una strategia di deregolamentazione al ribasso, con deterioramento del sistema di controllo giuridico, dell’efficienza dei mercati e della qualità dell’infrastruttura socio-economica, significa che il costo della corruzione e degli abusi sarebbe a carico della comunità mentre i proventi delle attività abusive sarebbero redistribuiti solo tra lobby ristrette.

Bisogna rilevare come le nuove norme incidano su un sistema efficiente, riconosciuto come tale dalle principali organizzazioni internazionali.

Ciò rischia di aumentare gli squilibri di mercato e di indebolire un sistema di controlli e certezze giuridiche garantito ora dai pubblici registri.

Le misure potrebbero far venir meno la certezza del gettito fiscale che i notai garantiscono allo Stato anche personalmente, pari a circa 6 miliardi di euro l'anno.

Il notaio è un responsabile d'imposta e per tale motivo ha il compito di riscuotere (senza costi per lo Stato) le imposte che il cittadino deve versare allo Stato per l'operazione che sta compiendo.

Il notaio inoltre, in quanto figura terza ed imparziale, assicura che il cittadino non impieghi i propri risparmi in operazioni rischiose, per esempio tramite l'acquisto di case abusive o ipotecate o da falsi proprietari.

Ha, inoltre, competenze altamente specializzate, garantisce entrambe le parti in quanto appunto, terzo, che opera nell'interesse dello Stato e della corretta formazione degli atti giuridici.

D'altra parte, l'avvocato svolge la sua opera professionale importante nell'ambito della tutela degli interessi e dei diritti della parte.

Nell'ambito immobiliare i cittadini si troverebbero a pagare (oltre ad una polizza assicurativa) diversi professionisti, uno per parte, per adempiere ai compiti che oggi sono svolti da un solo notaio, che ha come compito quello della tutela di tutte le parti coinvolte, venditore e acquirente, oltre all'interesse dell'Erario.

Non è immaginabile, infatti, che il comune cittadino possa svolgere autonomamente indagini particolarmente delicate e adempimenti fiscali e pubblicitari senza l'aiuto di una figura professionale.

---

La conferma del valore economico-giuridico e sociale del controllo notarile si evince dalla posizione dell'Italia nelle classifiche internazionali sulla competitività (Doing Business 2015) che, per quanto riguarda il settore immobiliare e societario, risulta migliore di quello della maggior parte dei paesi ad alto reddito.

#### **4. Le critiche mosse al ddl concorrenza**

Spesso si è affermato con durezza che nel ddl non esiste alcuna norma in grado di tutelare i cittadini.

Secondo i consumatori si consegna in tal modo il mercato immobiliare nelle mani di banche e assicurazioni eliminando le tutele dei cittadini, garantite, invece, dai notai in qualità di pubblici ufficiali.

Il CNN convocato in audizione lo scorso 19 giugno 2015 presso le Commissioni riunite Finanze e Attività produttive della Camera dei Deputati, si è espresso su 4 articoli del ddl concorrenza che riguardano il sistema del funzionamento del notariato.

Sono state presentate alcune proposte sostitutive<sup>9</sup> degli artt. 28, 29 e 30 del ddl per realizzare gli obiettivi di una semplificazione efficiente a vantaggio del Paese e una riduzione dei costi per i cittadini e le imprese.

Nel corso dell'audizione, il Notariato ha ribadito che le proposte degli articoli relativi la loro disciplina, oltre a non avere contenuto concorrenziale, non comporterebbero risparmi né per i cittadini, né per le imprese, né per lo Stato<sup>10</sup>.

Si può rilevare come l'assenza delle verifiche e delle regole del sistema notarile e le carenze sottolineate dell'art. 28 avrebbero come conseguenza naturale la riduzione dei controlli (che si traduce in una minore protezione

---

<sup>9</sup> Tra queste proposte si segnalano: la riforma del Registro delle successioni tramite la sua totale informatizzazione e telematizzazione, con unificazione dei registri esistenti presso le cancellerie dei Tribunali su base nazionale.

Tale registro andrebbe affidato, senza oneri per lo Stato, al CNN e senza oneri per le parti in caso di consultazione.

Si propone, in collegamento a questo punto, di istituire anche per le successioni nazionali il Certificato di Successione nazionale, con risparmio dei tempi e costi per il cittadino e la P.A..

Infine, la possibilità di redazione e autenticazione a distanza di alcune categorie di atti unilaterali dell'imprenditore, come gli atti di organizzazione interna dell'impresa.

Questa proposta unisce il vantaggio per l'imprenditore di avvalersi della consulenza del notaio senza spostamenti dal proprio ufficio.

<sup>10</sup> FORTIS M., *La garanzia del risparmio privato*, in *IlSole24Ore* del 27 gennaio 2012.

delle parti) e un aumento probabile del contenzioso; un rischio per la qualità dei dati inseriti nei registri immobiliari (e conseguente indebolimento del sistema della pubblicità legale) e inevitabili ripercussioni sulla posizione dell'Italia nella classifica "Doing Business" della Banca Mondiale, con effetti negativi sul P.I.L.<sup>11</sup>; l'irrigidimento delle procedure transattive, aumentando i soggetti coinvolti nelle operazioni, ritenendo probabile che le parti vogliano essere assistiti dal proprio avvocato come avviene nei paesi anglosassoni.

Come segnalato dalle Associazioni dei Consumatori e dal CNN questo articolo potrebbe avere come effetto quello di avvantaggiare banche e assicurazioni.

I notai sottolineano come sia già stata costituita la società UNICREDIT SUBITO CASA che offrirà il servizio sottratto al notaio.

Se si domanda come una banca possa offrire il servizio notarile quando questo sia riservato agli avvocati, si deve notare come all'interno del ddl concorrenza si legittimano le società di professionisti con soci di capitale, cioè con soci che non sono in possesso di un titolo abilitativo alla professione ma conferiscono solo il capitale (denaro).

In tal modo le banche possono costituire società con propri avvocati affinché svolgano le suddette funzioni.

Così, si dice che la banca percepirà il mero compenso, mentre le imposte saranno versate direttamente dai clienti a parte, dando un effetto della riduzione del costo per eseguire l'operazione.

Le semplificazioni introdotte potrebbero facilmente trasformarsi in una scelta di favore per i gruppi imprenditoriali che utilizzano le società semplici come strumento per gestire grandi patrimoni immobiliari e finanziari.

---

<sup>11</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *DDL concorrenza proposte in campo immobiliare e societario: saltano le tutele per i cittadini. Banca Mondiale, Ocse e Gafi: la deregolamentazione al ribasso è causa di corruzione e abusi*. Roma, 20 febbraio 2015.

Sotto il secondo profilo, la norma favorirebbe le assicurazioni in quanto l'avvocato dovrà munirsi di un'apposita assicurazione per eseguire le operazioni<sup>12</sup>.

Come si è nel paragrafo precedente sottolineato, il settore immobiliare è caratterizzato da un sistema di governo pubblico che assicura trasparenza alle transazioni e assicura le parti da eventuali vizi che possono inficiare il mercato.

Tutto questo tramite una collaborazione instaurata tra le agenzie pubbliche e un numero determinato, e quindi controllabile, di notai.

Inoltre, l'art. 28 del ddl concorrenza fa riferimento ai beni che abbiano un valore catastale pari a 100.000,00 €: ciò significa che la norma riguarda il 70% delle operazioni soggette al controllo di legalità imposto per legge ai notai.

Il valore catastale potrebbe trarre in inganno: il valore reale dei beni immobili è di solito almeno tre volte superiore rispetto al predetto valore catastale.

Qualora non esistesse il sistema attuale, si faciliterebbe la nascita di un sistema caratterizzato da minori controlli, soprattutto in materia di antiriciclaggio e meno affidabilità dei registri pubblici.

Un atto controllato dal notaio non può essere paragonato ad una scrittura privata o ad un documento sottoscritto digitalmente.

Mancando i notai, in caso di frodi identitarie e ipotecarie, come accaduto negli Stati Uniti d'America<sup>13</sup>, ci sarebbe il rischio che con una crisi dei mutui vengano inflitte multe miliardarie per banche e cittadini (che rischierebbero di rimanere senza una casa)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *DDL concorrenza: nessun risparmio per le famiglie, a rischio la tutela dei consumatori*. Roma, 8 aprile 2015.

<sup>13</sup> Al riguardo il premio Nobel 2013 per l'Economia, Robert J. Shiller, ha auspicato l'introduzione nel sistema americano del Notariato di tipo latino, a difesa dei consumatori e dell'economia.

<sup>14</sup> MORAGLIO A., *DDL concorrenza, il notaio dice no/Le esperienze all'estero nell'immobiliare dimostrano il flop*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 2015, <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2015-03-02/ddl-concorrenza-notaio-dice-nole-esperienze-estero-immobiliare-dimostrano-flop-135141.shtml?uuid=ABHChq2C&nml=2707>.

Ciò non accadrebbe secondo quanto sostenuto dalla classe notarile se fosse sempre garantita la presenza di una “figura terza”, che garantirebbe controlli preventivi e uguali tutele per tutti i cittadini<sup>15</sup>.

In un sistema come il nostro, il notaio deve essere inteso come un “magistrato preventivo”: svolge un ruolo deflattivo del contenzioso civile <sup>16</sup>.

Riassumendo alcuni punti critici, essi potrebbero essere:

- nessun risparmio ma probabile aggravio dei costi per sostenere le spese di più professionisti;
- diminuzione delle garanzie per le fasce più deboli dei cittadini;
- rischio di comprare immobili già ipotecati o da soggetti non proprietari;
- consegna del mercato immobiliare ai soggetti più forti rappresentati da banche e assicurazioni.

Infine, se l'intento fosse stato quello di liberalizzare, forse, si sarebbe dovuto partire da un sistema di controlli e verifiche dei diritti di proprietà facilmente accessibile ai cittadini, o ampliando il numero dei notai, ma non ampliando la platea di soggetti che possono autenticare gli atti senza offrire loro gli strumenti per garantire le transazioni.

## **5. Come l'art. 28 ddl concorrenza si concilia con il sistema vigente**

In questi primi paragrafi abbiamo evidenziato gli aspetti centrali dell'innovazione normativa, mettendo in evidenza le criticità riscontrate da parte della categoria professionale notarile.

---

<sup>15</sup> CELESTE G., *Imparzialità del notaio: garanzia dell'ordine contrattuale*, in Relazioni al XXIV congresso internazionale del notariato latino, Città del Messico 17-22 ottobre 2004, Milano, 2004.

<sup>16</sup> Basti pensare che in Italia, il contenzioso immobiliare è, grazie ai notai, praticamente inesistente, pari a circa 0,0029%.

Ora dobbiamo chiederci come l'art. 28 del ddl concorrenza può coordinarsi con la normativa vigente in materia civilistica e, soprattutto notarile.

Il ddl concorrenza all'art. 28, sottoposto alla nostra attenzione, fa riferimento ai due contratti di "compravendita" e "donazione", che costituiscono l'oggetto, il fulcro della normativa che il legislatore è intenzionato a modificare con il disegno di legge.

Proprio per questo motivo faremo riferimento alla disciplina richiesta attualmente per la conclusione di tali contratti.

È l'art. 1470 a dettare la nozione di vendita, definendola come "il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto, verso il corrispettivo di un prezzo"<sup>17</sup>.

Appare evidente dalla formulazione normativa, che oggetto della vendita deve considerarsi da una parte, l'attribuzione traslativa del diritto<sup>18</sup> e, dall'altra l'obbligo di pagarne il corrispettivo. La vendita rappresenta uno strumento di circolazione della ricchezza<sup>19</sup> e si pone come prototipo dei contratti traslativi<sup>20</sup>.

Nel settore immobiliare si può definire come l'accordo formale con cui un soggetto (venditore) trasferisce ad un altro (acquirente) la proprietà o un altro diritto reale di un determinato immobile a fronte del pagamento del prezzo pattuito.

---

<sup>17</sup> La vendita è un contratto consensuale (art. 1376 c.c.) e traslativo, con cui si attua il trasferimento o la costituzione di un diritto. Oggetto del trasferimento possono essere anche beni complessi, come l'eredità.

Dopo una disciplina generale, il codice prevede una serie di norme specifiche a seconda dell'oggetto del contratto.

Elemento distintivo è il pagamento del prezzo, che consente di differenziarla dalla permuta e non deve essere esclusivamente simbolico, altrimenti integrerebbe l'antica fattispecie di derivazione romana, chiamata "vendita nummo uno"; oggi molto simile ad una donazione.

M. BIANCA, *Diritto civile*, vol.3 *Il contratto*, seconda edizione, Milano, 2015, p. 3.

<sup>18</sup> Si preferisce parlare di attribuzione traslativa (e non di obbligazione di trasferire il diritto) per ricomprendere l'ipotesi in cui l'effetto traslativo si verifichi contestualmente alla conclusione del contratto e non sia mediato da un'obbligazione.

<sup>19</sup> La circolazione viene realizzata attraverso lo scambio tra un diritto (che viene trasferito) e un corrispettivo in danaro.

<sup>20</sup> Molte delle norme formulate esplicitamente in tema di vendita sono, se compatibili, applicabili a tutti i negozi traslativi.

Per la particolare rilevanza rivestita, rientra tra gli atti che l'art. 1350 prescrive debbano farsi per iscritto.

Costituendo una *species* del *genus* del contratto, richiede gli elementi indicati nell'art. 1325<sup>21</sup>, ovvero: accordo delle parti, causa, oggetto e forma (se richiesta dalla legge a pena di nullità)<sup>22</sup>.

Un ruolo particolarmente rilevante, ai fini della nostra trattazione, assume la forma dal momento che il ddl concorrenza prevede che l'atto possa farsi non più tramite atto pubblico ma anche, e soprattutto, con scrittura privata.

Bisogna distinguere la forma richiesta ai fini della validità, da quella prevista a fini pubblicitari per comprendere come la “nuova” disciplina inciderebbe sull'attuale sistema.

## **6. La forma: un elemento essenziale del contratto**

La forma del contratto è il mezzo sociale tramite cui le parti esprimono il loro consenso.

Il termine “forma” non è prettamente giuridico, cioè non individua un concetto giuridico puro, ma appartiene al linguaggio comune ed è proprio di ogni altra scienza, seppure con diversi significati.

Pur non offrendo alcuna definizione, il legislatore l'annovera tra gli elementi del contratto, nel testo dell'art. 1325 c.c. . Resta affidato all'interprete il compito di far chiarezza su tale concetto.

Le principali forme sono: l'atto pubblico, la scrittura privata, la forma orale e il comportamento materiale<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Tale articolo è collocato nel Capo II, Titolo II, del Libro IV delle Obligazioni, in materia di contratti in generale. Individua gli elementi essenziali dei contratti, agli effetti dell'esistenza e della validità.

<sup>22</sup> Accanto agli elementi essenziali, bisogna ricordare quelli accidentali (clausole che le parti hanno la facoltà di apporre al contratto per stabilire le modalità o modificare gli effetti) e quelli naturali (collegati alla natura stessa del contratto, che si producono ex lege, anche in assenza di una specifica dichiarazione).

Nel nostro ordinamento vige il principio di libertà delle forme<sup>24</sup> e il consenso delle parti può essere manifestato con qualsiasi mezzo.

In deroga al principio di libertà della forma, per alcuni contratti, la legge richiede una forma determinata a pena di nullità e cioè *ad substantiam*<sup>25</sup>.

L'art. 1350 effettua un'elencazione di atti che devono farsi per iscritto, tramite atto pubblico o scrittura privata.

In primo luogo ritroviamo i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili (art.1350, n.1, c.c.): tali contratti, che richiedono un vincolo di forma<sup>26</sup>.

Per le alienazioni immobiliari e gli atti dispositivi di diritti reali immobiliari è previsto l'onere minimo della scrittura privata.

In questo quindi, il ddl concorrenza non avrebbe un impatto significativo sul sistema, proprio perché la scrittura privata è una forma già contemplata per la conclusione del contratto di compravendita.

Le funzioni fondamentali svolte dai requisiti di forma degli atti sono quelle di garantire – anche se non in via assoluta – l'immodificabilità e la certezza di quanto viene dichiarato dall'autore dell'atto.

La certezza come *suesposto* è il valore che più di ogni altro deve essere garantito e sul quale il Notariato ha fatto leva per scongiurare l'introduzione della nuova normativa.

Inoltre, esse attestano la paternità della dichiarazione attraverso il controllo che può essere effettuato sulla genuinità della sottoscrizione.

---

<sup>23</sup> M. BIANCA, *Diritto civile, vol.3 "il contratto"* seconda edizione, Milano, 2015, p. 284 e ss. .

<sup>24</sup> Il principio della libertà delle forme si è affermato con la Scuola giusnaturalistica che ha affermato che l'essenza del contratto consiste nella volontà dei contraenti e ha aperto la via alla generalizzazione del principio della libertà della forma e con il *Code Napoléon*, che riconosceva il prodursi degli effetti giuridici del contratto sempre, in virtù della sola volontà. Tale orientamento sorge in contrapposizione a quello che si era affermato con il diritto romano, che considerava il contratto un atto formale, idoneo a produrre effetti giuridici grazie al *vestmentum*, e in antitesi con il formalismo che aveva caratterizzato il contratto in epoca anteriore alle codificazioni moderne.

<sup>25</sup> Talvolta può accadere che il requisito di forma sia prescritto a pena di annullabilità.

<sup>26</sup> Fra i negozi che richiedono l'atto pubblico, rientrano: la donazione, l'atto costitutivo di società per azioni, le convenzioni matrimoniali.

La distinzione più importante, però, riguarda la forma richiesta per la validità dell'atto e quella richiesta a fini probatori<sup>27</sup>.

La nostra indagine deve quindi, ora, focalizzarsi proprio su questa differenza. Per far ciò, sarà necessario richiamare gli artt. 2657 e il summenzionato 1350 c.c. .

Successivamente, porremo la nostra attenzione sulla differenza intercorrente tra atto pubblico e scrittura privata proprio per capirne la diversità e quale effetto determinerebbe l'adozione della scrittura privata in materia di compravendita e donazione .

### **6.1 Forma richiesta per la validità e forma per la prova: in cosa differisce il ddl concorrenza**

Le prescrizioni di forma del contratto sono inderogabili<sup>28</sup>. Sono quindi, norme imperative, che impongono all'autore un onere.

La forma richiesta dalla legge per la prova di un contratto è da tener ben distinta dalla forma prevista per la validità.

Si richiama, così, la distinzione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*.

Contratti a prova formale sono quei contratti per i quali è richiesta una determinata formalità a fini probatori; in tali casi, la forma non è un elemento essenziale del contratto ma un onere richiesto alle parti per consentire loro di fornire la prova dell'avvenuta stipulazione.

---

<sup>27</sup> I codici civili "romanistici", seguendo la scia lasciata dal codice napoleonico, pongono una distinzione necessaria fra le ipotesi in cui l'osservanza del requisito formale costituisce un elemento di validità del negozio e quelle in cui il negozio risulta, in assenza della forma, sì valido, ma non può però essere provato davanti al giudice, oppure può esserne fornita prova solo con mezzi specifici. Da ciò nasce la distinzione tra invalidità e inammissibilità della prova: il negozio mancante del requisito formale, non è valido ed è considerato d'ufficio, inefficace; nel caso di negozio valido, ma non suscettibile di prova, rimane la possibilità che la parte interessata lo riconosca come valido.

<sup>28</sup> Non è consentito alle parti derogare alla disciplina legale della forma.

Il contratto rimane pur sempre valido, anche in assenza dell'adempimento dell'onere e la prova può comunque essere fornita tramite un documento ricognitivo o confessione o ancora, giuramento.

Non è comunque ammessa la prova per testimoni<sup>29</sup>, indipendentemente dal valore del contratto<sup>30</sup>, e quella per presunzioni<sup>31</sup>.

Nel momento in cui la forma è richiesta *ad substantiam*, essa costituisce elemento essenziale del negozio.

L'art. 1325 n. 4 c.c., così, implicitamente richiama l'art. 1418 c.c.

Nel caso della compravendita immobiliare, si prevede come obbligatoria esclusivamente la forma scritta, non specificando però, se sia richiesto l'atto pubblico o la scrittura privata, quindi sembrerebbero ammesse entrambe le forme ed in questo il ddl sembra coerente con la disciplina vigente.

## **7 Pubblicità come garanzia della certezza nei traffici giuridici**

Nello sviluppo dei traffici giuridici, è importante essere titolare di un diritto, ma tanto più importante è far in modo che la generalità dei consociati ne sia a conoscenza.

Se infatti, si acquista un bene, è necessario che i terzi sappiano (o siano posti in grado di sapere) che il soggetto acquirente sia diventato proprietario della casa, perché possano far riferimento allo stesso<sup>32</sup>.

Questa finalità è particolarmente salvaguardata dal sistema attuale, in cui il notaio è deputato a dare pubblicità agli atti e dubbi potrebbero porsi se questo compito fosse lasciato nelle mani delle parti o anche solo degli avvocati che

---

<sup>29</sup> A meno che la parte non provi la perdita incolpevole del documento. Art. 2725, comma 2, c.c. .

<sup>30</sup> È consentita esclusivamente in caso di perdita incolpevole del documento.

<sup>31</sup> La limitazione della prova opera solo tra le parti contraenti e non nei confronti dei terzi.

<sup>32</sup> Potrebbe verificarsi il caso in cui il conduttore continui a pagare al vecchio proprietario, o che quest'ultimo sia chiamato a pagare le tasse, o venda la casa (non più sua).

non risultano comunque soggetti terzi ed imparziali per la tutela di tutte le parti coinvolte<sup>33</sup>.

Per evitare tali inconvenienti sono previsti istituti di pubblicità e ne esistono tre diverse forme:

- notizia: i fatti oggetto della pubblicità sono utili esclusivamente ad assicurare la conoscibilità legale, ma non sono opponibili ai terzi.

- dichiarativa: rende opponibili ai terzi i fatti resi pubblici; la sua inosservanza comporta l'inopponibilità dei fatti non registrati, a meno che si provi che i terzi ne erano a conoscenza. L'atto è comunque valido in assenza della pubblicità prevista dalla legge.

- costitutiva: l'inosservanza dell'onere pubblicitario rende l'atto improduttivo di effetti<sup>34</sup>.

Il contratto di compravendita è soggetto a pubblicità dichiarativa.

Vediamo ora quali sono i rapporti tra la pubblicità e la trascrizione e conseguentemente gli effetti dell'art. 28 esaminato.

## **8. Pubblicità e trascrizione: breve *excursus***

Al diritto romano era sconosciuta l'esigenza di rendere pubblici i trasferimenti immobiliari al fine di tutelare i terzi nel quadro della certezza della circolazione giuridica.

---

<sup>33</sup> F. SALERNO CARDILLO, *Il documento notarile a garanzia degli investimenti: strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2011, 2, p. 190 e ss.

<sup>34</sup> È il caso della mancata iscrizione dell'ipoteca o nel registro delle imprese della società di capitali.

Il modo di acquisto della proprietà non era diversificato in ragione della natura immobiliare o mobiliare del bene, ma della sua appartenenza alla categoria delle *res mancipi* o delle *res nec mancipi*.

Se nella *mancipatio* e nella *in iure cessio* poteva ravvisarsi una forma di pubblicità<sup>35</sup>, per via dell'intervento dei testimoni o la partecipazione del giudice in funzione dell'*addictio*; nella *traditio* il *modus acquirendi* era di esclusiva competenza delle parti. Tale modalità di trasferimento fu presto facile veicolo per giungere al semplice e puro trasferimento consensuale.

Diversamente è per l'originale diritto barbarico che prevedeva la consegna della cosa ma in forma pubblica davanti alla *thinx*.

La pubblicità non mirava a garantire i terzi, ma la sopravvivenza e l'affermazione del sistema proprietario.

Stesso percorso ha seguito la pubblicità, anche se solo inizialmente, nel periodo feudale, quando l'alienazione presupponeva il consenso del Signore o del magistrato suo delegato. Per evitare alienazioni clandestine l'immissione nel possesso non poteva avvenire *inter partes*.

Cominciarono così, a tenersi alcuni registri presso le cancellerie feudali, che col tempo assunsero finalità sempre più di carattere pubblico, svincolate dall'interesse del Signore.

In Francia, invece, si sviluppò il *naintissement*, figura in cui il venditore si spogliava fittiziamente del diritto di proprietà del bene in favore del giudice fondiario, che lo attribuiva mediante investitura all'acquirente. L'effetto traslativo era subordinato all'iscrizione dell'operazione nei registri della Corte feudale.

Risulta evidente che la funzione pubblicitaria non era l'unica, perché l'iscrizione aveva anche un valore costitutivo *inter partes* e si atteggiava come elemento della fattispecie acquisitiva<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. D'AMELIO, voce *Pubblicità nei negozi giuridici*, in N.D.I., X, Torino, 1939; FADDA e BENZA, *Note a Windscheid*, V, Torino, 1930, *contra* L. FERRI e ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1995.

<sup>36</sup> MONEGAT M. e CIRLA A., *Compravendita immobiliare*, Milano, 2011, p. 173.

La “vera” pubblicità presuppone invece un atto già completamente formato ed efficace, al quale nulla aggiunge, rimanendo essa del tutto irrilevante sul piano della validità e dell’efficacia.

Non può dirsi che la prima vera forma di pubblicità immobiliare<sup>37</sup> sia la trascrizione perché essa si presenta solo eccezionalmente come co-elemento della fattispecie, con conseguente valore costitutivo; nella sua efficacia tipica *ex art. 2644* svolge un ruolo decisivo sul piano del rafforzamento o della risoluzione degli effetti reali che l’atto sarebbe idoneo a produrre.

In sostanza non esiste una funzione pubblicitaria rilevante in quanto tale, perché la pubblicità che deriva dalla trascrizione è una conseguenza indiretta e occasionale della funzione svolta in altra direzione<sup>38</sup>.

Rendere pubblica la vicenda circolatoria è solo strumentale al perseguimento di specifici fini, perseguiti dal legislatore e non dalla pubblicità in sé per sé<sup>39</sup>.

Come osservato, “la cd. presunzione di conoscenza o di ignoranza è un’artificiosa sovrastruttura senza una base nel nostro sistema positivo; è quindi del tutto infondato voler vedere in essa un elemento unificatore, o un effetto comune a tutte le specie di trascrizione. Essa fa sorgere problemi che sarebbero altrimenti evitabili”<sup>40</sup>.

Chi tenta di dar vita ad una teoria generale della trascrizione, finisce per non distinguere questa formalità dalla più generale pubblicità, affermando che “la trascrizione – o meglio la pubblicità in generale – ha un centro di gravità

---

<sup>37</sup> Così L. FERRI e ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1995 p. 18 e ss..

<sup>38</sup> Cass. 12 novembre 1997, n. 11180, in *Vita Notar.*, 1998, 975.

<sup>39</sup> Osserva GORLA, *Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza*, in *Temi emiliana*, 1932, p. 216 e ss. che “per funzione pratica la trascrizione vale quale fonte di notizia, non per funzione giuridica”. Sostanzialmente in questa direzione DE LISE, *Della trascrizione*, in *Comm. Teorico-pratico al cod. civ.*, Novara-Roma, 1970, p. 154.

<sup>40</sup> L. FERRI, Note, e PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 2000, p. 597 e ss.; AMBROSINI, *La buona fede soggettiva in presenza di trascrizione e profili dell’usucapione decennale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1997, p. 439 e ss..

teleologico unico, un unico risultato immediato e primario: la *conoscibilità legale* a cui si collegano gli svariati effetti ulteriori”<sup>41</sup>.

In tal modo si attribuisce alla trascrizione la funzione di pubblicità-notizia.

È erroneo affermare che esempi di pubblicità-notizia sarebbero quelli della trascrizione degli atti di divisione e degli atti *mortis causa* e che quella “della pubblicità è una categoria più ampia, che va al di là della tutela di un interesse di priorità nell’acquisto”<sup>42</sup> perché comprenderebbe anche le ipotesi di trascrizione in funzione di prenotazione, come ad esempio le domande giudiziali (in questi casi la funzione non è solo quella di semplice notizia).

Tracciare un parallelismo tra funzione della pubblicità in generale e funzione della trascrizione in particolare è fuorviante. Ogni volta in cui non sorge un conflitto risolto dalle norme di cui agli artt. 2643 ss., la trascrizione non ha alcuna funzione da svolgere, né rileva che essa sia stata o meno curata, nemmeno a fini ulteriori, come quello della notizia.

## **9. La trascrizione come forma pubblicitaria**

La trascrizione è un elemento importante per dare pubblicità agli atti e soprattutto a quelli aventi ad oggetto beni immobili, per questo motivo analizziamo alcuni aspetti che sono rilevanti per l’art. 28 del ddl concorrenza.

---

<sup>41</sup> PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1957, p. 269 e ss.. Sostenitore di questa concezione anche G. GABRIELI, *Confronto fra due concezioni della pubblicità*, in *La trascrizione fra pubblicità e acquisto del diritto*, Nuovi quaderni di Vita not., n. 14, Palermo, 1992, p. 392 e ss. e *L’opera di Salvatore Pugliatti nel campo della pubblicità legale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2003, p. 645 e ss..

<sup>42</sup> TRABUCCHI, *La pubblicità immobiliare. Un sistema in evoluzione*, in *Riv. Dir. ipotecario*, 1982.

Sarebbe erroneo inoltre sostenere che la trascrizione sarebbe uno strumento che “non può non essere liberamente utilizzato dai privati per raggiungere il risultato semplice della conoscenza e della conoscibilità dell’atto”, anzi di tutte “quelle situazioni determinate da accordi che non producono effetti reali (nel senso della costituzione, modificazione, estinzione di diritti reali), ma pongono regole relative all’esercizio di situazioni reali, le quali, in qualche modo, si riverberano sulla stessa posizione di titolarità”, con possibilità di aprire “la via a valutazioni di buona o mala fede nella condotta del terzo”. Così F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 129 e ss..

Con il termine “trascrizione”<sup>43</sup> s’intende far riferimento non esclusivamente al momento della materiale scritturazione nei registri immobiliari dei dati tratti dalla nota di trascrizione, ma al complesso procedimento che si avvale dell’iniziativa di chi presenta la nota di trascrizione e dell’opera del Conservatore<sup>44</sup>.

La trascrizione è lo strumento di pubblicità previsto dall’ordinamento per rendere certi i fatti concernenti beni immobili e beni mobili registrati.

È la forma principale di pubblicità degli atti giuridici che ha come scopo quello di risolvere i conflitti tra più acquirenti di stessi diritti su un medesimo bene e impedire che lo scambio di ricchezza possa avvenire in maniera occulta<sup>45</sup>.

Essa consiste nella riproduzione letterale su pubblici registri di un atto, consultabile dal pubblico, che costituisce diritti reali, trasferisce la proprietà, o limita la facoltà di disporre delle cose.

Tale formalità riguarda il procedimento e non l’atto trascritto: può ben dirsi che “la forma con cui si attua la pubblicità non è dunque forma dell’atto, ma forma di quel fatto (procedimento) in cui consiste la trascrizione”<sup>46</sup>.

L’art. 2643 c.c. fornisce un elenco degli atti soggetti a trascrizione<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Il sistema della trascrizione è quello dei Paesi cd. latini e si contrappone a quello di derivazione germanico, basato sui libri fondiari.

Un primo tentativo di elaborazione di questo sistema avvenne durante la Rivoluzione francese, ma fu ripudiato dal codice napoleonico, così che la prima legislazione organica in materia è stata quella belga del 16 dicembre 1851, sulla quale furono modellati sia la legge francese del 1855, sia i codici civili italiani del 1865 e 1942. Così E. GABRIELI e F. GAZZONI in *Trattato della trascrizione*, vol.1, Utet, 2012, p. 50 e ss. .

<sup>44</sup> Procedimento complesso e anche necessitato, perché se è vero che solo l’attività del Conservatore è dovuta in ogni caso, è anche vero che nei casi previsti dall’art. 2671 c.c. è comportamento dovuto anche quello di chi presenta la nota di trascrizione.

<sup>45</sup> F. SALERNO CARDILLO, *Il documento notarile a garanzia degli investimenti: strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2011, 2, p. 190 e ss.

<sup>46</sup> MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Comm. al cod. civ.*, Firenze, 1943, p. 116 e ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano, 1973, p. 440.

<sup>47</sup> In particolare, per quel che ci riguarda, devono essere trascritti: i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, i diritti del concedente e dell’enfiteuta, il diritto di superficie; i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto d’uso su beni immobili e il diritto di abitazione; i contratti preliminari aventi ad oggetto la

Ad una prima lettura l'art. 2643 c.c. può sembrare un'incoerente e disordinata elencazione di atti giuridici diversi l'uno dall'altro, privi di un comune denominatore<sup>48</sup>.

L'incoerenza è solo apparente se si modifica l'angolo di osservazione della norma e si sostituisce la prospettiva dell'atto con la prospettiva dell'effetto (si ha cioè riguardo agli effetti prodotti dagli atti elencati e non alla natura o alla struttura).

Nella pratica, possono essere trascritte solo sentenze, citazioni in giudizio e atti compiuti tra privati, aventi la forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata (art. 2657 c.c.).

Da questo punto di vista il ddl concorrenza si concilierebbe con il vigente dettato normativo che prevede espressamente la possibilità di trascrivere le scritture private autenticate.

Sebbene la trascrizione abbia la funzione di tutelare la buona fede e i diritti dei terzi per assicurare la priorità del diritto, non ha alcuna influenza sulla validità e sull'efficacia dell'atto.

Funzione quindi, non è quella di fornire notizie sulle vicende relative al patrimonio immobiliare, ma risolvere eventuali conflitti tra più aventi causa<sup>49</sup>.

L'art. 2657 c.c. si occupa di individuare il titolo richiesto per la trascrizione.

Lo stesso recita: “ La trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Le sentenze e gli atti seguiti in paese estero devono essere legalizzati”.

L'elencazione della norma ha carattere tassativo.

---

conclusione di uno dei contratti indicati all'art. 2643, n. 1, 2, 3, 4 c.c., anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione.

<sup>48</sup> Il legislatore ha previsto, infatti, in un unico contesto atti negoziali bilaterali e unilaterali, a titolo gratuito e a titolo oneroso, provvedimenti di carattere giurisdizionale e sentenze, atti transattivi.

<sup>49</sup> L'art. 2644 c.c., rubricato “effetti della trascrizione” sottolinea come il risultato principale sia quello risolutivo del conflitto fra più acquirenti di uguali diritti su uno stesso bene.

Chi trascrive per primo l'atto di acquisto del diritto, lo può opporre ai terzi e ad eventuali acquirenti dello stesso diritto.

Tale articolo richiede la certezza circa la provenienza dell'atto dalle parti e quindi richiede l'autenticità delle sottoscrizioni<sup>50</sup>.

Potrebbe ravvisarsi come *ratio* della norma la tutela della sicurezza giuridica e l'affidamento dei terzi: la pubblicità, infatti, non è consentita per quegli atti dei quali non sia stata verificata l'identità delle parti e che non siano stati oggetto di un adeguato controllo di legalità, capacità e legittimazione.

Nel caso dell'art. 28 ddl concorrenza il controllo circa l'identità delle parti non sarebbe effettuato da un pubblico ufficiale ma da un soggetto non terzo ed imparziale e questo (forse) potrebbe esporre le transazioni al pericolo di frodi identitarie. Proprio ciò è uno dei punti per cui si critica l'introduzione di tale norma, facendo leva sui casi di frodi avvenute nel sistema americano (vd. cap. 3).

Dall'altra parte si potrebbe obiettare il fatto che anche l'avvocato sia un soggetto qualificato e non meno imparziale rispetto al notaio.

Per quanto riguarda la scrittura privata, l'autenticazione è considerata quella effettuata dal notaio con le formalità di cui all'art. 72, l. 16 feb. 1913, n. 89.

Colui che abbia acquistato un immobile tramite scrittura privata non autenticata, per rendere opponibile ai terzi tale acquisto, deve esperire l'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità delle sottoscrizioni, trascrivendo la domanda ex art. 2652, n. 3 c.c., e ottenuta la pronuncia, deve trascrivere la scrittura privata divenuta titolo idoneo ai sensi del presente articolo, presentandola in originale o in copia autenticata al conservatore dei registri immobiliari, ex art. 2658 c.c. .

Per l'accertamento delle sottoscrizioni, se le stesse siano più di una, è necessario che la domanda di accertamento riguardi tutte le firme, compresa quella di chi propone la domanda<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> FERRI e ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1995 p. 18 e ss..

<sup>51</sup> La giurisprudenza esclude che possa costituire titolo idoneo per la trascrizione la scrittura privata semplice, anche se depositata presso un notaio, al fine di adempiere tale onere.

La sentenza di accoglimento della domanda volta ad accertare l'avvenuto trasferimento della proprietà di un bene immobile a mezzo di scrittura privata con firma non autenticata, presuppone l'accertamento ( con efficacia di giudicato ) dell'autenticità della sottoscrizione della scrittura<sup>52</sup>.

## **10. Ratio del formalismo contrattuale**

Quali sono le esigenze di tutela che il formalismo è chiamato a presidiare? E ancora, qual è la ratio che induce il legislatore ad introdurre singole ipotesi di vincolo?

Innanzitutto, bisogna ricordare la tesi espressa da Giorgianni<sup>53</sup> secondo cui “il moderno formalismo è imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi, affinché costoro conoscano il negozio, e comunque affinché questo abbia efficacia nei loro confronti”.

Secondo l'orientamento prevalente, la tutela dei terzi è solo una delle funzioni della forma, che è stabilita a tutela di entrambe le parti.

Essa garantisce, infatti, esigenze di univocità (in relazione alla natura, contenuto e momento della conclusione del contratto); consapevolezza e serietà delle determinazioni dei contraenti: una dichiarazione orale, è percepita solo dai soggetti presenti e la prova del suo contenuto rimane affidata alla memoria di coloro che l'hanno ascoltata. La scrittura, invece, consente di rilasciare la dichiarazione su di un supporto durevole, accessibile a chiunque;

---

Per tale motivo, l'unica via tramite cui l'interessato può conseguire la trascrizione dell'atto è, oltre a quella della ripetizione del negozio per atto pubblico, quella dell'accertamento giudiziale della sottoscrizione, tramite verifica, ex art. 216, 2 comma, c.p.c..

<sup>52</sup> Ne consegue che non è possibile la trascrizione della pronuncia giudiziale, in quanto non rientrante nelle ipotesi dell'art. 2643 c.c., ma è possibile procedere alla trascrizione della scrittura privata, ai sensi del presente articolo.

<sup>53</sup> GIORGIANNI, *La forma degli atti*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, p. 988 e ss. .

certezza nei rapporti e protezione del traffico giuridico<sup>54</sup>, per tutelare l'affidamento degli acquirenti.

La prescrizione della forma, come elemento essenziale del contratto<sup>55</sup> risponde, quindi, anche ad una esigenza di responsabilizzazione del consenso delle parti.

Tale finalità è maggiormente riscontrabile nell'atto pubblico, in cui s'impone di dichiarare la propria volontà ad un pubblico ufficiale<sup>56</sup>.

Il requisito della forma trova fondamento nel bisogno di socialità dell'atto.

Infatti, gli atti giuridici più importanti interessano l'intera comunità e la forma li aiuta ad essere conosciuti e ad acquistare rilevanza sociale<sup>57</sup>.

Seppure si ponga come limitazione dell'autonomia contrattuale, è riconosciuta la necessità che alcuni negozi rivestano forme particolari.

Essa infatti, non incide sul contenuto del contratto ma riguarda esclusivamente il modo di esercizio dell'autonomia negoziale.

In materia di compravendita, è richiesta una forma specifica quando il contratto ha ad oggetto il trasferimento della proprietà, la costituzione o il trasferimento di altro diritto reale su beni immobili.

Si statuisce che il contratto debba essere redatto tramite atto pubblico o scrittura privata<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Il regime della proprietà immobiliare richiede l'adempimento della trascrizione dell'atto. Nelle alienazioni mobiliari la consegna costituisce una formalità necessaria per la circolazione dei beni. Ancora il regime dei titoli di credito ricollega al documento la sicurezza e la speditezza della circolazione del credito.

Infine, altre formalità possono essere ricollegate ad imposizioni formali, come quelle tributarie.

<sup>55</sup> Il contratto privo della forma necessaria viene considerato nullo, anche se le parti abbiano espresso un consenso consapevole e certo.

Una volta che il contratto sia stato formulato per iscritto, rispettando l'onere imposto, è da considerarsi valido, anche se la parte non ha prestato attenzione alla dichiarazione sottoscritta o il documento sia stato distrutto.

<sup>56</sup> Tuttavia anche se in misura inferiore, anche l'onere della scrittura privata richiama la parte all'attenzione circa il consenso prestato.

<sup>57</sup> Questa finalità è evidente nei sistemi primitivi che tendono a dare un valore preminente alla forma piuttosto che alla sostanza. L'atto compiuto secondo le modalità di legge diviene socialmente rilevante e acquista il diritto di essere tutelato giuridicamente. Al di fuori delle forme, l'atto è irrilevante. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1957, p. 269 e ss.

La forma della scrittura privata è sufficiente al fine della validità del contratto. Quella sicuramente più diffusa è la stipula del contratto di compravendita immobiliare per atto pubblico (in forma notarile), per una maggiore garanzia che la stessa è in grado di offrire in merito alla regolarità dell'atto e per il valore probatorio del documento, sia – e soprattutto – in vista del diverso onere di trascrizione<sup>59</sup>.

Non infrequente è anche il caso in cui le parti stipulino dapprima il contratto per scrittura privata, convenendo di ripetere la stipula, successivamente, per atto pubblico<sup>60</sup>.

Le parti non svolgono né un'attività ricognitiva, né un'attività che è limitata alla mera riproduzione del documento.

Quello che viene riprodotto è un atto (o contratto) con una nuova dichiarazione di volontà all'adesione al programma negoziale contenuto nello stesso.

Nel caso in cui l'obbligo di ripetere la compravendita rimanga inadempito, è esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. ed è sufficiente che il contraente ottenga una sentenza di mero accertamento per soddisfare il suo interesse a riprodurre il contenuto dell'atto in un atto pubblico<sup>61</sup>.

## **11. Atto pubblico o scrittura privata: quale tra i due è da preferire?**

Analizzati i presupposti previsti dalla legge dal punto di vista della forma, è bene ora soffermarsi sulla distinzione esistente tra atto pubblico e scrittura

---

<sup>58</sup> La forma si ritiene richiesta anche per i patti modificativi del contratto che incidono sugli elementi essenziali, come per es. sul bene oggetto del trasferimento.

<sup>59</sup> BIANCA, *La vendita*, evidenzia come la stipulazione del contratto per atto pubblico sia generalmente prevista nei contratti preliminari di vendita immobiliare, come forma da osservare ai fini della stipula del definitivo.

La redazione da parte del notaio diventa un requisito di validità del contratto definitivo.

<sup>60</sup> Al fine di effettuarne la trascrizione e consentire l'opponibilità ai terzi.

<sup>61</sup> Così Cass. 24 gennaio 1980, n. 593, Giur. It., 1981, I,1, 268; Cass. 5 luglio 2006, n. 15319, Mass. Giur. It., 2006; Cass. 23 gennaio 2013, n. 1553, CED Cass., 2013.

privata, per comprendere meglio quali le differenze, i pro e i contro che inducono i soggetti dell'ordinamento a preferire l'adozione dell'uno o dell'altro atto.

Con ciò sarà possibile capire perché il legislatore, con la sua proposta di “ddl sulla concorrenza”, ha previsto che le parti effettuino trasferimenti immobiliari ad uso non abitativo con una semplice scrittura privata autenticata.

Il punto centrale però, non è rappresentato tanto dal fatto che tali trasferimenti si possano attuare mediante un particolare atto, ma dal fatto che l'autenticazione avverrebbe (qualora fosse mai approvato il ddl) tramite un avvocato.

Su questo aspetto però, ci soffermeremo più in avanti, nel secondo capitolo, in cui si analizzerà la figura professionale notarile, ma soprattutto le garanzie che la stessa porta con sé.

Cercheremo di capire se una simile semplificazione possa avere effetti utili per i cittadini.

## **11.1 Le caratteristiche di un atto pubblico**

Il codice civile inserisce la disciplina dell'atto pubblico nella parte relativa al tema delle prove e lo definisce<sup>62</sup> come il documento che viene redatto con le formalità richieste da un notaio o da un altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire pubblica fede (art. 2699 c.c.)<sup>63</sup>.

La definizione, rendendo esplicita la natura di documento, evidenzia lo scopo cui mira l'atto.

---

<sup>62</sup> La Relazione al libro della tutela dei diritti del c.c. evidenzia come la nozione di atto pubblico non diverge sostanzialmente da quella data dall'art. 1315 del codice anteriore. Quella vigente però, corregge alcuni vizi di formulazione e sostituisce alla nozione equivoca o comunque ristretta, di “atto ricevuto”, quella di “documento redatto”.

<sup>63</sup> Il potere di attribuire pubblica fede spetta al notaio, ai consoli, ai cancellieri e ai funzionari delle pubbliche amministrazioni.

La pubblica fede attiene all'efficacia probatoria dell'atto.

Viene infatti subito rivelata la sua funzione rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante e la sua destinazione a fissarne la percezione e a rappresentarlo in futuro<sup>64</sup>.

Nella nuova formulazione sono invariati i riferimenti soggettivi al pubblico ufficiale, autore del documento, alla competenza *ratione materiae* e *ratione loci*, alle norme che disciplinano l'attività di documentazione, alla funzione dell'atto e la sua efficacia probatoria<sup>65</sup>.

Secondo quanto contenuto nell'art. 2700 c.c. il documento che ha le caratteristiche dell'atto pubblico, garantisce in massimo grado la formazione della certezza relativamente a determinate rappresentazioni contenute in esso.

La stabilità della certezza è così marcata, che contrasta con la regola della libera valutazione delle prove da parte del giudice che non può esprimere un libero convincimento.

L'atto pubblico costituisce quindi, una *prova legale*.

La prova legale investe solo alcune circostanze rappresentate nell'atto: l'imputabilità dello stesso al pubblico ufficiale, il luogo e il tempo di formulazione, le dichiarazioni delle parti ricevute, i fatti avvenuti in sua presenza o compiuti dallo stesso pubblico ufficiale<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> G. PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 36 e ss.

<sup>65</sup> Ciò che rileva maggiormente, è la diversa collocazione sistematica della norma rispetto al codice previgente.

Mentre nel c.c. del 1865, l'art. 1315 era inserito nella parte relativa ai modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose, l'art. 2699 trova una collocazione più appropriata nel IV libro, fra le norme relative alle prove e precisamente, la prova documentale.

Questo evidenzia la particolare efficacia di prova privilegiata che viene riconosciuta all'atto pubblico.

<sup>66</sup> La pienezza della prova investe anche le circostanze del luogo e del tempo della formazione dell'atto. La loro indicazione rappresenta quella che è definita la sua data.

Tali circostanze, costituiscono elementi fondamentali del documento che sono necessari perché possa spiegare i suoi effetti di prova legale e si sostanziano, allora, in un requisito formale ineliminabile e imprescindibile.

L'indicazione del luogo svolge poi un'altra importante funzione, che è quella di determinare la competenza territoriale del pubblico ufficiale.

Nel caso in cui lo stesso fuoriesca dall'ambito spaziale entro il quale può operare, l'atto è nullo e, eventualmente, potrà operare l'istituto della conversione, disciplinato dall'art. 2701 c.c..

L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, di tutto ciò che è documentato al suo interno: della provenienza delle dichiarazioni delle parti e dei fatti che il pubblico ufficiale attesta siano avvenuti in sua presenza.

Beninteso, il pubblico ufficiale documenta la dichiarazione del soggetto che la rende ma non sono coperte da efficacia probatoria la veridicità e la serietà del contenuto della stessa.

Il notaio, comunque, non si limita a registrare ciò che le parti dicono, ma deve indagare la volontà<sup>67</sup>.

Il contenuto della dichiarazione e la sua corrispondenza alla volontà delle parti potranno essere oggetto delle normali azioni d'impugnazione sostanziale e contestati con qualunque mezzo di prova, senza che sia necessario il ricorso alla querela di falso<sup>68</sup>.

Il notaio è tenuto a non rogare atti nulli per contrarietà alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume<sup>69</sup>. Per far ciò, deve accertare l'inesistenza delle cause di invalidità<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Art. 47 l. not. : L'atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza delle parti e, salvo che la legge stabilisca diversamente, di due testimoni.

Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto.

Articolo sostituito dall'art. 12, comma 1 della legge 28 novembre 2005, n. 246.

<sup>68</sup> Sarà dunque, sempre possibile a chi ne avrà interesse, dimostrare, offrendo le necessarie prove (e senza esperire preliminarmente la querela di falso) che la dichiarazione fu simulata, o che fu estorta o ancora, che fu frutto di errore o dolo.

<sup>69</sup> Art. 28 l. not. : Il notaio non può ricevere atti:

1. Se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico;

2. Se v'intervengano come parti la sua moglie, i suoi parenti od affini in linea retta, in qualunque grado, ed in linea collaterale, fino al terzo grado inclusivamente, ancorché v'intervengano come procuratori, tutori od amministratori;

3. Se contengano disposizioni che interessino lui stesso, la moglie sua, o alcuno de' suoi parenti od affini nei gradi anzidetti, o persone delle quali egli sia procuratore per l'atto, da stipularsi, salvo che la disposizione si trovi in testamento segreto non scritto dal notaio, o da persona in questo numero menzionata, ed a lui consegnato sigillato dal testatore.

Le disposizioni contenute nei numeri 2 e 3 non sono applicabili ai casi d'incanto per asta pubblica.

Il notaio può ricusare il suo ministero se le parti non depositino presso di lui l'importo delle tasse, degli onorari e delle spese dell'atto, salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio, oppure di testamenti.

<sup>70</sup> La responsabilità del notaio si è ampliata tramite una tipizzazione giurisprudenziale dell'incarico del cliente come mandato che obbliga il notaio ad agire secondo una normale

La regolarità dell'atto pubblico è data dal rispetto delle specifiche prescrizioni sull'ufficiale rogante, modalità e contenuto dell'atto.

In caso di mancato rispetto delle regole formali, l'atto pubblico si considera nullo.

Esso può però valere come scrittura privata<sup>71</sup>.

In tal caso si parla di conversione dell'atto; nell'ipotesi in esame la conversione non riguarda il contratto ma il valore formale dell'atto pubblico, che si trasforma in scrittura privata, avendo tutti i requisiti della stessa.

## 11.2 Un'efficacia probatoria "particolare"

La salvaguardia che l'ordinamento concede a tutte le circostanze che l'atto pubblico rappresenta entro i limiti dell'art. 2700 c.c., consiste nella particolare efficacia probatoria che si sostanzia nella loro "piena prova".

---

diligenza professionale per poter conseguire il miglior risultato possibile. Così si è giunti a ritenere che il notaio debba assicurare gli effetti utili del negozio e accertare che lo stipulante sia dotato della legittimazione e che non siano presenti trascrizioni a carico dell'alienante aventi ad oggetto limitazioni e vincoli non dichiarati. Così BIANCA, *Diritto civile*, vol.3 *Il contratto*, seconda edizione, Milano, 2015, p. 284 e ss. .

Per quanto riguarda gli accertamenti che è opportuno eseguire, secondo Cass. Civ. 19 giugno 2013, n. 15305, in *Not.*, 2013, 5, 488, "il notaio che, chiamato a stipulare un contratto di compravendita, ometta di accertarsi dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie pregiudizievoli sull'immobile, risponde del danno patito dall'acquirente, essendo comunque tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, secondo comma, cod. civ., a nulla rilevando se sia configurabile anche una responsabilità del venditore che abbia garantito la libertà del bene da ipoteca, vincoli o pesi di altra natura".

Cass. civ., sez. III, 18 maggio 2015, n. 10133, in *CED Cass.*, 2015, così statuisce: "in tema di responsabilità professionale, il notaio, che è obbligato alla verifica dell'esistenza di formalità pregiudizievoli sul bene oggetto di compravendita, ma non è tenuto ad una condotta in concreto eccessivamente onerosa, ha l'onere probatorio di delimitare l'ambito della diligenza da lui esigibile, allegando e dimostrando non solo l'estensione (quantitativa e temporale) degli accertamenti esperiti, ma anche di quelle esperibili, nonché la regolarità o meno delle registrazioni effettuate dalla conservatoria ed altresì l'idoneità della specifica irregolarità contestata a rendere infruttuose eventuali ricerche del titolo reso pubblico".

<sup>71</sup> Tale possibilità è prevista nelle ipotesi di irregolarità formali dell'atto pubblico e di incompetenza o incapacità del pubblico ufficiale, purchè il documento sia sottoscritto dalle parti.

Attraverso di essa è possibile raggiungere extra giudizialmente una certezza legale in merito ai fatti documentati che lo stesso giudice è tenuto a riconoscere.

A questi infatti, non è consentito valutare criticamente la prova, come normalmente avviene, secondo il principio del libero o prudente apprezzamento delle prove (enunciato dall'art. 116 c.p.c.).

Il giudice è tenuto a considerare provate le circostanze rappresentate nell'atto e non può ammettere alcuna prova contraria se prima, gli interessati non esperiscono vittoriosamente il procedimento della querela di falso<sup>72</sup>.

La querela di falso è il tipico strumento giuridico volto all'accertamento giudiziale della falsità del documento pubblico, che permette di invalidare la sua efficacia probatoria.

La falsità può riguardare tanto il mezzo di rappresentazione, cioè l'estrinseco, quanto il contenuto intrinseco: nel primo caso ricorre la figura del falso materiale<sup>73</sup>; nel secondo, quella del falso ideologico.

La falsità ideologica ricorre in caso di falsa rappresentazione delle affermazioni contenute nel documento<sup>74</sup>.

La querela di falso differisce dalla ordinaria prova contraria dei fatti dedotti in giudizio, perché in questo caso, è consentito all'interessato combattere le prove della controparte con altre prove, che tendono a neutralizzare o porre in dubbio gli elementi forniti dalla parte opposta.

Contro la querela di falso, invece, non è ammessa nemmeno per giuramento la prova diretta della erroneità o della inesattezza dei fatti attestati, ma è permessa solo la deduzione della falsità del documento.

---

<sup>72</sup> Piena prova significa che il giudice è vincolato alle risultanze del documento pubblico, salva, la facoltà di interpretare secondo le ordinarie regole il significato e la portata dell'esposizione descrittiva del pubblico ufficiale.

<sup>73</sup> Può concretarsi nella contraffazione, che si verifica quando il documento viene materialmente formato dal suo autore apparente o posto in essere in una data o in un luogo diverso da quello apparente; oppure nell'alterazione, che è una modificazione delle risultanze del documento compiuta successivamente alla formazione.

<sup>74</sup> Per questo motivo, può investire solo le dichiarazioni di scienza o comunque le enunciazioni a contenuto narrativo che possono essere vere o false; mentre le dichiarazioni di volontà possono essere solo conformi o difformi alla volontà.

Con l'esperimento dei due mezzi si può giungere ad un risultato pratico identico.

È possibile che nel giudizio diretto a far dichiarare la falsità del documento emerga con chiarezza non solo la prova di questa, ma anche quanto rappresentato si è svolto diversamente.

Il giudice nel dichiarare la falsità ordinerà, oltre la cancellazione totale o parziale dell'atto, anche il ripristino, la riforma o la rinnovazione dell'atto stesso e il modo con cui devono essere effettuate<sup>75</sup>.

La falsità del documento, oltre ad essere oggetto di un procedimento di natura civile, può costituire anche materia di un processo penale.

In tale sede viene punito il comportamento del soggetto che ha procurato il falso<sup>76</sup>.

Il legislatore attribuisce all'atto pubblico una funzione (di prova privilegiata) che, anche se rappresenta quella più qualificante, non esaurisce l'ambito delle funzioni che sulla base di una previsione legislativa o per libera scelta delle parti, l'atto può svolgere.

Per la particolare perizia tecnica del suo autore, può essere uno strumento che assicura chiarezza e legittimità all'intento negoziale perseguito dai contraenti.

Viene in mente quell'attività che viene definita di "adeguamento", che caratterizza la funzione notarile e che dovrebbe essere alla base dell'attività di tutti gli altri pubblici ufficiali.

Tramite una tale attività, il notaio, con un'indagine personale sulla volontà delle parti, è in grado di ricercare e fornire loro l'atto più idoneo ed economico per il raggiungimento del fine voluto.

---

<sup>75</sup> Un limite a questo simile provvedimento è rappresentato dal fatto che non devono essere pregiudicati i terzi non intervenuti come parti del processo.

L'esercizio di tale potere permette di conservare il rapporto negoziale voluto dalle parti, che, in diverso modo, risulterebbe compromesso.

<sup>76</sup> Si ha piena autonomia dei giudizi e non è necessaria la sospensione del giudizio civile in attesa della definizione di quello penale.

Ciò, in modo che risulti assicurata la legittimità dell'intento negoziale ricercato dalle parti sotto il profilo della non contrarietà alla legge, la meritevolezza della sua tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

In un'ottica diversa, l'attività di adeguamento si identifica in quell'attitudine antiprocessuale del notaio che è diretta a prevenire le possibilità di contestazione giuridica.

L'atto pubblico è, ancora, garanzia della serietà e maggiore ponderazione delle dichiarazioni dei contraenti<sup>77</sup>.

L'atto pubblico rileva, inoltre, a fini pubblicitari. La sua conservazione presso pubblici depositari rende possibile una notorietà e una conoscenza dei fatti documentati che non si ottiene tramite una scrittura privata<sup>78</sup>.

### **11.3 Particolare “autorevolezza” dell'atto pubblico**

Per individuare una classificazione dei vari tipi di atto pubblico, in mancanza di altri riferimenti specifici, la normativa di riferimento è quella contenuta nella legge notarile<sup>79</sup>.

La materia è poi completata da altre leggi speciali che si limitano a disciplinare solo alcuni aspetti dell'atto<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Ciò si verifica in tutti quei negozi che, in considerazione dell'intento che li ispira, rivestono nell'impianto sistematico, una posizione di spiccata autonomia.

Tra questi possono indicarsi il contratto di donazione, le convenzioni matrimoniali e i negozi costitutivi di persone giuridiche.

Il maggiore formalismo che l'ordinamento prescrive per tali negozi, trova giustificazione nella necessità di una maggiore riflessione e consapevolezza che il dichiarante deve possedere al momento della conclusione.

<sup>78</sup> Come può rilevarsi, l'atto pubblico costituisce forma necessaria in alternativa alla scrittura privata, per l'esecuzione di tutte quelle formalità da cui dipende la pubblicità e l'opponibilità dell'atto.

<sup>79</sup> Essa costituisce lo schema paradigmatico che trova applicazione anche se non viene espressamente richiamato.

<sup>80</sup> Tra queste possiamo richiamare, per l'importanza che rivestono, la l. 15/1965 in materia di documentazione amministrativa e la l. 18/1975 relativa a soggetti non vedenti.

L'impianto normativo che disciplina l'atto pubblico è inserito, in maniera specifica, negli artt. 47-57 della legge notarile.

Da esso, è possibile individuare, in ambito negoziale, due tipi di atto pubblico. Il primo tipo è quello redatto in presenza delle parti e dei testimoni: il pubblico ufficiale, in esso, dà atto delle dichiarazioni che gli sono state formulate dalle parti e queste, a loro volta, sottoscrivono l'atto con i testimoni e il pubblico ufficiale stesso<sup>81</sup>.

Il secondo tipo è affine al precedente ma le parti, se sono in grado di leggere e scrivere, possono rinunciare all'assistenza dei testimoni.

Tale forma, pure concretizzandosi in un'eccezione alla regola, rappresenta quella utilizzata con maggiore frequenza<sup>82</sup>.

Tutti gli aspetti descritti sottolineano gli elementi che consentirebbero di preferire questo tipo di atto alla scrittura privata che consente alle parti di avere minori garanzie in termini di prova.

## **12. Quali i pubblici documentatori: pubblici ufficiali o semplici "autenticatori"**

Si rende necessario individuare la figura preposta per legge allo svolgimento dell'attività di pubblica documentazione.

Sebbene la legge non si dilunghi, la creazione della particolare certezza in ordine ai fatti documentati, presuppone una qualificazione soggettiva dell'autore che solo l'ordinamento può attribuire.

Solo il soggetto deputato territorialmente e funzionalmente a documentare fatti e attribuire pubblica fede, può rivestire tale qualifica e può quindi, essere denominato pubblico ufficiale<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Simile forma è indispensabile per documentare solo alcuni tipi di negozi, come ad esempio le donazioni.

<sup>82</sup> In ambito contrattuale qualsiasi tipo di negozio diverso dalla donazione può essere documentato con simile forma.

In riferimento ai contratti, sono pubblici ufficiali, abilitati per legge, i notai, i consoli, alcuni funzionari delle pubbliche amministrazioni e i cancellieri.

Il notaio è l'unico pubblico ufficiale istituzionalmente competente a formare atti pubblici a contenuto negoziale<sup>84</sup>.

Dalla normativa notarile emerge che solo la competenza del notaio è istituzionale. Quella dei diversi pubblici ufficiali deve, invece, essere espressamente prevista<sup>85</sup>.

La competenza del notaio è generale e la disciplina della sua attività è il prototipo di quella svolta dagli altri pubblici ufficiali e a cui si devono adeguare (anche in mancanza di un espresso richiamo).

Le norme che disciplinano le funzioni e i poteri dei consoli (d.p.r. 200/1967) dispongono che questi possono esercitare, anche, funzioni notarili.

I consoli hanno nel loro territorio una competenza concorrente a quella dei notai.

Essi devono attenersi alla legislazione nazionale e possono esercitare i loro poteri solo quando parti dell'atto sono cittadini italiani e non cittadini<sup>86</sup>.

Le funzioni notarili spettano solo al capo dell'ufficio consolare<sup>87</sup>.

Tra i funzionari della Pubblica amministrazione abilitati ad attribuire pubblica fede a quanto documentato, la figura di spicco è rappresentata dal segretario comunale<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> GIULIANI A., *Dell'autenticazione di scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1951.

<sup>84</sup> Questo è quanto si ricava dall'art. 2699 c.c., per il quale l'autore dell'atto pubblico è il notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato. Dall'art. 1 l. 16.2.1913, n. 89 (legge notarile) si individua nella figura del notaio, il pubblico ufficiale appositamente istituito per documentare gli atti negoziali.

La norma infatti dispone che "i notari sono pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi (...), attribuire loro pubblica fede.

<sup>85</sup> Si sostanzia in un'eccezione e non è consentita estensione analogica o interpretazione estensiva delle norme che la prevedono.

<sup>86</sup> In questo caso la funzione può essere legittimamente svolta solo se è oggetto di previsione di una convenzione internazionale o se l'atto deve essere fatto valere nel territorio italiano (costituzione di una società la cui sede viene fissata in Italia o ad un atto dispositivo, avente oggetto un immobile sito nel territorio nazionale).

<sup>87</sup> Non possono essere delegate a personale non appartenente alle carriere direttive, a meno che si tratti di autenticazioni o procure generali e speciali.

L'attuale normativa stabilisce che il segretario comunale "può rogare tutti i contratti nei quali l'ente è parte ed autenticare scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente" (art. 17, c. 68, l. 15.5.1997, n. 127).

La competenza del segretario ha carattere eccezionale e concorrente rispetto a quella del notaio. Le norme che la disciplinano devono interpretarsi restrittivamente.

Necessaria è la ricorrenza di un interesse del Comune all'atto.

L'interesse è da identificare non in un vantaggio dell'Amministrazione Comunale a conseguire la prestazione negoziale, ma in un risparmio delle spese di rogito.

Infine, l'ultima figura è individuata nei cancellieri che sono coloro i quali devono redigere il verbale dell'udienza civile, ai sensi degli artt. 126 e 130 c.p.c..

Il verbale di udienza, come sostenuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte, è atto pubblico che fa fede fino a querela di falso della sua provenienza dal pubblico ufficiale che lo forma e delle dichiarazioni rilasciate dalle persone che sono intervenute.

La mancata sottoscrizione del verbale da parte del cancelliere, tuttavia, non ne determina la nullità, a differenza di quella delle parti.

La legge pone, in tal modo, un vincolo piuttosto rigido per individuare i soggetti autorizzati alla redazione di un atto pubblico e costringe le parti a far loro ricorso. Discorso diverso per la scrittura privata che non necessita di una "particolare" figura per essere posta in essere.

---

<sup>88</sup> Il suo potere di svolgere funzioni notarili è stato di recente ridefinito dalla l. 127/1997 cd. legge "Bassanini".

La previgente disciplina contenuta nel T.U. della legge comunale e provinciale, approvato con il r.d. 383/1934, limitava la competenza del segretario comunale all'atto pubblico rogato nell'interesse dell'amministrazione di appartenenza. Quella vigente regola la materia in maniera più ampia e analitica.

### **13. La novità introdotta dal ddl concorrenza: la scrittura privata**

Perché l'art. 28 da noi trattato parla di scrittura privata, è bene che questa venga distinta dall'atto pubblico. Vediamo ora quindi, quali sono le sue caratteristiche che sicuramente la rendono uno strumento più agevole per il mercato, per la circolazione della ricchezza ma nello stesso tempo presenta minori garanzie per le parti.

Venendo a trattare della scrittura privata, va detto che essa rientra nel più ampio concetto di documento<sup>89</sup>.

Perché la scrittura privata possa venire ad esistenza è necessaria la materia su cui la scrittura viene impressa (carta ma non solo. Qualunque materia atta a formare una cosa rappresentativa può costituire il documento).

Il codice non dà una definizione di scrittura privata, ma ne regola l'efficacia probatoria nel caso di riconoscimento della sottoscrizione da parte dell'autore (art. 2702 c.c.).

La dottrina però, definisce questo concetto, deducendolo in termini negativi rispetto all'atto pubblico.

Per scrittura privata o atto scritto si intende, quindi, il documento firmato dall'autore o dagli autori dell'atto.

L'attività grafica come strumento di manifestazione del pensiero o di volontà si definisce "estrinseco" della scrittura<sup>90</sup>.

La volontà negoziale costituisce invece, "l'intrinseco", cioè l'insieme delle affermazioni o dichiarazioni espresse in forma scritta<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Termine col quale – secondo una definizione che si riattacca a quella di Carnelutti – si suole indicare una qualcosa che fa conoscere. Poiché il "conoscere" presuppone un contenuto (rappresentato dalla manifestazione di volontà) il significato letterale è completato dalla definizione per cui il documento è qualcosa che fa conoscere qualcos'altro.

<sup>90</sup> Esso è l'elemento materiale del documento, cioè oltre la carta, i segni grafici tracciati sulla stessa.

<sup>91</sup> Il fatto estrinseco è costituito dalla estrinsecazione del pensiero, mentre la volontà negoziale o il contenuto narrativo rappresentano l'intrinseco del documento.

Mentre questo elemento assume rilievo sostanziale nel processo ed è liberamente valutabile dal giudice, il fatto estrinseco della provenienza del documento gli fa acquistare l'autenticità.

Non è richiesta l'autografia della dichiarazione che può essere scritta a macchina o da un terzo.

Ciò che rileva è che sia autografa la sottoscrizione dell'atto che consiste nell'apposizione della firma.

La firma deve contenere il nome del sottoscrittore e non necessariamente il prenome<sup>92</sup>.

L'essenzialità della sottoscrizione deriva dal fatto che su questa si fonda la presunzione *iuris tantum* del consenso del sottoscrittore al contenuto del documento.

La scrittura privata non è dunque qualsiasi scrittura, ma solo quella munita di sottoscrizione autografa, che deve essere apposta di proprio pugno dalla persona da cui provengono le dichiarazioni.

A differenza dell'atto pubblico, la scrittura priva non costituisce piena prova della provenienza dell'atto, a meno che la sottoscrizione non sia autenticata o la parte nei cui confronti è prodotta la scrittura privata ne riconosca la sottoscrizione<sup>93</sup>.

Il contratto è stipulato per scrittura privata se il consenso è manifestato in uno o più documenti sottoscritti dalle parti<sup>94</sup>.

Le dichiarazioni possono essere rese in tempi e con documenti diversi, purché risulti per iscritto la volontà delle parti.

---

Infatti, l'autenticazione ha effetto limitatamente all'identificazione del suo autore e non al contenuto.

<sup>92</sup> Anche la sigla è sufficiente come espressione sintetica del nome.

<sup>93</sup> L'art. 214 c.p.c. pone a carico della parte contro cui è prodotta la scrittura privata, l'onere di contestare la propria sottoscrizione formalmente.

D'altra parte chi intende avvalersi della scrittura privata può chiedere la verifica.

Ancora, chi contesta l'autenticità della propria firma può proporre querela di falso.

<sup>94</sup> Una giurisprudenza costante, ammette che la mancata sottoscrizione è sostituita dalla produzione in giudizio da parte del contraente non firmatario che vuole avvalersi del documento.

Cass. 5 novembre 1998, n. 11145, in *Mass. Giur. It.*, 1998, sostiene in tema di contratti per i quali la legge prescrive la forma scritta *ad substantiam*, che il contraente che non abbia materialmente sottoscritto l'atto negoziale, può perfezionarlo producendolo in giudizio, per farne valere gli effetti nei confronti dell'altro contraente. È necessario che questi, pur avendolo sottoscritto, non abbia revocato il consenso prima della presentazione della domanda.

La parte non firmataria può esprimere il consenso tramite una manifestazione tacita di volontà. A perfezionare il contratto non basta una semplice esecuzione dello stesso, né una dichiarazione probatoria con cui la parte riconosce la stipulazione<sup>95</sup>.

Sebbene la scrittura privata sia sufficiente per la formazione dei contratti, la forma ottimale rimane quella dell'atto pubblico.

Ciò per la maggiore garanzia di regolarità dell'atto, sia per il valore probatorio del documento, sia in vista della trascrizione (che richiede l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, ex art. 2657 c.c.).

### **13.1 La funzione di autenticazione della scrittura privata**

Dopo aver fornito una nozione di scrittura privata, procederemo nel descrivere la funzione che riveste il pubblico ufficiale e, soprattutto il notaio nell'atto di autenticazione del documento, sottolineando il valore probatorio che riveste la scrittura a seguito di un tale intervento, il controllo di legalità, la competenza e le formalità richieste dalla legge notarile.

La scrittura privata autenticata è il documento privato per cui il pubblico ufficiale, abilitato alla certificazione pubblica, attesta che esso è stato sottoscritto alla sua presenza da un soggetto da lui identificato<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> La possibilità di una manifestazione tacita di volontà sembra contraddetta dalla massima secondo cui il requisito della forma scritta a pena di nullità, è soddisfatto solo se il documento è posto in essere al fine di manifestare la volontà delle parti.

Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Mass. Giur. It.*, 2009; Cass. 2 dicembre 2008, n. 28618, in *Mass. Giur. It.*, 2008, stabiliscono che se per un negozio è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, il requisito può essere soddisfatto quando il documento rappresenta l'estrinsecazione formale della volontà delle parti e sia posto in essere al fine di manifestare la stessa volontà.

Tale massima però richiederebbe oltre al requisito della forma scritta, anche quello della forma espressa (che la legge prescrive solo in casi eccezionali).

La giurisprudenza tuttavia, sembra ravvisare il consenso scritto anche in manifestazioni tacite di volontà contrattuale.

<sup>96</sup> La giurisprudenza ha chiarito che la scrittura privata autenticata non costituisce un *tertium genus* rispetto all'atto pubblico e alla scrittura privata. Questo perché l'autenticazione opera

Essa rappresenta un documento ibrido, caratterizzato cioè da una duplice natura: una scrittura privata (il documento che raccoglie il contenuto negoziale) e un atto pubblico ridotto (l'autenticazione), il cui scopo è quello di identificare come genuina la sottoscrizione apposta alla scrittura.

La “formula di autentica” , cioè l'atto pubblico che accede alla scrittura privata, crea in riferimento a questa “una presunzione di autenticità relativamente al contenuto, nel senso che l'autenticità della sottoscrizione fa presumere la provenienza dal sottoscrittore delle dichiarazioni attribuitegli”<sup>97</sup>, ma non costituisce un requisito di validità o efficacia della scrittura privata, bensì un elemento di presunzione dell'autenticità delle sottoscrizioni<sup>98</sup>.

L'autenticazione come mezzo di riconoscimento riguarda solo l'autenticità della sottoscrizione apposta in presenza del notaio o altro pubblico ufficiale.

Conseguentemente l'efficacia probatoria è circoscritta al solo estrinseco, cioè alla provenienza delle dichiarazioni, senza alcuna interferenza con il contenuto intrinseco delle dichiarazioni stesse<sup>99</sup>.

Oltre alla funzione di costituire uno strumento di riconoscimento della sottoscrizione, l'autentica ha anche la funzione di attribuire alla scrittura il valore di titolo idoneo ai fini della trascrizione dell'atto costitutivo o traslativo di un diritto reale di un bene immobile<sup>100</sup>.

---

esclusivamente sul piano della prova e non sul piano della validità sostanziale dell'atto posto in essere. Così Cass., 7 agosto 2000, n. 10375, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

<sup>97</sup> Cfr. Cass. 9 giugno 1981, n. 3718, in *Foro italiano*, 1982 I, 483; Cass. civ. sez. II, 25 ottobre 2010, n. 21844, in *Imm. e propr.*, 2011, 1, 49; Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2002, n. 15295, in *Impr.*, 2003, 132.

<sup>98</sup> Cass. 10 dicembre 1984, n. 6482, in *Mass. Giur. It.*, 1984; Cass. 29 agosto 1994, n. 7564, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. 19 marzo 2003, n. 4043, in *Guida al Diritto*, 2003, 23, 50; Cass. 9 febbraio 2007, n. 2909, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass. 15 aprile 2011, n. 8746, in *CED Cass.*, 2011; Cass. 6 luglio 2015, n. 13884, in *CED Cass.*, 2015.

<sup>99</sup> Cfr. Cass. 9 settembre 1999, n. 9567, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

<sup>100</sup> Ciò allo scopo di creare quella priorità della formalità, ex art. 2644 c.c., che rappresenta lo strumento per stabilire quale atto debba prevalere tra quelli posti in essere da un medesimo soggetto nei confronti di persone diverse in tempi successivi.

La giurisprudenza ha chiarito che, in mancanza di autenticità della scrittura privata, l'unico strumento consentito al privato per accedere alla formalità dei registri immobiliari, è quello dell'accertamento giudiziale dell'autenticità della sottoscrizione, perché in questo caso, gli effetti della trascrizione di una scrittura privata, integrata da sentenza che accoglie la

Sostanzialmente lo scopo dell'autenticazione è duplice: dare piena prova legale del riferimento della scrittura privata ad un certo soggetto, e attribuire valenza di titolo idoneo per consentire la pubblicità immobiliare.

L'art. 2703 c.c., nel delineare la competenza del pubblico ufficiale ad autenticare la scrittura privata, contiene una previsione analoga a quella prevista dall'art. 2699 c.c.: si parla in entrambe le norme di "notaio o altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Dalla norma poteva desumersi la conseguenza che dovesse ritenersi previsto l'atto pubblico di autenticazione redatto da un pubblico ufficiale che non fosse il notaio.

L'autenticazione della firma da parte di pubblici ufficiali diversi dal notaio, fino a tempi recenti, si limitava alla cd. autentica amministrativa, caratterizzata cioè dall'autenticazione di istanze dirette alla pubblica amministrazione e non applicabile all'autenticazione di scritture tra soggetti privati per atti aventi per contenuto un negozio giuridico<sup>101</sup>.

Si riteneva che la cd. forma pubblica amministrativa avesse come punto di riferimento l'atto pubblico e non la scrittura privata autenticata<sup>102</sup>.

Ora con l'adozione della legge n. 127 del 1997 i due istituti sono stati accomunati.

Quella introdotta con tale legge, è una competenza certificativa attribuita al segretario comunale esclusivamente quando venga interessato il Comune (si richiede che questo sia parte dell'atto).

---

domanda di accertamento giudiziale, retroagiscono alla data della trascrizione della domanda.

Cass. 11 febbraio 1985, n. 1101, in *Vita Notar.*, 1985, 390; Cass. 18 giugno 2002, n. 8745, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Cass. 11 aprile 2014, n. 8544, in *CED Cass.*, 2014; Cass. 20 febbraio 2015, n. 3427, in *CED Cass.*, 2014; Cass. 26 novembre 2014, n. 25145, in *CED Cass.*, 2014.

<sup>101</sup> Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri 21 ottobre 1968, n. 778/8/1; Circolare Ministero interno 23 ottobre 1971, n. 21; Circolare Ministero interno 28 marzo 1980, n. 1068.15900; Cass. 30 agosto 2013, n. 19966, in *CED Cass.*, 2013.

<sup>102</sup> L'art. 17, comma 68 della l. 15 maggio 1997, n. 127, ha stabilito, per la prima volta, la competenza del segretario comunale ad "autenticare scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente".

A seguito di tale legge, è innegabile un parallelismo tra i due istituti, nel senso di ritenerli soggetti a pubblicità immobiliare.

### 13.2 In cosa la scrittura privata differisce dall'atto pubblico

Data la sostanziale fungibilità dell'atto pubblico e scrittura privata autenticata ai fini della produzione degli effetti negoziali, i notai a volte, utilizzano la scrittura privata autenticata in sostituzione dell'atto pubblico.

Il legislatore - non è dubbio - ha concepito la scrittura privata come atto privato redatto da terzi al di fuori dello studio notarile e portato dinanzi al notaio già confezionato, attribuendo al pubblico ufficiale solo il compito di apporre su questo la formula di autentica<sup>103</sup>.

Ci si può chiedere quali siano le motivazioni che possano indurre il notaio, soprattutto se manca una indicazione delle parti in tal senso, a preferire l'utilizzo della scrittura privata autenticata piuttosto che l'atto pubblico.

Sicuramente esigenze di necessità, soprattutto se il documento sia unico e le parti che devono sottoscriverlo sono numerose a tal punto da non poter presenziare contestualmente alla stipula.

Certamente devono considerarsi anche esigenze di semplificazione della forma della scrittura, specie per atti urgenti, considerando che non tutti i formalismi della legge notarile possono essere applicati alla scrittura privata autenticata<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Strumento questo che serve per far conseguire alla scrittura tutte le formalità successive, sia di carattere civilistico, sia di carattere fiscale.

Spesso quando le parti si rivolgono al notaio, lasciano lui la facoltà di scegliere l'atto da utilizzare.

Quando questi sceglie lo strumento della scrittura privata autenticata, essa è trattata alla stregua di un atto di provenienza privata, ancorché si tratti di un documento elaborato da un pubblico ufficiale.

In tal caso l'attività del notaio si sdoppia: nella redazione dell'atto si comporta come un libero professionista incaricato di elaborare un documento con effetti giuridici, e ne risponde sul piano della responsabilità civile per contratto d'opera professionale, senza che (in questa fase) possa essere qualificato come pubblico ufficiale; nella fase successiva, il notaio si riappropria del ruolo di pubblico ufficiale e tutta l'attività compiuta in questa fase, viene valutata sotto il profilo della legge notarile del 1913.

<sup>104</sup> G. PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 340 e ss.

Ancora, l'altra esigenza da soddisfare può essere quella di effettuare per scrittura privata autenticata negoziazioni a rischio, per evitare di sottoporre l'atto a ispezioni biennali, che valgono per l'atto pubblico.

Altro elemento da tenere in considerazione è quello della prova.

Il codice civile stabilisce che la scrittura privata con sottoscrizione riconosciuta fa piena prova (fino a querela di falso) della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta.

Si tratta di efficacia probatoria privilegiata, come quella prevista per l'atto pubblico, limitata però, solo alla provenienza del documento dal soggetto che figura come autore.

È sorto il problema se tale efficacia privilegiata possa valere solo tra le parti o anche nei confronti dei terzi ed è stata fornita la seconda soluzione, sulla base della considerazione che l'attestazione di un pubblico ufficiale, estraneo rispetto alle parti, si dispiega in tutto il suo effetto senza limitazioni soggettive, perché l'effetto della piena prova richiede sempre, per essere messo in discussione, la querela di parte<sup>105</sup>.

Anche la giurisprudenza penale si è occupata della formula di autentica e, sulla base della sua assimilazione ad un atto pubblico, ha dedotto che si tratta di un atto pubblico destinato a provare con certezza pubblica gli accadimenti che il notaio dichiara essere avvenuti in sua presenza, fra i quali: l'accertamento dell'identità del soggetto sottoscrittore; il fatto che l'atto è stato sottoscritto in sua presenza; la sottoscrizione si è verificata in una certa data, con la conseguenza che la falsità di una di tali circostanze determina la necessità che il notaio risponda del reato di falsità ideologica in atto pubblico, ai sensi dell'art. 479 c.p.<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> V.S. TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 283-284, il quale cita: C. FALCIONI, *Manuale teorico del Notariato* e G. DONA', *Elementi di diritto notarile*.

<sup>106</sup> Così Cass. pen., 20 aprile 2000, n. 4894, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., 10 febbraio 2006, n. 12693, in *Riv. Pen.*, 2007, 6, 673; Cass. pen., 28 giugno 2001, n. 30195, in *CED Cass.*, 2001; Cass. pen., 15 maggio 2009, n. 25894, in *CED Cass.*, 2009; Cass. pen. 18 gennaio 2013, n. 5239, in *CED Cass.*, 2013; Cass. pen. 26 aprile 2012, n. 24972, in *CED Cass.*, 2012.

Riconosciuto che l'autentica notarile è un atto pubblico coperto da fede privilegiata (che dà luogo, in caso di violazione, al reato di falso ideologico), va analizzato l'ambito di operatività della prova privilegiata, che si sostanzia nella provenienza delle dichiarazioni da parte di chi ha sottoscritto l'atto.

Il legislatore ha ritenuto elemento essenziale la sottoscrizione.

Infatti si è soliti affermare che la sottoscrizione costituisce elemento essenziale della scrittura anche quando questa è tutta autografa, perché non è l'autografia ad identificare tale scrittura, ma la sottoscrizione<sup>107</sup>.

In questo modo la sottoscrizione dà valore alla scrittura, perché è certo che il soggetto che ha sottoscritto è l'autore dell'atto<sup>108</sup>.

### **13.3 Da chi può essere svolto il controllo di legalità sulla scrittura privata**

Uno dei punti di maggior rilievo è se il notaio, nell'autenticare la scrittura privata, debba applicare l'art. 28, n.1 della legge notarile e rifiutare di apporre la formula di autentica se il contenuto della scrittura sia in contrasto con la legge, l'ordine pubblico o il buon costume.

La Cassazione penale lo ha negato, sostenendo che "l'atto di autenticazione è del tutto autonomo rispetto alla scrittura privata e si concreta in un'attività meramente strumentale, di esternazione di un fatto giuridico il quale ha

---

<sup>107</sup> Così R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione – Prove*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, p. 66 e ss. .

<sup>108</sup> La Cassazione ha chiarito (nella sent. 26 gennaio 1976, n. 251, in *Foro it.*, 1976, I, 1909) che l'apposizione della firma autografa determina una presunzione *iuris tantum*, che costituisce consenso del sottoscrittore al contenuto della scrittura.

Tale presunzione opera sia nei confronti di chi sappia leggere e scrivere, sia nei confronti di un soggetto analfabeta capace, però di sottoscrivere, che abbia apposto la firma a tale scrittura, predisposta da altri.

Ciò in considerazione che entrambi sono in grado di controllare il contenuto: il primo con la lettura diretta del documento e il secondo ricorrendo ad altri mezzi, come la lettura ad opera di un terzo.

prodotto tutti i suoi effetti *inter partes* e che il notaio non potrebbe rifiutarsi di compiere senza violare l'art. 27 legge notarile”<sup>109</sup>.

La sentenza è stata largamente approvata e la massima sostenuta da una dottrina minoritaria, che ha sottolineato come scrittura privata ed autenticazione costituiscano due atti diversi, separati, che operano per un ambito autonomo tra loro, senza costituire un'unità<sup>110</sup>.

La maggioranza della dottrina<sup>111</sup> e la giurisprudenza civile<sup>112</sup> ritengono che per le scritture private debba trovare interamente applicazione l'art. 28, n.1 legge notarile.

L'opinione più comune è quindi quella di ritenere che tale articolo possa trovare applicazione.

È stato merito di uno studioso sottolineare che la scrittura privata autenticata ha un valore diverso rispetto a quello della semplice scrittura privata, in vista degli effetti che è in grado di produrre a beneficio delle parti: si è parlato di “cresima di ufficialità”, che rende la scrittura “idonea, non meno che per la dichiarazione negoziale ricevuta in un documento pubblico, ad usi molteplici (iscrizioni, trascrizioni, registrazioni, ecc.)”, giungendo alla conclusione che

---

<sup>109</sup> Cass. pen., Sez. Unite, 28 febbraio 1990, n. 2720, in *Leggi d'Italia*.

<sup>110</sup> E. PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, p. 233 e ss. .

<sup>111</sup> Cfr. S. TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita Not.*, 1980, p. 280 e ss.; P. BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione del notaio*, in *Vita not.*, 1984, p. 36 e ss.; P. BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, Utet, 1993, p. 645; G. PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1423 e ss.; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2014, p. 187 e ss. ; A. GIULIANI, *Dell'autenticazione di scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1951, p. 645; C. FALZONE - A. ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, Roma, 1973, p. 250; E. PAOLUCCI, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, 2005, p. 23 e ss.; E. MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987, p. 963 e ss.; M. DETTI, *Natura del rapporto notarile. Irricevibilità dei negozi illeciti*, in *Riv. Not.*, 1964, p. 195; A. BUSANI, *Reato di lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 964.

<sup>112</sup> Cass. civ., 20 luglio 2010, n. 16905, in *Resp. civ.*, 2012, 12, 916.

La cassazione penale e la giurisprudenza di merito si esprimono per l'inapplicabilità dell'art. 28, n. 1 legge notarile: Cass. pen., 6 aprile 1982, in *Riv. Not.*, 1982; Cass. pen., 3 febbraio 1990, in *Corr. Giur.*, 1990.

“la funzione di autenticazione è contemplata come concorrenziale con quella di ricevimento per la generalità dei tipi negoziali”<sup>113</sup>.

Il dato caratterizzante l'autenticazione della scrittura privata, si rivela in ciò: quando il notaio autentica la scrittura, consente a questa di circolare con un connotato pubblicistico di certezza che cambia l'originario valore del documento.

Il fatto che sia redatto da privati ha poca importanza se il documento porta con sé il fatto che sia effettuato l'accertamento della provenienza dagli autori.

Esso consente allo scritto di produrre tutti i suoi effetti sul piano di una completa circolazione giuridica.

Così, con l'autentica, la scrittura privata cessa di essere “privata” per acquistare valenza pubblica, che può riguardare soggetti diversi dalle parti firmatarie, e ancor più, l'interesse della collettività.

In tal modo esiste un piano di maggiore credibilità della scrittura privata<sup>114</sup> che è dato proprio dal “controllo di legalità”.

L'art. 2699 c.c. individua da un lato il notaio, e dall'altro, il pubblico ufficiale come soggetti cui l'ordinamento attribuisce di volta in volta funzione certificativa.

La differenza è netta: la funzione certificativa del notaio è istituzionale (cioè è una figura appositamente creata per lo svolgimento di detta funzione – che per lui costituisce funzione primaria), mentre per gli altri pubblici ufficiali, tale funzione è secondaria (cioè viene attribuita di volta in volta da apposite norme e con puntuali limitazioni).

---

<sup>113</sup> S. TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 280 e ss..

<sup>114</sup> In altre parole, essa è un surrogato dell'atto pubblico e come tale deve avere un analogo riscontro nella realtà, di legalità. Né si può pensare che si abbia una forzatura, sottolineando la differenza tra i due atti. La differenza è solo apparente, perché infatti, nell'autenticazione di scrittura privata l'inerenza pubblica del documento destinato a circolare vede il notaio protagonista di una tale trasformazione.

Da ciò ne deriva l'esigenza che il notaio svolga il suo ruolo del controllo di legalità.

Tenuti in considerazione questi elementi potremmo supporre che l'art. 28 del ddl concorrenza voglia attribuire la funzione di "pubblico ufficiale", limitatamente all'autenticazione della scrittura privata, anche agli avvocati.

L'art. 1 della legge notarile per delineare la funzione svolta da tale soggetto è decisiva per la dottrina<sup>115</sup> che afferma che le norme codicistiche che collegano la pubblica fede all'atto pubblico, non mirano ad individuare la competenza del notaio che è data per presupposta.

La formulazione diversa delle due norme dell'art. 1 della legge notarile<sup>116</sup> ha suggerito l'interpretazione che la funzione di certificazione del notaio su atti a contenuto negoziale è illimitata e istituzionale; nelle restanti materie è circoscritta<sup>117</sup>.

Possiamo invece notare come l'elencazione contenuta nel secondo comma dell'art.1 della legge notarile, non ha lo scopo di indicare in maniera rigorosa e tassativa quali sono le competenze notarili, ma di evitare che vi siano dubbi sulla competenza del notaio a ricevere gli atti.

---

<sup>115</sup> S. TONDO, *Documentazione notarile a fini non negoziali*, in *Studi e materiali*, vol. I, Milano 1986, p. 300 e ss..

<sup>116</sup> I notari sono ufficiali pubblici 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.

Ai notai è concessa anche la facoltà di:

- sottoscrivere e presentare ricorsi relativi agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti le stipulazioni a ciascuno di essi affidate dalle parti;
- ricevere con giuramento atti di notorietà in materia civile e commerciale;
- ricevere le dichiarazioni di accettazione di eredità col beneficio dell'inventario di cui nell'articolo 955 del Codice civile, nonché gli atti di autorizzazione dei minori al commercio, a mente dell'art. 9 del Codice di commercio.

Tali dichiarazioni ed atti non acquisteranno efficacia se non dal giorno in cui verranno trascritti negli appositi registri all'uopo tenuti nelle cancellerie giudiziarie;

procedere, in seguito a delegazione della autorità giudiziaria:

- all'apposizione e rimozione dei sigilli nei casi previsti dalle leggi civili e commerciali;
- agli inventari in materia civile e commerciale, ai termini dell'art. 866 del Codice di procedura civile, salvo che il pretore, sulla istanza e nell'interesse della parte, non creda di delegare il cancelliere;
- agl'incanti e alle divisioni giudiziali ed a tutte le operazioni all'uopo necessarie;
- rilasciare i certificati di vita ai pensionati ed agli altri assegnatari dello Stato, giusta l'articolo 402 del regolamento sulla contabilità dello Stato 4 maggio 1885, n. 3074.

I notari esercitano inoltre, le altre attribuzioni loro deferite dalle leggi.

<sup>117</sup> R. TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28, n.1 L.N.*, in *Riv. Not.*, 1972, p. 1320.

Com'è stato affermato da Giuliani<sup>118</sup> l'attività primaria del pubblico ufficiale incaricato di formare documenti dotati di fede privilegiata è quella di attestare fatti e circostanze e farne menzione nell'atto.

È questo il compito principale del notaio.

#### **14. Il notaio: non solo pubblico ufficiale ma anche libero professionista**

Nella persona del notaio coesistono due aspetti: la libera professione e la pubblica funzione.

Determina motivo di incertezza l'individuazione dei momenti dell'attività notarile nei quali si può affermare che i due aspetti si fondono.

E si giunge all'individuazione di questo momento quando si afferma che l'atto notarile costituisce un negozio giuridico (libera professione) contenuto in un documento redatto da un notaio (pubblica funzione)<sup>119</sup>.

L'affermazione potrebbe sembrare più idonea a ricomprendere in sintesi l'intera attività notarile.

In tempi relativamente recenti, si è venuto ad accentuare l'aspetto della libera professione, tramite il trasferimento in capo al notaio di compiti in precedenza affidati alla magistratura, richiedenti terzietà e forte preparazione giuridica professionale<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> A. GIULIANI, in *Riv. Not.*, 1961, p. 497; e anche G. SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006, p. 287 e ss.; L. GENGHINI, *La forma degli atti notarili*, Padova, 2009, p. 250 e ss. .

<sup>119</sup> P. CARUSI, *Il negozio giuridico notarile*, Milano, 1994, p. 30 e ss. .

<sup>120</sup> Tramite il trasferimento di compiti in materia di espropriazione immobiliari, con la legge 302 sulle deleghe del procedimento espropriativo immobiliare e la legge 340 sulla soppressione dell'omologa giudiziaria in materia societaria.

Si è cercato così, di percorrere altre strade per individuare la figura del notaio, ricorrendo ad una sua assimilazione all'attività giurisdizionale, sul presupposto di un concetto di giurisdizione caratterizzata da imparzialità e vincolatività del giudizio: così A. MORELLO – E. FERRARI – A. SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, p. 469.

Vi è da chiedersi se tra i segmenti in cui può essere scandita l'attività notarile<sup>121</sup> possa essercene uno che unisce le due figure.

Sicuramente tra il momento in cui il notaio ascolta la volontà negoziale delle parti e valuta se il programma negoziale ideato sia o meno contrario ai principi dell'ordinamento, si riscontra il maggior punto di fusione tra libera professione e ufficio pubblico.

Questo perché il controllo di legalità attiene alla funzione pubblica, ma l'approfondimento intellettuale della norma violata delinea aspetti di libera professione.

Il momento in cui il rapporto tra le funzioni si salda è quello in cui il notaio include il prodotto della sua opera professionale nel contenente, documento.

Se consideriamo, invece, il ruolo attribuito agli avvocati dal ddl concorrenza, essi non sono deputati ad indagare la volontà delle parti ma semplicemente ad autenticare una volontà già espressa dalle stesse in un atto che potrebbe essere viziato e non corrispondente alla intima volontà di coloro che lo sottoscrivono.

Tuttavia è da notare come gli avvocati abbiano la possibilità di autenticare, ormai da tempi risalenti, la procura conferita dal cliente per essere difeso e rappresentato in giudizio<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Le parti chiedono al notaio la sua prestazione; il notaio compie il cd. controllo di legalità; dà esito positivo al controllo precedente e redige una bozza; predispone una copia in "bella" per consentire lettura e sottoscrizione; dà lettura e compie le formalità ultime.

<sup>122</sup> Art. 83 c.p.c.: "Quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura. La procura alle liti può essere generale o speciale, e deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata. La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore. La procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce o su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia. Se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e

## 15. Art. 51 l. notarile: un fulcro nella realizzazione dell'atto

L'art. 51 della legge notarile<sup>123</sup> descrive quelle che sono le peculiarità contenutistiche che un atto, redatto dal notaio, deve possedere.

Qui di seguito si riporta l'intero testo di tale articolo.

“L'atto notarile reca la intestazione:

REPUBBLICA ITALIANA<sup>124</sup>

L'atto deve contenere:

- 1) l'indicazione in lettere per disteso dell'anno, del mese, del giorno, del Comune e del luogo in cui è ricevuto;
- 2) il nome, il cognome e l'indicazione della residenza del notaio e del distretto notarile nel cui ruolo è iscritto;

(Numero così modificato dall'art. 15, L. 27 maggio 1940, n. 707).

- 3) il nome, il cognome, la paternità, il luogo di nascita, il domicilio o la residenza e la condizione delle parti, dei testimoni e dei fidefacienti<sup>125</sup>.

Se le parti od alcune di esse intervengono all'atto per mezzo di rappresentante, le precedenti indicazioni si osserveranno, non solo rispetto ad esse, ma anche rispetto al loro rappresentante. La procura deve rimanere annessa all'atto

---

trasmessi in via telematica. La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa.”

Al momento della sottoscrizione della procura da parte del cliente, il difensore assume la veste di pubblico ufficiale, il quale certifica che la firma è stata apposta da quel determinato soggetto. Pertanto, sia la sottoscrizione del cliente che la certificazione fatta dal difensore fanno piena prova fino a querela di falso.

Tuttavia, “l'autenticazione della firma di procura alla lite da parte dell'avvocato non richiede che egli abbia personalmente ricevuto la sottoscrizione da parte del cliente, pertanto non può ritenersi responsabile deontologicamente l'avvocato che abbia autenticato una firma risultata falsa ove non vi sia la prova che la procura attestasse che la sottoscrizione era avvenuta in presenza del professionista medesimo.” – *Cons. Naz. For.*, sent. 28 dicembre 2005, n. 176.

<sup>123</sup> L. 16 febbraio 1916, n. 89.

<sup>124</sup> Comma modificato dall'articolo unico del D.L.C.P.S. 24 gennaio 1947, n. 33.

<sup>125</sup> Numero modificato dall'articolo 12, comma 1 della legge 28 novembre 2005, n. 246. A norma dell'articolo 2 della legge 31 ottobre 1955, n. 1064 l'indicazione della paternità è omessa e dove essere sempre sostituita dall'indicazione della data e del luogo di nascita.

medesimo o in originale o in copia, a meno che l'originale o la copia non si trovi negli atti del notaro rogante ovvero nel registro delle imprese<sup>126</sup>;

4) la dichiarazione della certezza dell'identità personale delle parti o la dichiarazione dell'accertamento fattone per mezzo dei fidefacienti<sup>127</sup>;

5) l'indicazione, almeno per la prima volta, in lettere per disteso, delle date, delle somme e della quantità delle cose che formano oggetto dell'atto;

6) la designazione precisa delle cose che formano oggetto dell'atto, in modo da non potersi scambiare con altre.

Quando l'atto riguarda beni immobili, questi saranno designati, per quanto sia possibile, con l'indicazione della loro natura, del Comune in cui si trovano, dei numeri catastali, delle mappe censuarie, dove esistono, e dei loro confini, in modo da accertare la identità degli immobili stessi;

7) l'indicazione dei titoli e delle scritture che s'inseriscono nell'atto;

8) la menzione che dell'atto, delle scritture, dei titoli inseriti nel medesimo fu data dal notaro, o, presente il notaro, da persona di sua fiducia, lettura alle parti, in presenza dei testimoni, se questi siano intervenuti.

Il notaro non potrà commettere ad altri la lettura dell'atto che non sia stato scritto da lui, salvo ciò che dispone il Codice civile in ordine ai testamenti.

La lettura delle scritture e dei titoli inseriti può essere omessa per espressa volontà delle parti<sup>128</sup>, purché sappiano leggere e scrivere. Di tale volontà si farà menzione nell'atto;

9) la menzione che l'atto è stato scritto dal notaro o da persona di sua fiducia, con l'indicazione dei fogli di cui consta e delle pagine scritte;

---

<sup>126</sup> Numero modificato dall'articolo 36, comma 5-ter, del D.L. 10 ottobre 2012, n. 179.

<sup>127</sup> Numero sostituito dall'articolo 2 della legge 10 maggio 1976, n. 333.

<sup>128</sup> “la prova che il notaio sia venuto meno al dovere di diligenza e di lettura personale dell'atto può essere desunta in via presuntiva anche semplicemente dal numero degli atti rogati, quando esso sia tale che il tempo teoricamente dedicato alla formazione di ciascun di essi non sia neppure sufficiente a darne integrale lettura”. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, che aveva ritenuto non provata la violazione da parte del notaio del dovere di diligenza e personalità della prestazione, in un caso in cui lo stesso aveva stipulato 120 atti in 8 giorni, nel periodo compreso tra il 20 ed il 31 dicembre). Così Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2011, n. 28023, in *Fisco on line*, 2012.

10) la sottoscrizione col nome, cognome delle parti, dei fidefacienti, dell'interprete, dei testimoni e del notaio<sup>129</sup>.

I fidefacienti possono allontanarsi dopo la dichiarazione prescritta al n. 4. In tal caso debbono apporre la loro firma subito dopo quella dichiarazione, e il notaio ne deve fare menzione.

Se alcune delle parti o alcuno dei fidefacienti non sapesse o non potesse sottoscrivere, deve dichiarare la causa che glielo impedisce e il notaio deve far menzione di questa dichiarazione;

11) per gli atti di ultima volontà, l'indicazione dell'ora in cui la sottoscrizione dell'atto avviene. Tale indicazione sarà pure fatta, quando le parti lo richiedano, o il notaio lo ritenga opportuno, negli altri atti;

12) negli atti contenuti in più fogli, la sottoscrizione in margine di ciascun foglio, anche col solo cognome, delle parti, dell'interprete, dei testimoni e del notaio, eccettuato il foglio contenente le sottoscrizioni finali.

Le sottoscrizioni marginali debbono essere apposte anche su ciascun foglio delle scritture e dei titoli inseriti nell'atto, eccetto che si tratti di documenti autentici, pubblici o registrati.

Se le parti intervenute, che sappiano o possano sottoscrivere, eccedono il numero di sei, invece delle sottoscrizioni loro, si potrà apporre in margine di ciascun foglio la sottoscrizione di alcune di esse, delegate dalle parti rappresentanti i diversi interessi.

---

<sup>129</sup> “In tema di atto pubblico notarile, ai sensi dell’art. 51 n. 10, l. n. 89 del 1913, la sottoscrizione della parte è surrogabile dalla dichiarazione di impossibilità a sottoscrivere, resa dalla parte stessa al notaio e da questi menzionata nel rogito, ma, qualora la veridicità della dichiarazione di impedimento sia contestata, il giudice non può limitarsi a constatare la formale presenza del surrogato della sottoscrizione, dovendo accertare, invece, se sussista la dedotta falsità della causa impeditiva, se essa costituisca, di per sé o in concorso con altre circostanze, indice del rifiuto della parte di approvare il contenuto negoziale del documento e se la falsità della dichiarazione sia opponibile alla controparte”. Così Cass. civ., sez. II, 16 novembre 2012, n. 20209, in *Vita Notar.*, 2013, 1, 336.

La decisione è conforme ai numerosi precedenti citati anche in motivazione come ad esempio Cass. 30 gennaio 1998, n. 950, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass. 6 novembre 1996, n. 9674, in *Riv. Not.*, 1998, II, 336.

La firma marginale del notaro nei fogli intermedi non é necessaria, se l'atto é stato scritto tutto di sua mano”.

Abbiamo voluto riproporre il testo integrale dell'articolo per sottolineare tutti gli adempimenti richiesti al notaio, una volta accettato l'incarico, per la stesura dell'atto.

La legge é particolarmente dettagliata nella sua descrizione, ragion per cui si richiede nella figura notarile un elevato grado di professionalità, che é possibile raggiungere solo grazie ad uno studio approfondito della materia.

La creazione di un atto porta con sé notevolissimi problemi di natura pratica e teorica, certamente non risolvibili mediante una semplice lettura del testo di legge.

Proprio per questo motivo non si riesce a comprendere come un tale incarico possa essere ricoperto da un “semplice” avvocato abilitato alla professione, la cui formazione potrebbe rivelarsi carente da questo punto di vista.

Né é possibile lasciare che simili adempimenti siano a cura delle parti, come specificato nel “ddl concorrenza”.

Se infatti un avvocato potrebbe rivelarsi non idoneo allo svolgimento di tale funzione, si figuri un privato qualunque, non intenditore della materia.

Indubbiamente, si aprirebbe una nuova opportunità per gli avvocati, non priva di insidie e perplessità. Va da sé che le competenze degli avvocati sui rogiti di beni immobili non sono quelle maggiormente qualificate dei notai. Per quanto l'avvocato debba avere una preparazione esaustiva in tema di contratti e transazioni é chiaro che qui si sconfina nelle tradizionali competenze notarili. Perciò l'avvocato che vorrà operare in questo settore non potrà improvvisare ma dovrà acquisire e mantenere una corposa preparazione in tema di rogiti e redazione degli atti traslativi della proprietà. E ciò, poiché egli verrà chiamato spesso a redigere direttamente l'atto su richiesta del cliente.

E non solo: quand'anche l'attività si fermasse all'autentica delle firme, necessariamente l'avvocato dovrà valutare la conformità dell'atto redatto dai terzi alle leggi. Difficilmente, infatti, un professionista potrà essere disposto ad

autenticare una firma su un pezzo di carta che viola le elementari e basilari norme contrattuali. V'è di mezzo una questione d'immagine e di tutela della professionalità dell'avvocato.

## **16. Il secondo contratto direttamente coinvolto dal ddl concorrenza**

Il testo normativo in corso di esame in Commissione fa riferimento non solo alla compravendita, ma anche all'istituto della donazione.

Si ricomprendono infatti, la donazione, la costituzione e la modificazione di diritti su beni immobili destinati ad uso non abitativo che abbiano un valore catastale inferiore a € 100.000,00.

Analizziamo quindi, alcuni profili del contratto di donazione.

La donazione è, secondo la definizione fornita dall'art. 769 c.c., un contratto.

È costituita infatti da una struttura bilaterale, in quanto richiede per il suo perfezionamento, il consenso dell'altra parte, e cioè l'incontro delle due volontà<sup>130</sup>.

L'articolo continua nella descrizione della struttura, precisando che una delle parti, con essa, arricchisce l'altra per spirito di liberalità, disponendo a suo favore di un suo diritto o assumendo un'obbligazione.

I due elementi che la connotano sono lo spirito di liberalità<sup>131</sup> e l'arricchimento del donatario.

La donazione è caratterizzata da un rigido formalismo.

Elemento essenziale del contratto di donazione è la forma: deve essere conclusa per **atto pubblico (art. 782 c.c.), alla presenza di due testimoni**<sup>132</sup>, non parenti coniugi o affini, né interessati all'atto<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Non occorre soltanto la volontà del donante di arricchire l'altra parte senza un corrispettivo, ma è necessaria l'accettazione del donatario. Solo in via eccezionale non è necessaria: nell'ipotesi della donazione obnuziale.

<sup>131</sup> Lo spirito di liberalità costituisce la causa del contratto.

<sup>132</sup> Secondo la l. 16 febbraio 1913, n. 89, artt. 47 e 48.

È necessaria una forma *ad substantiam*<sup>134</sup>.

Pertanto, l'intervento del notaio o di altro pubblico ufficiale<sup>135</sup> è necessario al fine di disporre dei propri beni a titolo di donazione.

La necessità dell'atto pubblico si giustifica con l'importanza dell'atto di donazione e per gli effetti sul patrimonio del donante.

Egli dev'essere, oltre che capace d'intendere di volere, pienamente consapevole dell'atto che compie e di tutte le conseguenze che ne derivano.

---

<sup>133</sup> Vi è chi riconnette il rigore formale, che deve assistere la donazione, alla debolezza dell'elemento causale.

Esso si esaurirebbe nell'unilaterale intento liberale di arricchire il donatario (GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, p. 263).

La debolezza causale dell'atto (nel quale all'attribuzione patrimoniale non corrisponde alcuna controprestazione) sarebbe, pertanto, controbilanciata da un supplemento di forma (che non verrebbe meno neanche con riferimento al trasferimento di diritti relativi ad opere dell'ingegno: Cass. Civ., 16 aprile 2002, n. 546, in *Leggi d'Italia*).

Vanta consensi la tesi meno rigorosa, che osserva che la ragione del formalismo ha a che fare con la figura del donante e non con quella della parte che si giova dell'incremento patrimoniale (TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1956, p. 439).

<sup>134</sup> “ Se non è dubbio che si tratta di una forma di fonte legale, in quanto appunto prevista da una norma di legge, va subito osservato che il vincolo di forma non è imposto con la massima intensità possibile. Infatti, pur essendo prevista in modo espresso la nullità per il difetto di forma, non è impedita la sanatoria della donazione informale in determinati casi (art. 799 c.c.). Inoltre, la forma solenne non è prescritta per ogni donazione ( ad es. nelle donazioni indirette e in quelle manuali); né è prevista in modo uguale per tutte le donazioni, perché i requisiti della specificazione e valutazione sono richiesti solo in determinati casi ( donazioni di cose mobili di non modico valore).

Ne deriva che, nel sistema degli atti formali, la donazione si caratterizza per una diversità dei requisiti formali a seconda del suo oggetto (bene mobile o immobile) o delle modalità in cui viene attuata (donazione diretta o indiretta). E , soprattutto la donazione spezza la regola del rapporto tra contratto amorfo e invalidità insanabile, evidenziando una diversa (in quanto minore) intensità degli interessi protetti con le prescrizioni formali.

Occorre, tuttavia, considerare che il legislatore, elevando la forma della donazione a requisito legale dell'atto e inserendola nel sistema delle nullità, ha finito per porre un limite all'autonomia privata, cosicché, per compiere una liberalità donativa, le parti sono obbligate a rispettare determinate prescrizioni formali”. VENDITTI, 2001.

<sup>135</sup> La competenza a rogare donazioni non è solo del notaio, anche se si fa generalmente riferimento a questa figura, per la sua competenza e professionalità.

Possono ricevere donazioni i consoli a cui sono riconosciute le funzioni che l'ordinamento italiano riconosce ai notai, i segretari comunali (rispetto alle donazioni effettuate in favore del Comune).

Non possono invece ricevere donazioni, secondo l'opinione preferibile, i funzionari del debito pubblico, i cancellieri e i magistrati.

Il legislatore impone quindi, rigorosi requisiti formali ispirati dall'intento di indurre ad una maggiore riflessione e ponderatezza il donante, con finalità di tutela, tenuto conto appunto, della depauperazione che l'atto donativo esercita sul suo patrimonio, destinate ad estendersi anche ai terzi interessati.

E' quindi molto importante la consulenza del notaio o comunque di una figura professionalmente competente di altro pubblico ufficiale, per avere tutti i chiarimenti necessari e opportuni.

Non si riesce bene a comprendere come il legislatore voglia modificare un istituto così delicato per il quale originariamente sono state previste rigide previsioni di forma a garanzia delle parti, consentendo ora di potersi fare mediante semplice scrittura privata autenticata. Sicuramente si creerebbe maggiore incertezza nei traffici giuridici e le donazioni potrebbero essere esposte a numerose azioni di revocazione e/o riduzione.

La donazione è uno strumento idoneo a soddisfare diversi interessi.

Infatti, è possibile inserire apposite clausole - c.d. "condizioni" o "oneri" - per soddisfare alcune esigenze (p.e. "ti dono questa casa con l'onere di prestarmi assistenza")<sup>136</sup>.

La donazione è anche un atto soggetto a revocazione, per alcune cause tassative di natura.

In particolare, può essere revocata:

- per ingratitudine del donatario: qualora il donatario abbia commesso atti particolarmente gravi nei confronti del donante o del suo patrimonio;
- per sopravvenienza di figli: qualora il donante abbia figli o discendenti o ancora, sopra di averne successivamente alla donazione.

Proprio per questi motivi, occorre sapere che la donazione è un atto "a rischio", che può pregiudicare la circolazione dei beni donati o l'ottenimento di un finanziamento garantito dal bene donato.

---

<sup>136</sup> TORRENTE A., *La donazione*, in Tratt.dir.civ. e comm., dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1956, p. 439.

La legge, infatti, tutela alcune categorie di familiari<sup>137</sup>, cd. legittimari, riservando agli stessi una quota di eredità, anche contro la volontà del defunto, espressa in una donazione.

## **17. Conclusione**

È così conclusa la trattazione generale, in questo primo capitolo, relativa alla disciplina vigente nel nostro ordinamento giuridico dei contratti di compravendita e donazione.

Nel secondo capitolo ci accingeremo ad analizzare sistematicamente l'atto notarile, il profilo della responsabilità che coinvolge sia la figura notarile, sia quella forense e le cd. "garanzie" offerte dal notaio a tutti i cittadini, invocate a piena voce sin dal momento in cui è stata annunciata la proposta del ddl concorrenza.

---

<sup>137</sup> Questi soggetti sono i discendenti (figli e nipoti), gli ascendenti (genitori, nonni, ecc.) e il coniuge.

## CAPITOLO II

### FORMALITA' DELL'ATTO NOTARILE E RESPONSABILITA' DEL PROFESSIONISTA

#### 1. Introduzione

Nel primo capitolo abbiamo analizzato gli aspetti generali dei contratti di compravendita e donazione, con particolare riguardo agli elementi formali e alla struttura dell'atto.

In questo secondo capitolo porremo la nostra attenzione sulla formazione dell'atto notarile, gli adempimenti che lo stesso notaio generalmente deve effettuare per poter procedere alla stipula e la conseguente responsabilità del professionista.

Tali controlli sono previsti obbligatoriamente a pena di nullità e l'art. 28 (originariamente art. 29<sup>138</sup>) del ddl concorrenza nella sua prima formulazione omette di individuare la persona a carico della quale porli.

Solo in un momento successivo, con la modifica del disegno di legge presentato e la modifica del numero dell'articolo (non più art. 29 ma art. 28), si stabilisce che “le visure ipotecarie e catastali per la redazione degli atti e delle dichiarazioni di cui al comma 1 nonché le comunicazioni dell'avvenuta

---

<sup>138</sup> La prima formulazione dell'articolo, composto da soli 2 commi, così recitava: “In tutti i casi nei quali per gli atti e le dichiarazioni aventi ad oggetto la cessione o la donazione di beni immobili adibiti ad uso non abitativo, come individuati dall'art. 812 del codice civile, di valore catastale non superiore a 100.000 euro, ovvero aventi ad oggetto la costituzione o la modificazione di diritti sui medesimi beni, è necessaria l'autenticazione della relativa sottoscrizione, essa può essere effettuata dagli avvocati abilitati al patrocinio, muniti di polizza assicurativa pari almeno al valore del bene dichiarato nell'atto.

Le visure ipotecarie e catastali per la redazione degli atti e delle dichiarazioni di cui al comma 1 nonché le comunicazioni dell'avvenuta sottoscrizione degli stessi agli uffici competenti sono a carico della parte acquirente, donataria o mutuataria”.

sottoscrizione degli stessi agli uffici competenti sono a carico della parte acquirente, donataria o mutuataria”<sup>139</sup>.

Con ciò, graverebbe, quindi, sul privato un simile compito (dispendioso in termini di tempo e denaro)<sup>140</sup>.

La formulazione del nuovo testo dell’articolo 28, con l’introduzione del terzo e quarto comma sarebbe maggiormente garantista per il cittadino, dal momento che tutti gli adempimenti formali successivi verrebbero posti a carico dell’avvocato.

## **2. Fase preparatoria alla stipula alla stipula degli atti**

Le compravendite immobiliari si perfezionano abitualmente al termine di un *iter*, caratterizzato da una prima fase precontrattuale durante la quale le parti pongono in essere diversi atti preparatori alla conclusione del contratto<sup>141</sup>.

Prima di giungere alla stipula dell’atto notarile, proprio per la difficoltà di districarsi nella “selva” della continua evoluzione di norme civilistiche,

---

<sup>139</sup> Art. 28, comma secondo, atto camera n. 3012, “Legge annuale per il mercato e la concorrenza” presentato il 3 aprile 2015 alla Camera dei Deputati., in corso di esame in Commissione.

<sup>140</sup> Il nuovo testo dell’art. 28 reca con sé l’aggiunta di due nuovi commi (terzo e quarto):  
comma terzo: “Gli avvocati che autenticano gli atti e le dichiarazioni di cui al comma 1 sono obbligati a richiedere la registrazione, a presentare le note di trascrizione e di iscrizione e le domande di annotazione e di voltura catastale relative ai medesimi atti e dichiarazioni nonché alla liquidazione e al pagamento delle relative imposte utilizzando le modalità telematiche. Ai fini dell’applicazione dell’imposta di bollo, ai cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, si applicano le disposizioni previste per i corrispondenti atti rogati, ricevuti o autenticati dai notai o da altri pubblici ufficiali”;  
comma quarto: “Con provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate sono stabiliti i termini e le modalità di esecuzione, per via telematica, degli adempimenti di cui al comma 3”.

Così solo gli adempimenti successivi sarebbero eseguiti dall’avvocato che autentica l’atto.

<sup>141</sup> Si tratta di atti propedeutici e prodromici alla stipulazione del contratto definitivo di compravendita, ciascuno dei quali produce effetti giuridici. Sono tutti finalizzati al raggiungimento di uno stesso obiettivo: la stipulazione del contratto definitivo e il successivo trasferimento della proprietà.

Nella prassi le compravendite immobiliari si realizzano attraverso mediatori o agenti che hanno il compito di promuovere la vendita.

tributarie e di natura urbanistica, è necessario chiedere consulenza ad un tecnico di fiducia, alla banca o al notaio che dovrà riassumere tutti i dati forniti per realizzare lo scopo voluto dalle parti<sup>142</sup>.

Si possono individuare alcune fasi in cui si articola la compravendita:

- trattative precontrattuali;
- sottoscrizione del contratto preliminare;
- stipulazione del contratto definitivo.

Nella prima fase le parti manifestano il loro interesse alla conclusione dell'accordo, ma ancora non sorgono obbligazioni.

Tuttavia, le parti sono obbligate a comportarsi secondo buona fede reciprocamente.

Sono tenute cioè, a fornire tutte le informazioni necessarie in merito alla situazione personale e oggettiva: devono comportarsi secondo lealtà e correttezza<sup>143</sup>.

Le parti sono libere di determinare la forma e il contenuto degli atti preparatori.

---

<sup>142</sup> Per questo motivo, si consiglia sempre prima di arrivare alla stipula, di rivolgersi anche al notaio per una consulenza approfondita su:

- la migliore sistemazione degli interessi, tenuto conto della situazione familiare personale;
- la conoscenza delle sanzioni e delle conseguenze dovute a dichiarazioni mendaci;
- il costo dell'atto, con particolare riferimento ai tributi da pagare, sia ad opera della parte venditrice, sia della parte acquirente per non doversi trovare in difficoltà al momento della conclusione della stipula.

È il modo migliore per non avere "sorprese" future.

<sup>143</sup> La buona fede è una clausola generale del nostro ordinamento.

La Cassazione si è cimentata nel tentativo di elaborare una nozione generale: "la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede", Cass. 18 febbraio 1986, n. 960, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

Altra definizione elaborata in Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1997, 414.

Perché possa ritenersi concluso il contratto è necessario che sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo.

Al fine di evitare che sorga confusione è opportuno che in questa prima fase siano fornite chiaramente tutte le informazioni e precisati i termini delle trattative stesse.

### **3. Le informazioni da acquisire sul bene**

Le informazioni che è opportuno acquisire sin dalla fase delle trattative sono relative alla titolarità e alla consistenza dell'immobile.

Sono ispezioni da compiere ad opera delle parti secondo quanto riferito dal testo dell'art. 28 ddl concorrenza.

La verifica comporta l'esame di documenti e la verifica presso alcuni pubblici registri.

Questa attività<sup>144</sup> può essere affidata:

- direttamente all'interessato;
- al notaio;
- a un professionista di fiducia;
- all'agente immobiliare.

È opportuno acquisire tutta la documentazione afferente l'immobile per evitare di incorrere in spiacevoli sorprese.

Quali sono allora i documenti che occorre analizzare ?

---

<sup>144</sup> Nella fase iniziale, l'analisi documentale è utilizzata come metodologia semplificata di indagine, definita *audit* documentale o *Due diligence* preliminare (E. RUSSO, *Le acquisizioni di immobili e di società immobiliari*, Cedam, 2009, p. 54 e ss.).

La verifica comporta l'esame di documenti da cui si possono ricavare i dati essenziali per definire l'oggetto della futura compravendita.

È possibile così, verificare il regolare censimento nel Catasto dei terreni e dei fabbricati, l'eventuale iscrizione delle ipoteche, la presenza di vincoli e servitù, eventuali condoni, titoli edilizi, certificazione degli impianti.

#### 4. Formalità notarili

Secondo quanto previsto dalla formula dell'art. 28 ddl concorrenza le formalità che oggi sono compiute dal notaio dovrebbero essere effettuate dalle parti con la conseguenza che le stesse dovrebbero essere a conoscenza di tutte le caratteristiche richieste dalla legge (molte di queste previste a pena di nullità dell'atto).

In pratica si richiederebbe una conoscenza notarile in capo ai singoli cittadini. Prima di considerare l'acquisto di un immobile è bene verificare che lo stesso sia libero da trascrizioni pregiudizievoli e che sullo stesso non siano state iscritte ipoteche, cioè che il bene non sia gravato da garanzia reale che attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche nei confronti del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione.

L'esistenza di ipoteche si può notare dal **certificato ipotecario**<sup>145</sup> che mostra le formalità ipotecarie eseguite in relazione ad un determinato immobile appartenente ad un soggetto, persona fisica o persona giuridica o altro.

Gli attestati che possono essere richiesti al Conservatore sono:

- Certificato generale: per i dati anagrafici del soggetto persona fisica o denominazione per persona giuridica, contiene le copie di tutte le note desunte dall'ispezione cartacea o informatizzata.
- Certificato speciale: per i dati anagrafici del soggetto o denominazione per persona giuridica e per gli identificativi catastali dell'immobile.
- Copia di nota o di atto<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Documento che consiste in un'attestazione rilasciata dal Conservatore dei registri immobiliari presso gli uffici provinciali.

<sup>146</sup> Chiunque può ottenere il rilascio di un certificato ipotecario, presentando l'apposito modulo di richiesta, che può essere ritirato presso l'ufficio stesso o scaricato sul sito Internet.

Il certificato catastale, invece, consente di acquisire certezza circa la consistenza dell'unità immobiliare, conoscendo i dati identificativi e reddituali e verificando se un determinato soggetto ne sia l'effettivo intestatario.

Il Catasto è un ufficio del Ministero delle Finanze esistente in ogni capoluogo di provincia istituito allo scopo di inventariare i beni immobili presenti sul territorio attraverso l'individuazione di proprietà, consistenza, ubicazione, qualità e rendita di ogni bene, indipendentemente dal fatto che sia censito nella sezione dei terreni o in quella dei fabbricati.

La visura catastale consente di consultare gli atti e i documenti catastali e ottenere un rilascio di una copia in carta libera delle risultanze della banca dati.

È necessario, per effettuare la ricerca, indicare gli identificativi catastali<sup>147</sup>.

La visura riguarda atti meccanizzati, inseriti in una banca dati informatizzata.

La ricerca può essere riferita alla situazione catastale corrente o a tutte le situazioni cronologicamente relative al periodo richiesto.

Oltre alla visura cartacea possono essere richieste anche consultazioni telematiche per ottenere informazioni sugli immobili presenti nella banca dati catastale.

Con il d.l. n. 78/2010 convertito in l. n. 122/2010 si è introdotta una nuova formalità nel contenuto del contratto di compravendita, la cui omissione

---

<sup>147</sup> L'identificativo catastale è costituito dalle seguenti informazioni:

- Comune catastale: corrisponde al confine territoriale amministrativo comunale.
- Sezione amministrativa (catasto dei fabbricati): è una suddivisione presente solo in alcuni contesti territoriali.
- Sezione censuaria (catasto dei terreni): suddivisione territoriale del comune catastale.
- Sezione urbana (catasto dei fabbricati): ulteriore suddivisione del territorio comunale presente in alcuni comuni.
- Foglio: porzione di territorio comunale rappresentata nelle mappe cartografiche.
- Particella: rappresenta all'interno del "foglio" una porzione di terreno o il fabbricato e l'eventuale area di pertinenza.
- Denominazione: dato relativo solo per immobili che appartengono al Catasto fondiario.
- Subalterno (catasto dei fabbricati): rappresenta la singola unità immobiliare.

comporta la nullità: si tratta della dichiarazione di conformità della planimetria catastale allegata all'atto con la situazione di fatto, cui si aggiunge l'attestazione da parte del notaio della regolare intestazione presso il catasto dei fabbricati alla parte cedente l'immobile e della conformità con le risultanze dei Registri immobiliari<sup>148</sup>.

Oltre a questi due certificati, vi sono le certificazioni urbanistiche: certificati essenziali per verificare la conformità alle norme edilizie e urbanistiche e, quindi, per conoscere se l'immobile è stato regolarmente costruito e se gli eventuali interventi modificativi svolti successivamente alla edificazione, come gli interventi di manutenzione nella stessa unità immobiliare oggetto delle trattative sono stati effettuati rispettando le norme urbanistiche.

Chi si appresta ad effettuare un acquisto deve sapere se effettivamente l'immobile è stato costruito regolarmente e se chi lo pone in vendita ha rispettato le disposizioni previste dalla legge per le modifiche eseguite nel corso del tempo.

Al momento del trasferimento e nel contesto del contratto di compravendita si rende indispensabile l'indicazione degli estremi relativi alla regolarità urbanistica dell'immobile, pena la nullità del contratto<sup>149</sup> e l'impossibilità di

---

<sup>148</sup> Non è possibile procedere al rogito senza far espresso riferimento alle planimetrie depositate in catasto. Nessun notaio si renderà disponibile a rogare un atto nullo.

La disciplina trova applicazione per tutti gli atti di trasferimento di immobili e per gli atti che costituiscono o trasferiscono diritti reali, come usufrutto e servitù. È esclusa per gli atti di concessione d'ipoteca.

Ancora, sono esclusi dall'applicazione gli atti di trasferimento di terreni, fabbricati rurali, fabbricati in corso di costruzione o venduti al "rustico" e fabbricati fatisfacenti.

<sup>149</sup> Tuttavia se la mancanza non è dipesa dalla inesistenza della licenza, del permesso, o della concessione di costruire con riferimento al tempo in cui è stato stipulato l'atto, questo può essere oggetto di conferma mediante atto successivo posto in essere anche solo da una delle parti.

La conferma deve avere la stessa forma dell'atto che s'intende convalidare e contenere la menzione urbanistica mancante.

Queste disposizioni non si applicano, invece, quando i terreni costituiscono pertinenze di edifici censiti nel nuovo catasto edilizio urbano, purché la superficie complessiva dell'area di pertinenza sia inferiore a 5.000 mq.

una loro trascrizione nei registri pubblici immobiliari in assenza dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica<sup>150</sup>.

Già nella fase delle trattative è opportuno procedere alle verifiche dei titoli edificatori, cioè dei provvedimenti amministrativi che hanno legittimato il proprietario del suolo a costruire<sup>151</sup>.

Lo stesso immobile può aver subito modificazioni ed essere stato "condonato"<sup>152</sup> consentendo così di sanare gli abusi commessi.

La legge sul condono del 1985, ed ora il T.U. n. 380/2001 stabilisce che tutti gli atti tra vivi, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati dal notaio se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli

---

<sup>150</sup> Esso deve essere rilasciato entro il termine di 30 giorni (perentorio) dalla presentazione della domanda.

Conserva validità per un anno dalla data di rilascio se non siano intervenute modificazioni degli strumenti urbanistici, per dichiarazione dell'alienante o di uno dei condividenti.

In caso di mancato rilascio del certificato entro il termine, può essere sostituito da una dichiarazione dell'alienante o di uno dei condividenti che attesta l'avvenuta presentazione della domanda, nonché la destinazione urbanistica dei terreni secondo gli strumenti urbanistici, ovvero l'inesistenza di questi o la prescrizione di strumenti attuativi.

<sup>151</sup> A seguito di numerosi interventi legislativi, tale provvedimento ha assunto nomi diversi a seconda dell'anno in cui è stato rilasciato.

Il titolo edificatorio a seconda dell'epoca è diversamente denominato:

- licenza (per gli immobili realizzati prima del 30.01.77) prevista dalla l. urbanistica del 1942 per edificare nei centri abitati. La l. 765/67 la estese a tutto il territorio comunale, comprese le campagne;
- concessione ad edificare (per gli immobili la cui realizzazione sia iniziata fra il 31.01.77 e il 30.06.03) introdotta dalla l. "Bucalossi" n. 10/77;
- permesso di costruire (per gli immobili la cui realizzazione sia iniziata successivamente al 1.07.03) o alternativamente l'indicazione degli estremi della D.I.A. . Il permesso di costruire è stato introdotto con d.p.r. n. 380/2001; con la l. 443/2001 ("legge Lunardi") e con le modifiche apportate al T.U. con d.lgs. n. 301/2002, è stato previsto che in presenza di particolari requisiti per la realizzazione di nuovi edifici, in alternativa al permesso di costruire, si può utilizzare la cd. D.I.A. (disciplinata dal d.p.r. n. 380/2001).

<sup>152</sup> A partire dal 1985 si sono susseguiti tre condoni edilizi e per ben tre volte è stata concessa la possibilità a coloro che avevano costruito edifici o loro porzioni, senza la relativa autorizzazione, di condonare gli abusi perpetrati.

Si è così ammessa l'opportunità di sanare situazioni di abuso, regolarizzando la costruzione edificata in violazione di norme edilizie.

estremi urbanistici del bene immobile oggetto di compravendita, fatta eccezione per gli immobili costruiti anteriormente al 1 settembre 1967<sup>153</sup>.

Da ciò deriva che la mancanza all'interno dell'atto del requisito formale previsto dalla legge ne determina la nullità: la dichiarazione è resa dalla parte venditrice (previamente ammonita dal notaio circa le conseguenze penali) sotto la propria responsabilità.

Il T.U. per l'edilizia, emanato con d.p.r. n. 380/01, ha abrogato la disciplina precedente introducendo il “**certificato di agibilità**”: rappresenta un ulteriore certificato che ha la funzione di attestare la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igienicità, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti installati<sup>154</sup>.

Infine, possiamo considerare lo **stato di manutenzione**<sup>155</sup> e gli **impianti**.

Una componente rilevante è rappresentata dagli impianti tecnici fissi di cui è dotato l'immobile.

La verifica dello stato di conservazione e manutenzione degli impianti è opportuno sia supportata da apposita documentazione che certifichi il rispetto della normativa in materia di sicurezza e il corretto dimensionamento degli stessi in riferimento all'uso cui sono destinati.

Con D.M. 22 gennaio 2008, n. 37 è stata riorganizzata la disciplina in materia di sicurezza e installazione degli impianti. Le ditte installatrici devono

---

<sup>153</sup> Per tali atti può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario da inserirsi nell'atto attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in tempo anteriore a tale data.

<sup>154</sup> Prima del T.U. la disciplina urbanistica prevedeva il certificato di abitabilità come requisito necessario per l'utilizzo delle unità immobiliari. La disposizione venne modificata dal d.lgs. n. 425/94, con cui si sostituì il verbo “abitare” con “utilizzare”, al fine di chiarire che il divieto di utilizzo andava inteso per tutte le unità immobiliari, anche quelle destinate ad uso non abitativo.

<sup>155</sup> La verifica dello stato di conservazione e manutenzione dell'immobile non può eseguirsi solo sulla base della documentazione, ma richiede un esame dei luoghi e l'accertamento delle condizioni in cui si trova il bene oggetto delle trattative.

Il sopralluogo è un momento fondamentale per il processo di analisi dell'immobile perché permette di verificare la consistenza dello stato di fatto e le eventuali difformità rispetto alle risultanze documentali.

Le condizioni materiali in cui si trova l'immobile rilevano in relazione ai vizi palesi o occulti.

Un'analisi della situazione complessiva consente di valutare la congruità del prezzo.

rilasciare la dichiarazione di conformità, necessaria per il rilascio del certificato di agibilità<sup>156</sup>.

La normativa in materia di sicurezza ha subito sostanziali modifiche, prevedendo per la certificazione energetica, con il d.lgs. 192/2005<sup>157</sup> (modificato con d.lgs. 311/2006) l'obbligo di dotare ogni edificio di certificato energetico, con conseguente nullità di tutti gli atti di trasferimento degli immobili a titolo oneroso in mancanza dell'allegazione dell'attestato di certificazione energetica.

Nel 2008<sup>158</sup> sono state abrogate queste norme che prevedevano la nullità dell'atto di vendita.

Il venditore non ha più l'obbligo di dichiarare nel rogito notarile che gli impianti sono conformi alle norme previste in materia di sicurezza.

Si tratta di elementi eccessivamente formali di cui le parti non sono normalmente a conoscenza e richiedono anche per l'avvocato uno studio specifico della materia.

---

<sup>156</sup> Se la dichiarazione non è prodotta o non è più reperibile, l'atto può essere sostituito, solo per gli impianti realizzati prima del 27.03.2008, da una dichiarazione di rispondenza resa da un professionista.

Tali disposizioni possono essere derogate convenzionalmente dalle parti, che possono convenire che il venditore non assuma alcuna garanzia in merito alla conformità degli impianti.

<sup>157</sup> L'art. 2 del decreto enuncia lo scopo della disciplina, volta a migliorare le prestazioni energetiche degli edifici, intese (queste) come "la quantità annua di energia effettivamente consumata o che si prevede possa essere necessaria per soddisfare i bisogni connessi ad un uso standard dell'edificio, compresi la climatizzazione invernale ed estiva, la preparazione dell'acqua calda per usi igienici sanitari, la ventilazione e l'illuminazione".

Si tratta di un "attestato di certificazione energetica o di rendimento energetico" (ACE), cioè un documento redatto secondo le regole contenute nel decreto con cui si attesta la prestazione energetica dell'edificio esaminato e si forniscono suggerimenti su interventi opportuni e convenienti economicamente, per migliorarla.

Esso rappresenta una "patente di salubrità" che deve accompagnare ciascuna unità immobiliare, da determinare una particolare valorizzazione sul mercato dell'unità considerata rispetto ad altre unità aventi caratteristiche energetiche inferiori.

<sup>158</sup> Art. 35, comma 2 bis, del d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008.

## 5. Il ruolo del notaio nella redazione degli atti

Il notaio è l'unico soggetto a ricoprire, nel nostro ordinamento, contemporaneamente la qualità di libero professionista e di pubblico ufficiale<sup>159</sup>.

Ciò che il notaio attesta essere avvenuto in sua presenza fa piena prova fino a querela di falso.

Egli svolge il compito di controllare la legalità dell'atto compiuto davanti a lui, verificando che il suo contenuto sia in linea con le norme imperative previste nel nostro ordinamento e sia esente da vizi tali da comportare la nullità o l'inefficacia dell'atto.

Nello stesso tempo è il soggetto che deve redigere l'atto in maniera che risponda alle esigenze delle parti, cioè in modo che sia idoneo a realizzare il reale risultato cui queste tendono<sup>160</sup>.

Il ruolo e la funzione del notaio può definirsi come quello del "custode del rispetto delle regole" poste dall'ordinamento e quello di interpretare la volontà delle parti<sup>161</sup>.

Il ricorso al notaio è imposto dalle legge per assicurare contratti e verbalizzazioni ineccepibili e far sì che l'autonomia privata non ecceda i limiti di legalità fissati dalle norme<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> SANTANGELO S., *Il notaio tra pubblico e privato. Antonomia o sintesi?*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 2001, p. 83-93.

<sup>160</sup> Ciò lo obbliga ad una serie di doveri: prestare l'opportuna assistenza alle parti e consigliarle nel modo migliore, nonché porre in essere tutte quelle attività necessarie al fine di raggiungere lo scopo da queste effettivamente voluto.

"Gli si chiede, in buona sostanza, di redigere un valido atto onde poter essere sicuri che la proprietà di un bene immobile passi tranquillamente dalla sfera di disponibilità dell'uno in quella dell'altro, senza correre il rischio che qualcuno, in qualsiasi momento, possa contestare la validità del trasferimento ovvero vantare diritti sul bene compravenduto.", così M. MONEGAT e A. CIRLA, in *Compravendita immobiliare*, Milano, 2011, p. 173.

<sup>161</sup> La percezione comune della società è che nel notaio ci siano due elementi essenziali: la professionalità come esperto del diritto in materia giuridica e fiscale e la fiducia per la funzione di pubblico ufficiale.

<sup>162</sup> Poiché l'intervento del notaio è previsto obbligatoriamente dalla legge, le tariffe sono fissate dallo Stato.

L'opera del notaio s'incentra nell'esame della documentazione legale attinente la proprietà immobiliare.

Primaria importanza assume il titolo di acquisto di colui che intende vendere, il cd. atto di provenienza, da cui il notaio deve ricavare i dati identificativi, la descrizione circa la consistenza dell'immobile, i dati di riferimento del precedente titolo di provenienza, l'indicazione di formalità pregiudizievoli con menzione degli estremi di trascrizione o iscrizione presso i registri immobiliari, e il riferimento a particolari situazioni relative alla situazione condominiale.

Il notaio incaricato di rogare l'atto ha un duplice obbligo: l'obbligo di informazione, che comporta l'onere di informare le parti delle conseguenze che determina la stipulazione, con particolare riferimento alla situazione ipotecaria sull'immobile e l'obbligo degli accertamenti ipocatastali<sup>163</sup>.

Dal 1 gennaio 2010, infatti, è fatto obbligo di indicare nel rogito i dati catastali, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e le dichiarazioni

---

Il numero dei notai è limitato sul territorio in ragione del ruolo di pubblica funzione svolto e ciascun notaio è legato alla propria sede di assegnazione per garantire assistenza in ogni parte del Paese.

La funzione essenziale del notaio è sottolineata da un'espressione di uno dei padri del diritto italiano, Carnelutti: "Tanto più notaio, tanto meno giudice". Quanto più il notaio svolge al meglio il proprio compito, tanto meno ampio è il margine di rischio che da quel contratto possa sorgere un contenzioso.

Questa la ragione per cui il notaio non può ricevere atti espressamente proibiti dalla legge (art. 28 l. not.) e ha l'obbligo di essere certo dell'identità delle parti (art. 49 l. not.) e infine, indagare personalmente la volontà (art. 47 l. not.).

<sup>163</sup> Nella prassi si tende considerare, con questo termine, due adempimenti che hanno modalità e finalità differenti.

Le visure catastali hanno lo scopo di identificare correttamente il ben oggetto dell'atto. La pubblicità catastale costituisce mera pubblicità notizia senza valore probatorio.

Le visure ipotecarie hanno come finalità quella di far conoscere l'effettiva titolarità del bene e la sua libertà da vincoli, iscrizioni, pesi e trascrizioni pregiudizievoli.

Si tratta di adempimenti di massima importanza cui il notaio è sempre tenuto, salvo che non vi sia una espressa e concorde volontà delle parti volta a dispensarlo.

Si tratta di un obbligo derivante da un incarico conferito dal cliente e quindi, fa parte dell'oggetto d'opera professionale, poiché l'incarico si estende a tutte le attività preparatorie e successive necessarie per assicurare la serietà e la certezza dell'atto giuridico da rogare.

degli intestatari con cui si certifica la conformità dello stato di fatto alle risultanze formali<sup>164</sup>.

La nuova disciplina ha così introdotto un generalizzato obbligo di documentazione e di verifica della rispondenza tra risultanze catastali e quelle effettive<sup>165</sup>.

## **6. Iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli: un aspetto da non trascurare**

L'art. 3 lett. n), della legge delega n. 210/2004 aveva dettato il principio per cui il decreto attuativo avrebbe dovuto prevedere norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente a vedersi cancellata l'ipoteca o il pignoramento che grava l'immobile da costruire, in maniera tale che le relative formalità fossero adempiute prima dell'atto definitivo di compravendita o contestualmente ad esso<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Il comma 14 dell'art. 19 del d.l. n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010, ha aggiunto il comma 1 bis, all'art. 29 della l. n. 52/1985, che prescrive:

- l'obbligo, per atti pubblici e scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali, o fabbricati già esistenti costituenti unità immobiliari urbane, a pena di nullità, di identificare esattamente gli immobili che costituiscono l'oggetto, facendo riferimento ai loro dati catastali e alle planimetrie che risultano depositate in catasto, introducendo nell'atto una dichiarazione, resa dall'intestatario, circa la conformità allo stato effettivo dei dati catastali, che delle planimetrie:
- l'obbligo per il notaio ricevente gli atti, di verificare preventivamente coloro che risultano intestatari del bene secondo le intestazioni catastali e di constatare la rispondenza con le risultanze dei registri immobiliari.

<sup>165</sup> L'Agenzia del Territorio ha chiarito con Circolare n. 2/2010, che nel caso di non conformità tra registri immobiliari e catastali, i soggetti interessati devono attivarsi prima della stipula a ristabilire l'allineamento, mediante presentazione di una o più domande di volture.

Si ritiene tale allineamento possa essere effettuato anche dopo il rogito.

<sup>166</sup> Lo scopo era quello di evitare che rimanesse inavaso l'impegno assunto dal costruttore in sede di rogito, di provvedere in un momento successivo alla cancellazione dell'ipoteca o, comunque, al suo frazionamento, nel caso in cui l'acquirente avesse richiesto di accollarsene in parte.

Le conseguenze di tale inottemperanza ricadevano così, sull'acquirente, esposto ad un grave rischio di dovere subire, sebbene incolpevole, l'espropriazione forzata dell'immobile nel caso in cui il debito originariamente contratto dal costruttore, non fosse stato integralmente da lui soddisfatto.

Tale principio è stato recepito dall'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005, che vieta al notaio di procedere alla stipula dell'atto di compravendita nel caso in cui non si sia, prima o contestualmente alla formazione dello stesso atto, provveduto alla suddivisione del finanziamento in quote o alla cancellazione del pignoramento o dell'ipoteca gravante sull'immobile o, al frazionamento di questa<sup>167</sup>.

La violazione del divieto da parte del notaio comporta una duplice conseguenza:

- la nullità dell'atto di compravendita *ex art.* 1418: si tratta di nullità di protezione, diretta a tutelare il contraente più debole e che può essere fatta valere solo dall'acquirente. Non è rilevabile d'ufficio ma è concessa all'acquirente la possibilità di mantenere in vita il contratto o procedere alla convalida nel momento in cui si provvede alla suddivisione del finanziamento e alla formazione di un titolo per il frazionamento dell'ipoteca o cancellazione di questo o del pignoramento;
- responsabilità disciplinare del notaio ai sensi dell'art. 28 l. n. 89/2013, norma che vieta il ricevimento di atti espressamente proibiti dalla legge.

Destinatario del divieto è il notaio, che è chiamato a rispondere non solo in via disciplinare, ma anche del danno eventualmente causato

---

<sup>167</sup> Né la legge delega, né il decreto attuativo fanno riferimento ad altri tipi di vincoli pregiudizievoli.

L'esclusione di ipotesi, quali la trascrizione di domande pregiudizievoli o i sequestri conservativi, non è casuale, se si considera che il primo caso non giustifica la previsione di un divieto di stipula dell'atto di compravendita, tenuto presente che il giudizio pendente potrebbe avere anche esiti per nulla dannosi per l'acquirente del bene.

Parimenti dicasi per il sequestro, la cui natura cautelare lascia intendere la provvisorietà del provvedimento.

all'incolpevole acquirente, una volta che il bene sia stato espropriato dal creditore<sup>168</sup>.

Tutte le formalità da poco analizzate attengono ad adempimenti preventivi rispetto la stipula, di non poco conto, che in base all'art. 28 del ddl concorrenza competono le parti.

Vediamo ora quali sono le formalità successive.

## **7. Formalità successive alla stipula: ulteriori oneri per le parti**

Qui di seguito sono riportate le formalità successive che il notaio, ma nel caso in cui fosse approvata la norma del ddl concorrenza, l'avvocato deve eseguire:

- Registrazione;
- Trascrizione;
- Voltura.

- **Registrazione:**

Dopo la stipula dell'atto, la prima formalità da compiere è quella della registrazione che deve essere eseguita entro il termine di 30 giorni dalla stipula se in via telematica e di 20 giorni negli altri casi. Consiste nel pagamento all'Agenzia delle Entrate delle imposte relative all'atto stipulato.

A carico della parte acquirente la legge pone il pagamento dell'imposta di registro, quella ipotecaria e catastale, che non devono essere versate

---

<sup>168</sup> La giurisprudenza è ferma sul principio esposto da tale articolo per cui il divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge attiene ai vizi che comportano la nullità assoluta dell'atto, con esclusione di quelli che causano l'annullabilità o l'inefficacia o ancora, la nullità relativa. (Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *Riv. Notar.*, 2001).

direttamente dai contraenti, ma dal notaio al momento della registrazione dell'atto<sup>169</sup>.

- Trascrizione (rinvio par. 5.2, Cap. 1):

È una particolare formalità, importante e delicata per l'efficacia *erga omnes* che conferisce all'atto.

Consiste materialmente nell'annotazione presso l'Agenzia del Territorio della circoscrizione in cui si trova il bene (oggetto di trasferimento) dell'atto stipulato con l'attribuzione dei numeri d'ordine e l'indicazione della data ai fini della determinazione della priorità delle trascrizioni e iscrizioni eseguite eventualmente pregiudizievoli.

La trascrizione avviene generalmente su base personale<sup>170</sup>, a favore e contro dei soggetti che hanno posto in essere l'atto e realizza una pubblicità-dichiarativa.

Proprio in virtù dei problemi legati al principio di priorità nelle trascrizioni, l'art. 2671 c.c. pone a carico del notaio o di altro pubblico ufficiale che abbia ricevuto o autenticato l'atto, l'obbligo di curare la trascrizione affinché avvenga nel minor tempo possibile (che generalmente è compreso tra i tre e i

---

<sup>169</sup> Il notaio assume in tal modo, la figura di esattore d'imposta per conto dello Stato, relativamente agli atti da lui stipulati.

Materialmente la richiesta è presentata con apposito modello (modello 69), in cui sono indicate le parti contraenti, i loro dati anagrafici, la residenza e il codice fiscale, il tipo di atto e l'importo pattuito.

Nel caso di dimenticanza nella presentazione della richiesta di registrazione o le denunce previste dall'art. 19, d.p.r. n. 131/1986, la pena pecuniaria va da una a tre volte l'imposta dovuta.

La pena è ridotta ad un quarto se il ritardo non supera i 30 giorni.

La responsabilità del pubblico ufficiale è limitata al pagamento dell'imposta principale e non si estende alle imposte complementari e suppletive. Vige in questo modo, per l'imposta principale la regola *solve et repete*.

<sup>170</sup> In alcune regioni, come Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige, il sistema è formato su base reale, cioè con riferimento ai beni oggetto del trasferimento e attua una pubblicità-constitutiva.

Gli atti soggetti a trascrizione sono indicati in maniera dettagliata dall'art. 2643 c.c. come suesposto al par 5.2, Capitolo 1.

cinque giorni), ponendo a suo carico il risarcimento dei danni nel caso di ritardo<sup>171</sup>.

- Voltura:

Mentre la trascrizione serve ad aggiornare l'Agenda del Territorio (e quindi la Conservatoria dei registri immobiliari), affinché gli atti stipulati acquistino efficacia *erga omnes*, la voltura serve ad aggiornare il Catasto dei terreni e il Catasto dei fabbricati, per poter determinare la base imponibile degli immobili posseduti da ciascun contribuente, per la loro indicazione nella dichiarazione dei redditi e, quando possibile, per determinare il valore catastale da indicare in atto e applicare la tassazione su tale importo<sup>172</sup>.

## 8. Notartel<sup>173</sup>: semplificazione burocratica

I notai nel nostro Paese rappresentano un modello di efficienza nella P.A. .

Sono interpreti della modernità: il notariato ha realizzato, a proprie spese e cura, un modello telematico tramite il quale comunica digitalmente i propri

---

<sup>171</sup> Salva l'applicazione di pene pecuniarie – previste da leggi speciali - se lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o autenticato.

Il pubblico ufficiale potrebbe comunque essere esposto al risarcimento dei danni nel caso in cui trascriva il giorno successivo a quello della stipula ma sia già intervenuta una trascrizione o iscrizione.

Tuttavia, come espresso da Cass. 24 maggio 1976, n. 1039, in *Leggi d'Italia*, bisogna considerare l'intervallo di tempo trascorso e verificare se il notaio si trovasse in una situazione di ritardo ingiustificato.

In sostanza in ogni momento potrà essere chiamato a rispondere per “tardiva” trascrizione, anche nel caso in cui sia effettuata in tempi brevissimi.

Oggi è previsto un sistema informatizzato tra studi notarili, Uffici del Catasto e Conservatoria, consentendo così una maggiore rapidità negli scambi di informazioni, anche se una certezza assoluta può aversi solo dopo una verifica successiva alla propria trascrizione o iscrizione.

<sup>172</sup> L'invio telematico del modello non ha la funzione di prenotazione per quanto riguarda la trascrizione o l'iscrizione, che invece, è subordinata alla presentazione del modello cartaceo. Pertanto bisogna attendere la presentazione vera e propria in Conservatoria della nota di trascrizione e del modello cartaceo.

<sup>173</sup> Consiglio Nazionale del Notariato, [www.notariato.it](http://www.notariato.it)>notartel

atti all’Agenzia delle Entrate e alle varie Agenzie del Territorio, senza utilizzo del documento cartaceo.

La registrazione a fini fiscali, trascrizione e voltura catastale avvengono per effetto dell’invio di un unico file digitale.

Essi possono già redigere atti pubblici digitali, fin dall’origine costituiti da file informatici aventi determinate caratteristiche per garantire la conservazione e la loro immutabilità.

È stata creata “Notartel” s.p.a. .

Essa è una società nata nel 1997 per iniziativa di due soci (Consiglio Nazionale del Notariato e Cassa Nazionale del Notariato) con l’obiettivo di realizzare e gestire servizi informatici e telematici per i notai<sup>174</sup>.

Grazie all’informatizzazione delle procedure documentali e al collegamento con la P.A. contribuisce negli studi a migliorare la qualità e quantità dei servizi per i cittadini, a far risparmiare il tempo dedicato alla gestione delle pratiche e adempimenti<sup>175</sup>.

Tale società è impegnata nella realizzazione delle politiche, definite dal Consiglio Nazionale, in materia di informatica.

Negli ultimi anni i lavori si sono concentrati sui temi dell’identità digitale, degli Open Data, della PA digitale e della Giustizia digitale.

## **9. La responsabilità in caso di inadempimento degli obblighi imposti**

Finita l’indagine sugli adempimenti preliminari e successivi, possiamo ora analizzare la responsabilità notarile<sup>176</sup> che sorge a seguito di inadempimento da parte del notaio.

---

<sup>174</sup> Notartel collega i notai italiani tramite una piattaforma web dedicata, la R.U.N. ( rete unitaria del notariato ), creata dal Notariato senza spese per lo Stato.

<sup>175</sup> Il sistema dei pubblici registri viene così aggiornato dal Notariato con dati certi, relativi a rapporti che superano il controllo di legalità previsto nell’ordinamento.

<sup>176</sup> G. SCARPELLO, *Su di un caso di responsabilità per danni cagionati nell’esercizio di funzioni notarili*, in *Foro Padano*, 1995, p. 83 e ss.

Tale responsabilità può avere natura diversa a seconda delle norme, delle regole comportamentali, degli obblighi imposti: si può atteggiare come responsabilità civile, penale, disciplinare e fiscale.

Per responsabilità civile del notaio s'intende sia la responsabilità contrattuale sia quella extracontrattuale<sup>177</sup>.

La responsabilità notarile possiamo equipararla ad una parabola che è stata ascendente, cioè caratterizzata dall'incremento dei doveri lui ascritti.

Ciò lo si nota in tutti i settori in cui emergono occasioni di responsabilità di tale professionista<sup>178</sup>: così in riferimento all'attività preparatoria rispetto alle compravendite immobiliari e ai mutui ipotecari, cioè il già menzionato tema delle visure ipotecarie e catastali preventive<sup>179</sup>; ancora, con riferimento al ricevimento di tali atti, come trascrizioni e iscrizioni, e alla consulenza fiscale; al controllo della validità giuridica e alla verifica dei presupposti della stipula (in particolare con riguardo ai poteri di chi interviene)<sup>180</sup>.

L'inosservanza degli obblighi cui è tenuto il notaio nello svolgimento della sua attività professionale dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale, non rilevando a nulla il fatto che la legge professionale non contenga alcun riferimento a tale particolare forma di responsabilità<sup>181</sup>.

Il notaio, al pari di qualsiasi soggetto tenuto ad una prestazione, è obbligato ad eseguirla esattamente e, in difetto, è tenuto al risarcimento del danno (art. 1218 c.c.)<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> Risulta ormai superata la tesi che, valorizzando la veste di pubblico ufficiale del professionista e il ruolo di certificatore, negava potesse configurarsi un contratto d'opera con le parti degli atti e, conseguentemente escludeva a priori una responsabilità per inadempimento. G. SCARPELLO, *Su di un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio di funzioni notarili*, in *Foro Padano*, 1995, p. 83 e ss..

<sup>178</sup> Lo testimonia: F. PARENTE, *Attività "strafunzionale" e responsabilità civile del notaio*, in *Riv. Not.*, 2004.

<sup>179</sup> Largamente esposto in: G. ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, 1984.

<sup>180</sup> Cass. 28 gennaio 2003, n. 1228, in *Riv. Not.*, 2003.

<sup>181</sup> Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 1; Cass. 28 novembre 2007, n. 24733, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11.

<sup>182</sup> La responsabilità del notaio per colpa nell'adempimento delle sue funzioni, ha, nei confronti delle parti, natura esclusivamente contrattuale, in quanto, pur essendo tenuto ad

Inoltre, nell'adempire le obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, è sottoposto al principio previsto dal comma 2 dell'art. 1176 c.c., secondo cui la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Non di rado, tale obbligo trova fondamento nell'art. 1176 c.c.<sup>183</sup>, ma tale richiamo è criticato, posto che la norma opera come criterio di verifica delle modalità di esecuzione di una prestazione e non come fonte di integrazione del contratto.

Sembra più idonea la tesi che fa richiamo agli artt. 1374<sup>184</sup> o 1340<sup>185</sup> c.c. .

In materia di responsabilità professionale, bisogna far riferimento al disposto di cui all'art. 2236 c.c., che limita tale responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave, sempre che la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi di particolare difficoltà.

Solo alla fine del secolo scorso si è affermato il principio per cui rientra tra gli obblighi del notaio, che sia richiesto della stipulazione di un contratto di compravendita, lo svolgimento delle attività accessorie e successive necessarie

---

una prestazione di mezzi e non di risultato, egli deve predisporre e impiegare i mezzi di cui dispone, al fine del conseguimento del risultato voluto dalle parti, con la diligenza media di un professionista sufficientemente preparato e avveduto.

La sua opera non può ridursi a quella di un passivo registratore delle altrui dichiarazioni, ma deve estendersi ad un'attività preparatoria adeguata. Cass. 23 giugno 1979, n. 3520, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979.

È stata esclusa la responsabilità del notaio nei confronti del cliente, acquirente di un'unità immobiliare parte di maggior complesso gravato da ipoteca non frazionata, per aver omesso di informare (il cliente) sui rischi inerenti al mancato frazionamento.

Ciò in quanto agli effetti dell'azione di risarcimento del danno, il terzo acquirente di immobili ipotecati (cui l'art. 2858 c.c. attribuisce il diritto potestativo di pagare i creditori iscritti o di rilasciare i beni o ancora, di liberarli da ipoteche) deve dimostrare di avere tenuto una di tali condotte, dovendo distinguersi, in mancanza di prova di effettivo pregiudizio, tra pericolo di danno e pericolo che determina un danno attuale come nel caso di impossibilità o di ritardo nel rivendere il bene a terzi.

(Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *Mass. Giur. It.*, 2006; conforme: Cass. 12 maggio 2000, n. 6123, in *Nuova Giur. Civ.*, 2001, I, 420; Cass. 30 giugno 2005, n. 13957, in *Mass. Giur. It.*, 2005).

<sup>183</sup> Come Cass. 15 giugno 1999, n. 5946, in *Guida al Diritto*, 2004, 6, 35.

<sup>184</sup> Come chiarito da V. ROPPO e A. M. BENEDETTI, *La responsabilità professionale del notaio. Problemi e prospettive*, in Aa. Vv., *Funzioni e compiti del notaio nel sistema dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 501 e ss. .

<sup>185</sup> F. PARENTE, *Attività "strafunzionale" e responsabilità civile del notaio*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 131 e ss. .

per il conseguimento del risultato voluto dalle parti e, in particolare, il compimento delle visure catastali e ipotecarie allo scopo di individuare il bene e verificare la libertà, salvo espresso esonero del notaio da tale attività per volontà concorde delle parti<sup>186</sup>.

L'obbligo di procedere alle visure ipotecarie preliminari non si ritiene più subordinato alla prova di uno specifico incarico, ma lo si considera incluso tra i doveri strumentali occorrenti per conseguire il risultato sperato dalle parti<sup>187</sup>.

La giurisprudenza addossa al notaio l'onere di provare l'eventuale esonero, senza consentirgli di avvalersi di presunzioni.

Non basta che egli adduca l'urgenza sottolineata dai clienti, né la difficoltà pratica<sup>188</sup> e l'eccessiva onerosità di eseguire ispezioni dei registri immobiliari in virtù dell'enorme numero di formalità<sup>189</sup>: il notaio dovrà informare le parti dei rischi connessi all'omissione delle visure<sup>190</sup> e solo dopo, potrà procedere, se verrà congiuntamente dispensato dalle parti.

Non vale ad escludere la responsabilità del notaio per negligente condotta in relazione alle visure presso i registri immobiliari la grave disorganizzazione della conservatoria: la situazione degli uffici non costituisce giustificazione accettabile, ma neppure può sostenersi che siano una scusante i costi che potrebbe comportare la consultazione manuale del registro da parte di un

---

<sup>186</sup> Tale obbligo, la cui inosservanza è fonte di responsabilità, resta fermo anche quando la libertà degli immobili, oggetto di compravendita, venga dedotta in condizione né viene meno quando le parti del contratto abbiano reso dichiarazione di avveramento della condizione, senza che sia ravvisabile una manifestazione di volontà diretta al notaio e intesa a dispensarlo dallo svolgimento delle attività necessarie per il conseguimento del risultato da esse voluto. Cass. 24 settembre 1999, n. 10493, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999.

<sup>187</sup> Cass. 26 gennaio 2004, n. 1330, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2004, 525.

<sup>188</sup> È pacifica la necessità di ispezionare il registro generale nel momento in cui quello particolare non sia aggiornato (Cass. 26 gennaio 2004, n. 1330, in *Arch. Civ.*, 2004, 1342; Cass. 12 maggio 2003, n. 72619, in *CED Cass.*, 2003).

<sup>189</sup> Qualora, a causa del numero elevato di formalità da consultare, le visure risultino onerose in modo eccessivo, il notaio deve informare le parti, invece di considerarsi (semplicemente) esonerato: si richiama sempre Cass. 26 gennaio 2004, n. 1330, in *Arch. Civ.*, 2004, 1342.

<sup>190</sup> Cass. 2 ottobre 2003, n. 14675, in *Notariato*, 2004, 115; Cass. 13 giugno 2002, n. 8470, in *Il Notaro*, 2005, 60; Cass. 19 agosto 2003, n. 12115, in *Riv. Esec. Forzata*, 2004, 462; Cass. 18 gennaio 2002, n. 547, in *Danno e Resp.*, 2002, 6, 661.

esperto visurista, trattandosi di spese che il notaio può comunque addebitare al cliente, giustificandone la ragione<sup>191</sup>.

La responsabilità del notaio è invece esclusa nel caso in cui sia stato espresso un esonero per concorde volontà delle parti, con clausola inserita nella scrittura dal compimento delle visure catastali e ipotecarie, allo scopo di individuare il bene esattamente e verificare la libertà<sup>192</sup>.

Accanto alla dispensa esplicita, i giudici hanno rilevato l'esistenza di una dispensa implicita, laddove al notaio sia domandata la sola "certificazione", ovvero l'autentica delle sottoscrizioni di una vendita già redatta da altri.

Analoga severità è osservata relativamente alle formalità successive, cioè alle trascrizioni e iscrizioni.

È stato, invece, escluso che rientri nella prestazione professionale del notaio, il dovere di consigliare il venditore di accertare la solvibilità del compratore nel caso di vendita con pagamento dilazionato del prezzo o di consigliare al compratore di accertare l'inesistenza di eventuali vizi.

Per questo, nell'ipotesi in cui in sede di stipula di una vendita, il venditore dichiara che sull'immobile oggetto del trasferimento grava un'ipoteca, ma che il debito a garanzia del quale è stata iscritta è estinto, è da ritenere che l'acquirente, usando l'ordinaria diligenza, abbia controllato la veridicità di tale circostanza, attraverso l'esibizione della quietanza, senza che sia configurabile un obbligo professionale del notaio avente per oggetto il consiglio di effettuare un simile controllo (soprattutto quando è pacifico che la vendita avviene a conclusione di un lungo periodo di trattative)<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> Cass. 2 luglio 2010, n. 15726, in *Massima redazionale*, 2010.

<sup>192</sup> La Suprema Corte ha affermato che una clausola di esonero può essere considerata meramente di stile, essendo stata parte integrante del negozio e sempre che appaia giustificata da esigenze concrete delle parti, come, per esempio, ragioni d'urgenza nella stipula dell'atto da esse addotto.

In tal caso non rileva il cd. "dovere di consiglio" relativo alla portata giuridica della clausola, giacché tale clausola, comportando l'esonero da responsabilità del notaio, esclude la rilevanza di ogni spiegazione da parte del professionista. (Cass. 16 marzo 2006, n. 5868, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006; conforme a Cass. 18 gennaio 2002, n. 547, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002).

<sup>193</sup> Cass. 27 marzo 2007, n. 7707, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

È bene, infine, evidenziare che il notaio, come esperto giurista, ben può essere consultato in relazione ad un contratto di compravendita che le stesse parti hanno già predisposto, da sole o con l'ausilio di altri professionisti<sup>194</sup>.

A questa responsabilità si affianca quella extracontrattuale nei confronti dei terzi.

In relazione agli atti di compravendita è ritenuto responsabile nei confronti dei terzi, il notaio che abbia ommesso la trascrizione dell'atto ricevuto<sup>195</sup>.

Va detto che la richiesta di trascrizione è uno degli obblighi principali gravanti sul notaio, quindi l'omissione o il ritardo di un tale adempimento, genera una responsabilità sia contrattuale nei confronti delle parti contraenti, sia di natura extracontrattuale verso i terzi.

L'inosservanza da parte del notaio degli obblighi di diligenza professionale oltre alla responsabilità civile, può determinare anche la responsabilità disciplinare, che può comportare la sospensione e nei casi più gravi, la destituzione del professionista<sup>196</sup>.

Al fine del risarcimento del danno, si deve sottolineare come i notai sono garantiti da un Fondo di garanzia, costituito ai sensi dell'art. 21 della Legge 16 febbraio 1913, n. 89, e modificato dal d. lgs. 4 maggio 2006, n. 182<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> In tale ipotesi, il notaio è comunque responsabile di negligenza professionale quando non prospetti all'acquirente l'opportunità di effettuare le visure, al fine di accertare la libertà dell'immobile da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli.

Nessuna responsabilità sarà, invece, ascrivibile a lui nel caso in cui la consulenza gli venga chiesta al fine precipuo di verificare la regolarità formale del contratto. (Ipotesi remota, giacché la ragione per cui i contraenti richiedono la consulenza ad un esperto è quella non solo di verificare se il contratto è formalmente ineccepibile, ma soprattutto se è idoneo a produrre effetti desiderati: quindi, se è valido ed efficace).

<sup>195</sup> Trib. Napoli 5 dicembre 1975, in *Giust. Civ.*, 1976, I, 778.

<sup>196</sup> Sotto tale profilo, l'operato del notaio è soggetto al controllo da parte del Conservatore dell'archivio notarile, che con cadenza biennale, compie ispezioni al fine di verificare il corretto svolgimento delle attività e degli adempimenti che la legge pone a carico del professionista. P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni*, Cedam, 2011, p. 435 e ss.

Qualora ravvisi irregolarità, commina sanzioni che possono, addirittura, arrivare alla sospensione o alla radiazione.

<sup>197</sup> Art. 2 del d.lgs 182/2006: "Il Fondo è destinato al risarcimento di danni patrimoniali di origine penale, da chiunque subiti e non coperti dalle polizze di cui agli articoli 19 et 20 della Legge 16 febbraio 1913 N. 89, così come modificati dal Decreto Legislativo 4 maggio 2006 n. 182, imputabili ai Notai, nell'esercizio della loro attività professionale".

Il decreto legislativo n. 182 del 4 maggio 2006 prevede la predisposizione, da parte del Consiglio nazionale del notariato, di una forma collettiva di copertura assicurativa a carico dello stesso, uniforme per il territorio nazionale e per tutti i notai.

Il provvedimento prevede, inoltre, il ricorso ad una copertura individuale per la responsabilità civile derivante dai danni cagionati nell'esercizio dell'attività professionale, obbligatoria, solo nel caso in cui sia impossibile l'accesso alla copertura collettiva.

Ogni notaio può poi, in aggiunta, stipulare a proprie spese polizze assicurative aggiuntive.

E' infine previsto nel decreto, un fondo di garanzia per i casi di danni derivanti da illecito penale e in mancanza di operatività della copertura assicurativa.

## **10. Alcune considerazioni**

Nel tracciare le linee della responsabilità civile occorre non dimenticare la delicata posizione del notaio, esposto facilmente ad aggressioni strumentali.

Per la peculiarità del suo operato, si presta a diventare veicolo di frodi in suo danno e delle assicurazioni.

Quella notarile, è una professione che affonda le sue radici in tempi lontani, improntata alla doverosità del suo ministero e alla prevenzione di ogni tipo di conflitto di interessi, che registra una convivenza tra la veste di pubblico ufficiale e di professionista<sup>198</sup>.

La deontologia rispecchia un'immagine nobile in cui il notaio si rispecchia e, a ragione, custodisce quale garanzia del proprio ruolo istituzionale, della sua

---

<sup>198</sup> Nella prima, commette il reato di falso ideologico se indica un prezzo inferiore a quello reale; nella seconda è tenuto ad informare le parti sul valore catastale dell'immobile e ciò mette al riparo da accertamenti fiscali.

Circa l'affidabilità e la rilevanza delle dichiarazioni del valore catastale vd. Cass. 24 aprile 2003, n. 6542, in *Boll. Trib.*, 2004, 143 cui la stampa ha dato risalto (A. BUSANI, *La Cassazione salva i rogiti "ridotti"*, in *Il sole 24 ore* del 4 marzo 2004).

sopravvivenza stessa. Sono canoni di condotta molto severi, espressione dell'attitudine paternalistica nei confronti di tutti i soggetti che a lui si rivolgono e che ha distinto il tratto comune delle professioni liberali, il cui rispetto da parte dei componenti della corporazione è da verificare sanzionando le violazioni sul piano disciplinare.

Tornando agli elementi dell'atto notarile, essi sono previsti tutti (o quasi) a pena di nullità e ciò comporta una rigida responsabilità del notaio.

Invece, ai sensi dell'art. 28 ddl concorrenza, ci sarebbero minori obblighi in capo agli avvocati, che non sono tenuti a compiere tutte le indagini preliminari (poste a carico delle parti).

L'avvocato, apponendo la sola autentica all'atto, sarebbe certamente non esente da responsabilità. Tuttavia, potrebbe, qualora fosse in un momento successivo scoperta l'esistenza di una trascrizione o iscrizione pregiudizievole sul bene oggetto di trasferimento, sostenere che la legge non pone particolari obblighi in capo a lui, se non quelli successivi della registrazione, presentazione delle note di trascrizione e iscrizione, domande di annotazione e di voltura catastale relative ai medesimi atti e dichiarazioni, nonché la liquidazione e il pagamento delle imposte tramite l'utilizzo di modalità telematiche.

Tutti gli altri obblighi, che vengono comunemente svolti dal notaio sarebbero, come sopra espresso, posti in capo alle parti.

Facilmente potrebbe ipotizzarsi un ricorso a professionisti, inclusi gli stessi avvocati, da parte dei soggetti che si accingono alla formazione di un atto, in modo da consentire che tutti gli oneri previsti nel comma 2 dell'art. 28 ddl concorrenza siano adempiuti da soggetti qualificati, che possano essere chiamati a rispondere anche di eventuali inadempimenti nell'esecuzione del rapporto.

È limitativo infatti, attribuire all'avvocato il compito di autentica, lasciando il privato a se stesso, "nel caos frenetico" della burocrazia.

Da una parte, si potrebbe supporre una maggiore rapidità nella formazione degli atti, ma dall'altra, una minore sicurezza nella circolazione dei beni se si considera che l'autentica verrebbe attribuita non più ad un soggetto terzo, quale il notaio, delegato alla cura dell'interesse statale.

Come spesso i privati affermano, il notaio garantisce la tranquillità e la serenità di loro.

Tale affermazione potrebbe affondare le sue radici nella solennità che da sempre ha caratterizzato tale figura professionale.

Il notaio – o nella sua antica dizione ancora usata di notaro (dal latino *notare*, ossia “annotare”, “prendere nota”) – è il soggetto cui è affidata la funzione di garantire la validità del contratto e, in generale, dei negozi giuridici, attribuendo pubblica fede agli atti e sottoscrizioni apposte in sua presenza.

È un'istituzione puramente italiana<sup>199</sup> quella del notaio: nasce nell'Italia Longobarda<sup>200</sup> e nella Francia Merovingia.

Riprende il nome del *notarius*, figura risalente al periodo della Repubblica romana che disponeva però, di funzioni diverse: indicava infatti, lo schiavo che aveva il compito di scrivere velocemente note, mediante abbreviature.

Durante il periodo della decadenza dell'Impero Romano, i *notarii* erano segretari dell'Imperatore e dei Governatori delle Province.

Sempre in quel periodo, figura più vicina a quella del moderno notaio era il *tabellio*, che aveva effettivamente la funzione di redigere scritture private, pur senza essere investito della pubblica funzione.

Si deve anche ricordare il *libripens*, che era a tutti gli effetti un funzionario pubblico.

Dopo l'VIII sec. e con Carlo Magno, gli strumenti notarili acquisiscono la stessa forza e gli stessi effetti di una sentenza passata in giudicato<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> B. MIGLIORINI, *Storia della lingua italiana*, Firenze, Sansoni, 2007, p. 37.

<sup>200</sup> J. P. BYRNE, *Notaries*, in *Medieval Italy: An Encyclopedia*, vol.2: L-Z, 2003.

<sup>201</sup> M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2014, p. 55 e ss. .

Anche nel Medioevo la figura ha avuto i suoi sviluppi volti a dare certezza nei rapporti giuridici.

Fino al XVIII sec, la parola “notaro” continuò a indicare figure diverse in un ambito sociale caratterizzato da una popolazione in maggioranza analfabeta: l’assistente del sovrano o del Papa, il cancelliere in tribunale, il professionista che assiste i privati ricevendo le scritture o trascrivendo la volontà all’interno di atti ufficiali che facessero fede a questa. Questo poi, il significato definitivo assunto col tempo<sup>202</sup>.

L’organizzazione del notariato moderno, nei Paesi come il nostro in cui vige il “notariato latino”, risale alla Rivoluzione francese<sup>203</sup>.

Tale ordinamento fu ricalcato nel Regno d’Italia dalla legge del 16 marzo 1803. Avvenuta l’unificazione, il notariato fu regolato dal R.D. 25 maggio 1879, n. 4900, sostituito dalla l. 16 febbraio 1913, n. 89, ancora oggi in vigore. La definizione che si è fin qui data, si riferisce più propriamente al cd. “notaio latino”, presente nella maggior parte dei Paesi di *civil law*. Nei Paesi di *common law* è prevista la figura del *notary public* che ha compiti più limitati.

In tali Paesi non esistono documenti dotati di pubblica fede per il fatto che tutti i documenti fanno fede fino a sentenza contraria e alcune delle funzioni notarili sono attribuite agli avvocati.

A conclusione di questo breve *excursus* storico, passeremo nei prossimi paragrafi ad analizzare più da vicino gli aspetti positivi e negativi della proposta di legge.

---

<sup>202</sup> SANTANGELO S., *Il notaio tra pubblico e privato. Autonomia o sintesi?*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 2001, p. 83-93.

<sup>203</sup> Decreto del 29 settembre 1791.

## 11. L'aspetto fiscale

Un aspetto rilevante della normativa relativa alla redazione degli atti notarili coinvolge l'aspetto fiscale, sia dal punto di vista delle norme antielusione che della responsabilità del notaio<sup>204</sup>.

L'art. 28 dll concorrenza omette di tenerne in considerazione, lasciando implicitamente alle parti un simile onere. Qui si ripropone il problema dell'attribuzione di simili compiti all'avvocato, che dovrà essere esperto delle problematiche notarili.

Con il d.l. n. 223/2006, convertito con modificazioni nella l. n. 248/06, al fine di operare un contrasto all'evasione fiscale, è stato previsto l'obbligo per le parti di rendere nell'atto di cessione dell'immobile un'apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà che reca l'indicazione del prezzo-valore da indicare nel caso di trasferimento di beni immobili nei confronti dei privati, delle modalità di pagamento del corrispettivo in maniera analitica, l'eventuale compenso pagato nel caso in cui ci si sia avvalsi della prestazione di un mediatore immobiliare (con indicazione analitica sia del soggetto beneficiario, sia dei mezzi di pagamento, e la plusvalenza dovuta nei casi previsti dall'art. 1, comma 496, l. n. 266/2005 (legge finanziaria 2006) così come varato dalla l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007)<sup>205</sup>.

Ciascuna delle parti ha l'obbligo di dichiarare se si è avvalsa di un mediatore e, in caso positivo, ha l'obbligo di dichiarare l'ammontare della spesa sostenuta per la mediazione, le modalità analitiche di pagamento della stessa con l'indicazione della partita IVA o del codice fiscale dell'agente immobiliare.

---

<sup>204</sup> Convegno di studio, *La responsabilità del notaio*, Genova, 13 marzo 2015.

<sup>205</sup> Vi sono poi le dichiarazioni che devono essere rese nell'atto da chi ritiene di potersi valere delle agevolazioni di prima casa, quelle dell'obbligo di trasferire la residenza entro 18 mesi nel comune in cui si è acquistato l'immobile, l'obbligo di non alienare il bene entro 5 anni dall'acquisto, pena la decadenza dalle agevolazioni fiscali oltre all'applicazione delle sanzioni amministrative e degli interessi legali, il credito d'imposta nel caso di secondo acquisto di prima casa di abitazione quando si già acquistata e venduta una volta la prima casa di abitazione.

In caso di omessa, mendace o incompleta dichiarazione dei dati, si applica la sanzione amministrativa e, ai fini dell'imposta di registro, i beni trasferiti sono assoggettati ad accertamento di valore.

La disposizione è stata ripetuta, riformulandola, con la legge finanziaria 2007 (l. n. 296/2007), in cui è dichiarato che si tratti di una misura di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale<sup>206</sup>.

L'ambito di applicazione della norma comprende tutti gli atti traslativi suscettibili di produrre l'obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di corrispettivo, anche se il pagamento, in concreto, non sia effettuato in denaro, ma in modo diverso<sup>207</sup>.

Da ciò sorge anche la responsabilità fiscale del professionista che cura la redazione dell'atto.

L'atto notarile, rappresenta uno dei momenti fiscalmente più rilevanti per la conoscenza dell'esistenza dell'immobile trasferito, dell'attuale e del precedente proprietario<sup>208</sup>.

Visto che è lo strumento indispensabile per acquistare e vendere una casa e che l'acquirente e il venditore devono firmare davanti al notaio l'atto di compravendita, il legislatore ha sempre più ampliato, col tempo, il suo contenuto, fino a farlo diventare una vera e propria banca dati a disposizione della P.A.<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> L'obbligo introdotto ha una finalità duplice:

- rendere tracciabile il pagamento ed evitare pratiche elusive, diffuse nei trasferimenti immobiliari e dirette a celare in parte il corrispettivo reale del trasferimento allo scopo di conseguire risparmi fiscali indebiti.
- far emergere il pagamento di provvigioni inerenti la mediazione immobiliare, spesso occultate al fisco e sottratte alla tassazione del reddito facente capo ai mediatori.

<sup>207</sup> Nessun obbligo sussiste nel caso in cui il corrispettivo non venga versato in denaro, ma per esempio, tramite accollo di mutuo, da momento che non vi è alcun pericolo di evasione fiscale, giacché tale modalità risulta nell'accordo negoziale.

Invece, sussiste l'obbligo di dichiarazione nel caso della permuta e nella divisione con conguaglio.

<sup>208</sup> Escono allo scoperto tutti: l'immobile, che deve essere individuato nei suoi dati catastali, il precedente proprietario, del quale è possibile (tramite l'indicazione del codice fiscale o della partita IVA) controllare la regolarità della posizione fiscale, e l'attuale proprietario per il quale è possibile aprire una nuova partita da sottoporre a controlli successivi.

<sup>209</sup> In particolare, nell'atto devono essere indicati:

Dal punto di vista fiscale, il notaio, in quanto pubblico ufficiale e sostituto d'imposta, ha l'obbligo di garantire il gettito fiscale generato dagli atti che riceve, riscuotendo in nome e per conto dello Stato le tasse e le imposte relative agli atti da lui stipulati, per il pagamento delle quali resta solidale con il cliente, anche quando non gli siano state versate<sup>210</sup>.

Si configura tale tipo di responsabilità in relazione alle disposizioni legislative che prevedono la responsabilità (solidale) per il pagamento delle imposte dovute per la registrazione, l'esposizione a sanzioni per tardiva o omessa esecuzione degli adempimenti tributati, nonché le prescrizioni che riguardano il professionista<sup>211</sup>.

L'obbligo di trascrizione comporta per il notaio un'ulteriore responsabilità, in base alla quale, se egli lascia trascorrere trenta giorni dal momento della

- 
- il codice fiscale se il contraente è una persona fisica o la partita IVA se si tratta di una ditta individuale o società, al fine di riconoscere fiscalmente i contraenti, verificarne la capacità contributiva e le dichiarazioni dei redditi, quando necessario;
  - la precisa identificazione catastale del bene con partita, foglio, mappale, categoria, classe, consistenza, rendita catastale (in alcuni casi determinante per la tassazione dell'atto, pagamento della dichiarazione ICI o dichiarazione dei redditi).  
Ciò al fine di far conoscere all'Agenzia delle Entrate anche gli immobili mai dichiarati o accatastrati prima, il loro valore, rilavare la rendita catastale e incrociare i dati rilevanti, avendo come base la partita IVA o il codice fiscale, con quelli della dichiarazione ICI o dei redditi;
  - la dichiarazione del venditore circa la regolarità dell'immobile in base alla normativa urbanistica, per consentire la verifica dell'eventuale esistenza dei permessi di costruire, in sanatoria nel caso di abusi e, infine, la commerciabilità al fine di impedire che immobili abusivi possano essere oggetto di atti notarili;
  - il titolo di provenienza, che consiste in un atto notarile o in una denuncia di successione, di cui vengono indicati gli estremi, per verificare l'avvenuto pagamento delle imposte di registro, ipotecarie e catastali o delle imposte di successione;
  - il grado di parentela e il prezzo pagato, per operare non solo i normali accertamenti ma anche verificare l'effettiva capacità contributiva delle due parti.

È possibile, in questo modo, accertare l'intera posizione fiscale delle parti, in relazione a tutti i redditi prodotti – e non solo in relazione all'immobile – così da poter rilevare eventuali incongruenze tra il prezzo pagato per l'acquisto dell'immobile e l'ammontare dei redditi annualmente dichiarati.

Si tratta di una serie di elementi che fanno dell'atto notarile uno strumento importantissimo di raccolta dei dati per la P.A. e del notaio, controllore severo, tenuto conto delle conseguenze gravissime che ne derivano sul profilo personale e professionale nel caso d'inosservanza della normativa vigente.

<sup>210</sup> La Cassazione ha affermato che commette delitto di "peculato" il notaio che omette il versamento di somme, affidategli da clienti, destinate al pagamento dell'imposta di registro in relazione ad atti rogati. (Cass. pen., sez. VI, 6 luglio 2010, n. 25841, in *CED Cass.*, 2010).

<sup>211</sup> M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2014, p. 130 e ss. .

ricezione dell'atto, è soggetto alle sanzioni previste dalle leggi speciali, cioè sanzioni pecuniarie e sopratasse.

Altra è la responsabilità civile, di natura contrattuale, conseguente all'inesatta o omessa consulenza fiscale nei confronti delle parti degli atti che riceve<sup>212</sup>.

Il notaio ha l'obbligo di rendere le parti edotte circa tutte le dichiarazioni mendaci<sup>213</sup>.

In questo modo è diventato *longa manus* della P.A. nell'accertamento di eventuali irregolarità fiscali e nel controllo della regolarità urbanistica degli immobili oggetto di compravendita.

Il suo studio può essere inteso come un'agenzia di certificazione e un centro di raccolta di dati che devono essere trasmessi entro brevi termini imposti dalla legge agli organi di controllo, attraverso l'adempimento di alcune formalità.

Il notaio provvede, infatti, al pagamento delle imposte per via telematica in tempi reali, aggiornando così, in tempo reale, i dati dell'Agenzia del Territorio e degli Uffici Catastali.

In sostanza l'atto notarile è diventato il punto centrale di raccolta di elementi e informazioni che sono trasmessi agli uffici competenti per essere incrociati con altri elementi al fine di consentire controlli serrati sulla capacità contributiva delle parti in relazione alla loro dichiarazione dei redditi<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Secondo una tesi risalente quanto prestigiosa, la consulenza fiscale sarebbe compresa tra i doveri connessi con l'*officium* notarile e previsti dall'art. 47 l. not., in quanto inclusa nell'adeguamento della volontà delle parti. (D'ORAZI FLAVONI, *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Foro it.*, 1959, I, p. 154).

Essa è tuttavia criticata, obiettando la stravaganza rispetto alla portata della disposizione e spingendo l'interprete verso l'art. 1176 c.c., invitandolo ad accertarne i presupposti di applicabilità. (R. TRIOLA, *La responsabilità del notaio*, Milano, 1999, p. 211 e ss.).

<sup>213</sup> Soprattutto quelle relative al prezzo, le formalità di pagamento, l'esistenza eventuale di mediazioni immobiliari, la regolarità della storia urbanistica dell'immobile da trasferire e infine, le eventuali plusvalenze da versare.

<sup>214</sup> In passato in base alla l. n. 165/1990 era possibile scovare gli immobili non dichiarati nell'ultima dichiarazione dei redditi e gli evasori.

La parte venditrice doveva dichiarare nell'atto, a pena di nullità, se il reddito fondiario dell'immobile trasferito fosse stato inserito da lui nell'ultima dichiarazione dei redditi e, nel caso in cui non lo avesse fatto, indicarne i motivi.

In caso di mancato inserimento dell'immobile nella dichiarazione dei redditi, il notaio era obbligato a segnalare tramite l'invio di copia conforme dell'atto all'Ufficio delle imposte competente in base al domicilio del dichiarante.

Questo è un profilo che differenzia la figura professionale notarile da quella dell'avvocato. Costui, incaricato di autenticare la scrittura privata, secondo quanto disposto dal nuovo ddl concorrenza, avrebbe una medesima responsabilità ma sono legittimi anche i dubbi circa l'imparzialità e l'adempimento esatto delle formalità richieste dalla legge da parte degli avvocati.

## **12. Il ddl concorrenza è veramente così negativo come denunciato dalla categoria notarile?**

Secondo il progetto di ddl concorrenza del 20 febbraio 2015 alcune competenze notarili in materia di autenticazione degli atti spetteranno agli avvocati.

Tutto ciò, secondo quanto esposto nei paragrafi precedenti, ha scatenato le ire della categoria.

Per una parte potremmo non condividere tali proteste, se consideriamo il fatto che potrebbero essere intese come anacronistiche, volte ad abbarbicarsi tenacemente a prerogative del passato perché non riescono a percepire (o non vogliono farlo) che il mondo procede ad una velocità altissima e le professioni intellettuali di un tempo, devono adeguarsi, rendendosi parti attive del processo evolutivo, essendo, in alternativa, condannate all'estinzione.

Ripercorrendo la querelle tra notai e avvocati, possiamo notare come i primi paventino effetti "catastrofici", conseguenti alle liberalizzazioni.

I motivi di tale allarmismo possono ricondursi sostanzialmente alla figura di pubblico ufficiale del notaio rogante, che unico tra tutti, assicurerebbe la competenza, l'imparzialità, la certezza dei trasferimenti, il tracciamento delle

operazioni immobiliari anche (o soprattutto) ai fini antiriciclaggio e infine, la tenuta dei registri immobiliari e societari<sup>215</sup>.

Non pochi sono anche coloro che, tra i notai, assumono come nella competizione con gli avvocati, non possano essere “competitivi”, perché sarebbero gravati dai costi, rischi e responsabilità che gli avvocati non avrebbero, con grave danno per il cittadino e i posti di lavoro.

Partiamo però da una considerazione: vi sono paesi di certa civiltà giuridica, anche se caratterizzati da una tradizione differente da quella italiana, come ad esempio gli Stati Uniti e altri paesi di *common law*, in cui la figura del notaio è relegata allo svolgimento di un ruolo marginale<sup>216</sup>.

Tuttavia, non si può dire secondo la classe forense, che in questi paesi venga a mancare la certezza giuridica nei trasferimenti immobiliari.

Avvocati e notai, per poter esercitare la professione devono frequentare la stessa facoltà universitaria e superare un concorso pubblico o un esame di abilitazione alla professione, con la differenza consistente nella presenza di un numero chiuso per i secondi e non per i primi.

Per la maggior parte delle funzioni loro svolte, gli avvocati sono da sempre considerati dalla giurisprudenza di merito e legittimità, incaricati di un pubblico servizio o pubblici ufficiali.

Se un soggetto privato viene chiamato a compiere atti pubblici, assume conseguentemente la qualifica di pubblico ufficiale. È così, innegabile che, nel caso di trasferimenti immobiliari o di costituzione di società, gli avvocati assumerebbero *ipso iure* la qualifica di pubblico ufficiale, con tutte le conseguenze che tale qualifica reca con sé.

Del resto, da sempre gli avvocati possono autenticare le sottoscrizioni dei loro assistiti sulle procure alle liti, anche in processi di plurimilionaria importanza;

---

<sup>215</sup> CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *DDL concorrenza: nessun risparmio per le famiglie, a rischio la tutela dei consumatori*. Roma, 8 aprile 2015.

<sup>216</sup> PERCHINUNNO R., *Il notariato nell'economia liberale*, in *Rivista del Notariato*, 1994, p. 545 ss.

da tempo possono certificare la conformità delle copie di atti che notificano in proprio e, da ultimo, la conformità degli atti digitali nel processo telematico.

Ancora, gli avvocati, al pari di commercialisti e notai, possono essere delegati alle vendite giudiziali nell'ambito dei pignoramenti immobiliari e, quindi, svolgere come pubblici ufficiali, tutta l'attività che porta alla vendita all'asta dell'immobile pignorato, così come, di recente è stata riconosciuta agli avvocati la facoltà di stipulare convenzioni matrimoniali per le cd. separazioni brevi (dl. 132/2014), che, ad accordo raggiunto, hanno gli stessi effetti di una sentenza giudiziale.

Sarebbero, inoltre, infondate le ulteriori considerazioni svolte dal notariato in ordine ai costi, alle responsabilità, alle sanzioni e ai rischi che graverebbero solo sui notai<sup>217</sup>.

L'avvocato, come il notaio, svolge la professione all'interno di uno studio "professionale", sopportandone i relativi costi (personale dipendente, utenze, collaboratori, banche dati, corsi di aggiornamento e altro ancora).

Egli è tenuto a obblighi di aggiornamento, diligenza, e competenza professionale; è soggetto alla normativa antiriciclaggio, pena gravi sanzioni non solo deontologiche; è obbligato a munirsi, per legge, di un'adeguata polizza assicurativa professionale a tutela dei propri assistiti, per le ipotesi di risarcimento dei danni professionali.

Non è infrequente che sia proprio l'avvocato a patrocinare in giudizi di responsabilità nei confronti dei notai.

La professione forense è quotidianamente impegnata nell'affermazione della legalità così come nella difesa e nella tutela dei diritti ed in particolare dei meno abbienti, ed è capace di assicurare professionalità e controlli al pari dei notai.

È da tempo che gli avvocati predispongono per i loro clienti contratti preliminari o bozze degli atti di compravendita, atti costitutivi di società, di

---

<sup>217</sup> P. BARILE, *Avvocati: primi passi verso compiti notarili per limitate ipotesi*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 aprile 2015.

cessione e di affitto di azienda, di trasferimento di quote sociali, di divisioni immobiliari.

Finora, per rendere validi tali atti occorre il sigillo notarile e, per una consistente parte dei summenzionati atti ancora occorrerà.

Secondo alcuni rilievi effettuati dal Coordinamento degli Ordini Forensi e delle Unioni Regionali si ricorda che “al pari dei notai gli avvocati hanno la medesima cultura della legalità, e possono assicurare, al pari dei notai professionalità, trasparenza alle transazioni immobiliari e tutelare le parti da eventuali vizi e, come i notai, sono soggetti alle disposizioni antiriciclaggio”.

Sarebbe forse necessario maggior pudore e rispetto per altre categorie professionali che sono in maggiore affanno rispetto ai notai e subiscono, a vantaggio di altre categorie professionali anche non regolamentate, una continua erosione delle competenze professionali?

### **13. La letteratura ringrazia la figura del notaio<sup>218</sup>**

In Italia le élites sono sempre state guardate con sospetto.

Si deve, però, sottolineare come al notaio deve molto la cultura italiana, non solo per le ragioni che riguardano la civiltà giuridica.

La stessa lingua e letteratura italiana sono nate, si può dire, “tra le braccia dei notai”, in un’epoca (il Medioevo) in cui i depositari della pubblica fede erano, assieme ai chierici, i soli a praticare la scrittura e la letteratura.

Così i notai sono autori di alcuni antichi testi italiani in volgare.

Certamente un notaio, i cui atti sono conservati, era Giacomo da Lentini, cui si deve l’invenzione del sonetto, cioè della forma metrica più fortunata della letteratura italiana ed europea<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> L. TOMASIN, *La letteratura dice grazie ai notai*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 maggio 2015.

<sup>219</sup> “Lo vostro amor, ch’è caro/donatelo al Notaro” scrive Giacomo in una delle canzoni che ne fanno il primate della Scuola siciliana fiorita alla corte di Federico II.

La formula poeta-notaio continuò anche dopo Giacomo, in un'Italia in cui l'esercizio delle due attività non dava luogo ad alcun conflitto d'interessi e poteva coniugarsi anche nella formula più mite dell'estimatore di letteratura<sup>220</sup>.

Beninteso, non certo meriti letterari vecchi di settecento anni possono giustificare, oggi, personaggi spesso troppo diversi da quelli di un tempo.

Ma se il livello culturale di molti degli odierni notai non è paragonabile a quello di Brunetto Latini (maestro di Dante), c'è da chiedersi quale sia quello di chi – considerandola come un ferro vecchio – vorrebbe porre fine ad una professione antica e certo più rispettabile di altre.

#### **14. Profili di incostituzionalità della nuova normativa?**

Si è da più parti lamentato una lesione dei principi costituzionali enunciati negli artt. 3, 42 e 33 della nostra Costituzione, da parte delle nuove proposte normative poiché chiamerebbero l'avvocato a svolgere una funzione propria del pubblico ufficiale senza essere sottoposto alle rigide regole della professione notarile.

La Corte di Giustizia si è pronunciata sul punto, sostenendo che sono da considerare illegittime quelle leggi che istituiscono ordini professionali che non rispondono ad esigenze di interesse collettivo e che sono un pretesto per concedere privilegi di casta<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Tali dovevano essere i notai bolognesi del Due e Trecento che riempivano gli spazi rimasti bianchi delle loro registrazioni con i testi dei migliori poeti del tempo. È per questa via che ci sono giunte decine di capolavori che sarebbero altrimenti andati perduti (dello stesso Giacomo da Lentini, Guido Guinizzelli, Cavalcanti, Cecco Angiolieri e Cino da Pistoia).

<sup>221</sup> Con il caso degli esperti di privative industriali, la Corte europea di giustizia (Quinta Sezione), 12 settembre 2013, C-256/11, è intervenuta sulla questione relativa alla definizione e configurazione di un'organizzazione quale organismo di diritto pubblico, ai sensi della Direttiva 2004/18/CE.

In riferimento agli avvocati, la stessa Corte, ha sostenuto che di fronte a professioni tradizionali come medico e avvocato, ci sono interessi di carattere generale che devono essere protetti, come salute e giustizia.

Anche in riferimento alla figura notarile, quindi, siamo in presenza di interessi di natura generale, necessariamente da tutelare.

Bisogna sottolineare come il dato più evidente che differenzia le due professioni, coinvolte in simile questione, consiste nella modalità di accesso alla professione stessa.

Per accedere a quella notarile, è necessario sostenere un concorso pubblico nazionale<sup>222</sup>, indetto dal Ministero della Giustizia.

La Commissione è composta da nove magistrati, di cui due di Cassazione, sei Professori e nove Notai.

L'esame si articola in tre prove scritte relative a questioni pratiche riguardanti la professione, che necessitano un ampio studio.

---

Alla Corte è stato richiesto di pronunciarsi sulla qualificazione giuridica da riconoscere all'ordine professionale in parola, al fine di comprendere potesse trattarsi o meno di un organismo di diritto pubblico.

Ricordiamo che nel contesto normativo dell'Unione, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo e terzo comma, della direttiva 2004/18, "Per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo:

- a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
- b) dotato di personalità giuridica;
- c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Si tratta di tre criteri alternativi che richiamano una stretta dipendenza dall'autorità pubblica che deve essere posta nelle condizioni di influenzare le decisioni dell'organismo in questione. Al fine di evitare che "si determini la possibilità che considerazioni diverse da quelle economiche guidino le decisioni degli organismi, e in particolare il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti, creando quegli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci, che l'applicazione delle direttive relative agli appalti pubblici intende precisamente evitare", i giudici sostengono che i criteri devono essere oggetto di un'interpretazione funzionale. Ciò significa che esso deve creare una dipendenza dall'autorità pubblica.

<sup>222</sup> Art. 5 l. 16 febbraio 1913, n. 89.

Dall'altra, anche l'esame per diventare avvocato consta di tre prove scritte, ma forse, per l'ampiezza del numero di materie da studiare, e per le differenze tra le due professioni, risulta meno rigido da superare.

A ciò si aggiunga la presenza di un numero chiuso sul territorio nazionale di notai e di gran lunga inferiore rispetto a quello degli avvocati.

In tal senso vengono richiamati gli artt. 3 e 33 Cost., nel senso di attribuire la qualifica di "pubblico ufficiale" ad un soggetto che non ha gli stessi limiti di sbarramento per l'accesso alla professione.

Anche l'esame di avvocatura dovrebbe essere modificato in ragione delle specificità richieste per la redazione di determinati atti.

Sarebbe richiesta una maggiore specializzazione degli ammessi alla professione<sup>223</sup>.

Ancora, l'art. 42 Cost. tutela il diritto di proprietà, uno dei primi diritti sanciti nella storia del diritto<sup>224</sup>.

Proprio il notaio, è stato creato come soggetto garante della proprietà, come sopra esposto.

Verrebbero meno, forse, le garanzie, come temuto dalla classe notarile.

Tutto ciò non potremo saperlo fino a che non verrà effettivamente approvato il ddl concorrenza e sarà in atto la normativa.

---

<sup>223</sup> Proprio come avviene in campo medico, in cui al termine dell'ordinario percorso di studi, si intraprende un periodo di specializzazione, al fine di poter essere abilitati allo svolgimento di una determinata professione.

Così non potrebbe ammettersi che un otorino possa eseguire un intervento di cardiologia, il cui unico legittimato è un cardiologo, appositamente specializzato.

Si verificherebbe uno scambio di professioni e certo, questo non gioverebbe a nessuno.

<sup>224</sup> Nel diritto romano il contratto era un mezzo posto a tutela esclusiva della proprietà. Già Ulpiano, giurista del II secolo, affermava che "tutto il diritto tratta di come una cosa diventi di uno, o del come uno conservi la sua cosa, o del come la alieni o la perda". In *Digesto*, 1, 3, 41 dal secondo libro degli *Ulpiani institutiones libri*.

## 15. Conclusione

Al termine dell'analisi relativa all'attività professionale notarile che ci ha condotto alla fine di questo secondo capitolo dobbiamo rilevare come nel corso del suo esame in Commissione, il ddl concorrenza “stia perdendo pezzi”.

Sembra proprio che ci sia la possibilità di un dietrofront sulla possibilità di realizzare compravendite immobiliari non residenziali, di valore inferiore a 100.000,00 € senza l'ausilio del notaio, con una semplice scrittura privata autenticata da un avvocato.

I relatori del disegno di legge, Fregolent e Martella, hanno proposto lo stralcio di questa norma.

Nel corso dell'esame parlamentare<sup>225</sup> sono state soppresse alcune norme, in primis quella che consentiva agli avvocati di redigere le compravendite di immobili a uso non abitativo e che riguardava anche gli atti di donazione, nonché la costituzione o modificazione di diritti su tali beni immobili. Gli avvocati avrebbero dovuto quindi farsi carico dei connessi obblighi di registrazione, trascrizione, iscrizione, voltura catastale e liquidazione di imposte. La norma è stata espunta dal testo dopo le rimostranze del Notariato, dopo che a luglio la commissione Giustizia in sede consultiva ha sottolineato gli “evidenti profili di criticità” della disposizione, “non apparendo compatibile con taluni principi generali dell'Unione europea, tra i quali quello della certezza giuridica”. Il notaio, anche nell'autenticazione delle scritture private, esercita un controllo di legalità e liceità che impone di verificare, in qualità di pubblico ufficiale, oltre che la conformità alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, anche la capacità di agire delle parti e la volontà di compiere l'atto. A lui il sistema italiano affida il compito di assicurare la

---

<sup>225</sup> L'esame del testo di legge in Assemblea ha avuto inizio il 21 settembre 2015 e si è concluso il 7 ottobre 2015. Si è avuta l'approvazione della Camera e il disegno è stato, da ultimo, trasmesso al Senato l'8 ottobre 2015.

certezza giuridica a determinate posizioni soggettive e a determinati rapporti di diritto privato, imponendo obblighi di documentazione rigorosi e una serie di incombenze necessarie per la pubblicità degli atti, compresa la verifica della regolarità fiscale. Il sistema di regole non è estendibile alla categoria degli avvocati per cui si renderebbe necessaria una modifica degli aspetti di questa professione, quali le competenze e l'esame di abilitazione. Infine, ha evidenziato la commissione come l'articolo 28 cassato dal ddl si rivelava contrario al principio costituzionale della ragionevolezza perché il valore economico degli immobili non può rappresentare il parametro sul quale graduare il livello di certezza giuridica.

## **CAPITOLO III**

### **RIFLESSIONI E ALCUNI BREVI CENNI COMPARATIVI**

#### **1. Introduzione**

Dopo esserci occupati dell'analisi dell'ordinamento italiano e aver sottolineato l'importanza che la figura notarile riveste e ha da sempre rivestito nel sistema dei trasferimenti immobiliari, in quest'ultimo capitolo rivolgeremo il nostro sguardo oltre oceano.

L'ordinamento statunitense può costituire un utile termine di paragone se consideriamo che il ruolo ricoperto in Italia dal notaio è attribuito a diverse figure e il *public notary* statunitense è dotato di funzioni diverse rispetto al "corrispondente" italiano.

Da questa breve analisi potrà emergere come il nostro sistema, benché spesso sia oggetto di critiche, non sia effettivamente il peggiore tra gli altri esistenti: ciascuno ha punti di forza e manifesta proprie criticità.

In questo modo potremo apprezzare maggiormente ciò che costituisce il nostro patrimonio giuridico e culturale.

#### **2. La certezza come valore primario nei trasferimenti immobiliari**

Come già visto nei capitoli precedenti, Agenzia del Territorio e Notariato giocano ruoli molto importanti per il mantenimento della certezza giuridica (tramite gli archivi notarili) e per la tassazione degli immobili (tramite l'Agenzia delle Entrate).

Esistono tuttavia, modelli alternativi di gestione del patrimonio immobiliare e per tale ragione, in questo lavoro sarà dedicata attenzione al tema in un'ottica internazionale.

Ciò consente di cogliere le differenze tra una visione tradizionale del patrimonio immobiliare – e perciò il suo stesso legame con la conduzione di vita, tranquillità familiare e sicurezza – e una sua riduzione ad essere oggetto di speculazione.

Emerge con chiarezza la necessità che il settore immobiliare sia caratterizzato da un'organizzazione idonea ad assicurare la certezza<sup>226</sup> nelle relazioni giuridiche del diritto e la sicurezza nei traffici, soprattutto quando la disciplina di riferimento si caratterizza per la presenza di norme di particolare complessità<sup>227</sup>.

Così intesa, la certezza del diritto diventa un vero valore con conseguenze pratiche, dal momento che evita alle parti un aumento dei costi e il contenimento degli oneri.

Minori sono le situazioni in incertezza che si determinano e minore sarà anche la percentuale di controversie instaurate dinanzi all'autorità giudiziaria<sup>228</sup>.

L'assenza della certezza determina, inoltre, asimmetrie informative tra le parti dando vita a fenomeni di cd. *adverse selection*.

Se nella compravendita immobiliare l'acquirente non avesse la certezza della bontà del titolo d'acquisto, il rischio dell'illegittimità della vendita potrebbe riflettersi sull'effettività dell'acquisto, ridurrà il prezzo della domanda a causa dell'aumento degli oneri necessari per conseguirla. Si ha una crescita dei costi di transazione.

---

<sup>226</sup> Come affermava Carnelutti, un comando giuridico connotato da certezza, offre agli uomini e alle imprese “il grande vantaggio di prevedere le conseguenze della loro condotta”.

<sup>227</sup> C. LICINI, *Ritorno al futuro: dalle autoregolamentazioni al primato del diritto*, in *Notariato*, n. 3, 2009, p. 318.

<sup>228</sup> Questo accade nel modello italiano, in cui la tracciabilità dei dati relativi alle persone e cose sono verificabili grazie ai titoli iscritti.

Nel nostro ordinamento è il regime della trascrizione e l'interazione dei diversi soggetti che gestiscono il sistema a presidiare la certezza degli scambi e delle situazioni proprietarie dei privati.

Sono proprio il controllo di legalità dell'atto, l'accertamento dell'identità delle parti, la loro legittimazione e capacità, gli elementi che caratterizzano dal punto di vista della sicurezza e affidabilità del sistema il regime della proprietà immobiliare<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> Precursore dell'attuale sistema di pubblicità è quello francese, previsto dalla *loi sur le régime hypothécaire* 11 brumaio, anno VII (1 novembre 1789) che interveniva a tutela del credito ipotecario.

La trascrizione era intesa come uno strumento per risolvere i conflitti tra i diversi acquirenti di un medesimo soggetto ed era facoltativa e non continuativa.

Solo alcuni atti erano trascritti col risultato di un livello di affidabilità dei terzi molto basso.

Il conservatore si limitava a trascrivere l'atto senza verificare la validità o l'efficacia, mentre i registri immobiliari erano solo delle raccolte di documenti.

(G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, p. 585 e ss.).

Dopo il 1840 si ripensa allo strumento della trascrizione, ammettendola solo per i titoli autentici firmati dal notaio, valorizzando così, la funzione antiprocessuale dello stesso, al fine di dare certezza per ridurre le liti future.

Il 30 ottobre 1935 venne introdotto un *décret* (*Décret modifiant le régime de la transcription*) che impose ai fini della trascrizione, l'atto pubblico notarile o il deposito presso il notaio di una scrittura privata.

L'intervento aveva come scopo quello di accertare la provenienza del documento e prevenire la nullità e le irregolarità dell'atto tramite una redazione sapiente dello stesso.

Questo è lo stesso modello che è stato adottato dal codice italiano del 1865.

Il notaio attua un controllo di legalità preliminare, verificando l'identità delle parti e la provenienza del documento.

Una svolta nel senso di maggiore tutela negli scambi si è avuta dopo la prima guerra mondiale attraverso l'introduzione dell'obbligo di trascrivere a entro un mese dalla stipula (pena una sanzione pecuniaria) a carico del notaio o del pubblico ufficiale rogante o autenticante l'atto (d.l. 9 novembre 1916, n. 1525, allegato H).

Due anni dopo, il termine fu portato a novanta giorni ed il regime esteso agli atti *mortis causa* (d.lgs. 6 gennaio 1918, n. 135, modificato dal d.lgs. 21 aprile 1918, n. 575).

L'ultima tappa fu rappresentata dal Regio Decreto 30 novembre 1923, n. 3272, che ha introdotto la rilevanza pubblicistica della trascrizione e l'autenticità dell'atto, oltre a prevedere come necessario l'intervento del notaio.

Il codice del 1942 introduce, infine, agli artt. 2642 e ss. alcune integrazioni.

La disciplina si compone di questi elementi:

- atto pubblico o scrittura privata (necessariamente);
- obbligo del notaio di trascrivere nel minor tempo possibile;
- controllo del notaio circa la capacità e la legittimazione delle parti, divieto di ricevere atti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume;
- assenza di controllo da parte del conservatore dei registri relativamente alla legalità sostanziale dell'atto;

### 3. Il notariato

In Italia la professione notarile è strutturata secondo il sistema latino che coinvolge la maggior parte dei Paesi dell'Europa<sup>230</sup>.

La funzione principalmente svolta dai notai è rappresentata dall'autenticazione e dal controllo della validità legale degli scambi.

Negli ultimi anni non sono mancate critiche al sistema relative a sottolineare lo scarso livello di competizione all'interno dell'area professionale, con conseguente proposta di eliminare le misure restrittive della concorrenza (da qui anche la proposta dell'esaminato ddl concorrenza).

La qualità del servizio offerto da tali professionisti può essere apprezzata solo in parte dall'utente, in virtù del fatto che molti aspetti dell'attività svolta dal notaio sfuggono ad un occhio nudo.

La necessità della concorrenza sorge dal monopolio professionale detenuto dai notai relativamente ad alcuni atti del diritto di famiglia, successioni, materia societaria, contrattuale e proprietaria.

Tali atti devono essere necessariamente compiuti dal notaio.

Questo svolge una funzione "anti-processuale" nel senso che "accertando ed interpretando la volontà delle parti che concludono un contratto e redigendo con chiarezza ed in modo conforme alla legge le relative clausole, evita che, almeno per gli aspetti di sua competenza, i contraenti ricorrano al giudice, cosa che implica un evidente risparmio di risorse che altrimenti sarebbero impiegate per l'estensione dell'apparato giudiziario"<sup>231</sup>.

- 
- attribuzione della pubblica fede ai registri immobiliari, sempre che ci sia la buona fede in capo all'acquirente e il decorso del tempo.

<sup>230</sup> Il sistema latino lo si ritrova in tutti i Paesi europei a base romanistica, in alcuni Paesi latinoamericani e in altri sistemi giuridici misti (con base civilistica e forti influenze di *common law*) come ad esempio: Québec, Porto Rico, Louisiana.

Il fatto che sia particolarmente diffuso, ha contribuito alla creazione dell'Organizzazione Internazionale del Notariato Latino che racchiude le organizzazioni nazionali.

<sup>231</sup> A. NICITA, *Il notaio e l'ordine istituzionale del mercato*, in *Notariato*, n. 5, 2001, p. 501 e ss. .

L'attività notarile ha un bassissimo costo transattivo tra quelli possibili per accostare ad un sistema economico, un efficiente sistema giuridico<sup>232</sup>.

Se si ha riguardo agli acquisti immobiliari, chi ne beneficia di tutta l'attività svolta è non solo il venditore ma anche compratore, banche e Stato, in virtù della cooperazione del notaio con l'Agenzia delle Entrate.

Tale funzione è molto importante per il funzionamento del sistema, tenuto conto che le imposte sono liquidate, riscosse e versate dal notaio senza costi per l'Erario<sup>233</sup>.

C'è una diminuzione dei costi di transazioni per le parti e un vantaggio per la società data dall'ampio livello di certezza che connota la circolazione dei beni sul mercato.

Se si guarda all'attività notarile e alla sua funzione di fornire certezza notiziale agli atti dei privati (cd. funzione di certazione), è possibile riscontrare un contributo al diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e, in via più ampia, alla libertà negoziale e contrattuale delle parti<sup>234</sup>.

Come suesposto la qualità del servizio offerto è verificabile solo in parte dai clienti: l'asimmetria informativa esistente tra i due soggetti, fa sì che questo non sia in grado di giudicare il servizio offerto dal professionista.

Ciò consente di sostenere che il servizio fornito dal notaio debba essere considerato *credence good*<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Secondo F. Cardillo Salerno "in Italia, dove vi è una forte vocazione alla litigiosità, nell'ambito delle transazioni immobiliari, che sono di competenza esclusiva dei Notai, il contenzioso riguarda annualmente circa 50 casi su oltre 1.700.000, pari allo 0,0029% delle transazioni". Vd. *Il documento notarile a garanzia degli investimenti: strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in *Notariato*, n.2, 2011, p. 198.

<sup>233</sup> A. FORTE, *Il notaio garante nei trasferimenti immobiliari: riflessioni per i notai*, p.13.

<sup>234</sup> A. BALDASSARRE, *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Notariato*, n. 2, 2009, p. 129 e ss. .

<sup>235</sup> Si tratta cioè, di beni di cui i consumatori non possono mai apprezzare la qualità e per questo si differenziano dai cd. *search goods* la cui qualità è verificabile e dagli *experience goods*, la cui qualità emerge da un contratto ripetuto, mediante il dato dell'esperienza.

### 3.1 Gli archivi notarili

Come già detto, il ruolo del notaio cerca di fornire equilibrio ad una transazione spesso caratterizzata da asimmetrie informative e attribuisce certezza in virtù del deposito e della conservazione degli atti, del rilascio di copie ed estratti di certificati.

Queste funzioni permangono in capo al notaio anche a seguito del suo pensionamento, trasferimento in altro distretto o decesso: da questo momento le funzioni si trasferiscono all'Archivio notarile (un organo dello Stato di origini risalenti)<sup>236</sup>.

Gli atti sono conservati per un secolo all'interno degli archivi<sup>237</sup>, per poi essere trasferiti definitivamente presso l'Archivio di Stato competente per territorio.

Per aumentare le garanzie di conservazione del documento, l'originale dell'atto è mantenuto presso il notaio e poi trasferito all'Archivio, mentre le copie (oggi informatiche) sono trasferite all'Agenzia del Territorio e all'Ufficio del Registro<sup>238</sup>.

Gli Archivi furono usati sin dall'inizio della loro istituzione come il luogo di conservazione dei protocolli per la sicurezza delle contrattazioni e della circolazione giuridica; il riordino delle sedi distrettuali si ebbe con due leggi successive all'unificazione del Regno: l. 25 luglio 1875, n. 2786 (cd. legge Falco) e, l. 6 aprile 1879, n. 4917<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> Si tratta di strutture periferiche del Ministero della Giustizia presenti sul territorio nazionale.

È costituito da oltre un centinaio di uffici dotati delle stesse competenze e funzioni che svolgono due tipologie di attività: la conservazione dei documenti notarili e un'attività ispettiva rispetto al ruolo di pubblico ufficiale ricoperto dallo stesso soggetto.

<sup>237</sup> Sono catalogati in base al nome del notaio che li ha redatti, alla data e al numero di repertorio e, eventualmente di raccolta.

<sup>238</sup> Già nel Medioevo Chiese, Comuni e corporazioni religiose custodivano e ordinavano gli atti più importanti della vita civile. Dapprima presso un archivio unico e poi, tramite la creazione di archivi speciali per gli atti notarili: il più antico tra questi, sicuramente quello di Padova, risalente al XII sec. . Il primo intervento legislativo si ebbe nel Regno di Napoli, in cui l'archivio è stato istituito e regolamentato sin dal 1809.

<sup>239</sup> L'introduzione di tale disciplina era stata preceduta da un dibattito tramite il quale si era preferito che la conservazione degli atti fosse ad opera non di altri notai ma di un'istituzione

L'impianto è stato poi confermato dalla l. 16 febbraio 1913, n. 89.

#### 4. Alcune valutazioni

Evidente come uno dei parametri per valutare l'efficienza del sistema è quello della capacità di creare sicurezza e, da questo punto di vista, il coordinamento tra i diversi attori previsti comporta risultati positivi: da una parte il notaio svolge il ruolo di *gatekeeper* e dall'altra, gli organi pubblici garantiscono la corretta tenuta dei registri immobiliari.

Accanto a ciò, è rilevante la presenza dei registri pubblici, che rendono opponibili *erga omnes* gli atti compiuti dai privati, garantendo l'affidamento dei terzi.

La combinazione di questi elementi<sup>240</sup> conferisce al nostro ordinamento certezza assoluta, rendendo il sistema immune dalle frodi, senza necessità di ricorrere ai sistemi assicurativi previsti nei Paesi di *common law*<sup>241</sup>.

Il notariato è garante della libertà contrattuale e dell'equilibrio degli interessi, dal momento che documenta la volontà delle parti, vigilando sul comportamento affinché si comportino conformemente a principio di correttezza richiesto dall'ordinamento<sup>242</sup>.

Valutato attentamente il sistema previsto dal nostro ordinamento, poniamo ora lo sguardo oltre oceano, al sistema americano, che non sempre si è dimostrato la migliore alternativa<sup>243</sup>.

---

pubblica, nel senso della "demanialità" degli atti notarili. F. DELFINI, *L'atto pubblico informatico*, Torino, 2011, p. 99.

<sup>240</sup> Ciò, come su descritto, ricorda il modello di organizzazione teorizzato da Platone nella *Repubblica*. Nel dialogo Socrate afferma che una delle virtù che lo Stato deve avere è la giustizia, intesa come armonica coordinazione delle parti.

<sup>241</sup> Si evita di porre in essere comportamenti scorretti tramite un flusso di informazioni idoneo a garantire un intervento tempestivo.

<sup>242</sup> R. PERCHINUNNO, *Il notariato nell'economia liberale*, in *Rivista del Notariato*, 1994, p. 546-547.

<sup>243</sup> F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, trad. it., Milano, 1992.

La comparazione è uno strumento che consente di guardare ai problemi ed alle soluzioni proposte altrove per poter ottenere informazioni, effettuare osservazioni e conoscere meglio se stessi tramite il confronto con gli altri.

Nello specifico esame, ci si è voluti soffermare sul modello americano, vista la sua rilevanza economica, giuridica e politica a livello internazionale.

Non si vogliono contrapporre due realtà, quanto si vuole comprendere al meglio quello che si è e ciò che si ha, tramite un occhio critico.

Tutto ciò aiuterà a valutare:

- le caratteristiche strutturali di un modello concorrente rispetto a quello italiano;
- le (eventuali) potenzialità del modello italiano come esempio di “resistenza latina”<sup>244</sup>, cioè di alternativa valida alle soluzioni adottate nel sistema di *common law* americano.

## **5. Il sistema americano**

Come più volte sostenuto, ciò che si rende necessario è garantire la sicurezza nei traffici giuridici al fine di:

- favorire l’efficienza degli scambi ed investimenti;
- ridurre le esternalità negative evitando che i costi dei privati siano riversati sulla collettività;
- aumentare le utilità generali<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> U. MATTEI, *Regole sicure*, Milano, 2006, p. 152 e ss. .

<sup>245</sup> Vd. Nota 244.

La conoscenza delle vicende traslative della ricchezza immobiliare è strettamente connessa e funzionale alla valutazione dell'efficienza di un dato sistema.

Come nel diritto italiano, il trasferimento e cioè la circolazione della ricchezza immobiliare nel sistema americano non è un atto ma un processo caratterizzato da una diversità degli atti.

Facendo riferimento al trasferimento immobiliare (compravendita) possiamo rilevare che si possono distinguere tre fasi<sup>246</sup>:

- il *contract for the sale of land* che non ha effetti reali ma fa sorgere in capo all'alienante l'obbligo di trasferire o far acquistare diritti sul bene immobile oggetto dell'accordo e, in capo all'acquirente, l'obbligo di pagarne il prezzo;
- un periodo intermedio in cui le parti devono provvedere a compiere una serie di adempimenti, tra cui una ricognizione delle risultanze registrali che consenta di valutare la qualità e il contenuto dei poteri proprietari inerenti al titolo, cd. *title search*;
- la *conveyance*, l'effettivo trasferimento della proprietà attraverso un atto formale e solenne (*deed of conveyance*), la cui consegna costituisce la fase conclusiva dell'effetto traslativo.

---

<sup>246</sup> Cfr. E. MORANDI, *Trasferimenti immobiliari: procedimento, prassi e costi negli USA*, studio 04.10.08.32/EU, 2004; 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*, in *Atti del XLI Congresso nazionale del notariato*, Roma, 2005, p. 207 e ss.; U. MATTEI, *Regole sicure*, 2006, p. 152 e ss. .

## 5.1 Il contract for the sale of land

Il *contract for the sale of land* (anche semplicemente *contract of sale*) è un accordo che fa sorgere in capo alle parti obblighi che, riferendoci alle categorie civilistiche, si potrebbero definire come obbligazioni di dare: non altro che trasferire il bene e pagarne il prezzo<sup>247</sup>.

È soggetto ad alcuni standard quanto a forma e contenuto che devono essere rispettati perché possa dar luogo a pretese esercitabili in Corte (*enforceable*).

Salvo alcune limitazioni<sup>248</sup>, deve ricoprire la forma scritta.

In secondo luogo è necessario che il *contract* rispetti un contenuto minimo<sup>249</sup>.

Esso è lo strumento volto a regolare il rapporto tra le parti nel momento compreso tra la firma e la fase conclusiva del trasferimento – detto *executory period* – in attesa della *conveyance*.

Infatti, il *contract* non trasferisce a tutti gli effetti la proprietà del bene che nella suddetta fase resta in proprietà del venditore, ancora quindi *legal owner*<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> È sostanzialmente uno strumento volto a disciplinare gli obblighi, le modalità e le condizioni di vendita.

<sup>248</sup> Le Corti danno raramente esecuzione a contratti verbali, come per esempio in caso di adempimento parziale delle parti. J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 542.

<sup>249</sup> Occorre che includa l'identificazione personale delle parti, la descrizione dell'immobile, la sottoscrizione della parte contro la quale lo si vuole far valere, il prezzo (o i criteri per la sua determinazione) e la data stabilita per il trasferimento della proprietà tramite il *deed of conveyance*.

Tali prescrizioni formali derivano dallo *Statute of Frauds*, uno *statute* del *common law* inglese del 1677, entrato nel tessuto normativo americano come principio richiamato dalle Corti nelle loro decisioni.

Cfr. J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 541 e ss. .

<sup>250</sup> Secondo la dissociazione proprietaria della *real property* inglese, esiste una regola di *equity* nota come “*equitable conversion*” che riconosce alcune prerogative alle parti nel tempo che intercorre tra il *contract* e la *conveyance* fin quando le obbligazioni rispettive non siano state compiute.

In particolare, si riconosce all'acquirente un interesse di natura proprietaria sul bene oggetto del trasferimento (*equitable ownership*) e al venditore un medesimo interesse sul prezzo.

In forza di questa regola, l'acquirente e il venditore sono già trattati come *owners*, in virtù di alcune prerogative, del bene e del prezzo.

## 5.2 La title search

Il periodo intercorrente tra la firma del *contract of sale* e il trasferimento della proprietà è volto principalmente al compimento di atti e adempimenti ai fini della cd. *title search*, cioè l'indagine sulla qualità e il contenuto dei diritti e degli interessi che devono essere trasferiti.

Normalmente la ricerca di questo tipo è svolta dalle *Title Insurance Companies*<sup>251</sup> ed è rivolta ad assicurare che il titolo sia libero da *clouds*<sup>252</sup> (nuvole), difetti come ipoteche, servitù, pesi, vincoli, tasse non pagate o più in generale limitazioni al godimento e difetti relativi alla titolarità del bene che ne diminuiscono il valore economico e ne impediscono un effettivo e pieno godimento.

Tale fase è particolarmente complessa in virtù dell'assenza di indici di titolarità pubblica affidabili. Ciò è dovuto alla struttura dei registri immobiliari.

È opportuno ricordare come nell'ordinamento statunitense esistano due tipi di pubblicità:

- il *deeds recording system*: una forma di pubblicità dichiarativa più utilizzata negli USA;
- il *Torrents System (Land Title Registration)*: una forma di pubblicità immobiliare in cui i Registri sono organizzati su base reale – ovvero

---

Si tratta di una forma di *constructive trust*: il diritto sul bene è dissociato in una *legal ownership* del venditore che è trattato durante la *conveyance* come *constructive trustee*, e una *equitable ownership* dell'acquirente che lo tutela nei confronti di comportamenti scorretti del *trustee* che abusi della sua posizione, ad esempio mediante un trasferimento del bene a terzi soggetti.

<sup>251</sup> In una percentuale di casi bassa essa è compiuta da un *title agent* indipendente (cioè non affiliato alle *Title Companies*) o da un *abstract*.

<sup>252</sup> Spesso si viene utilizzato il sinonimo *defects of title*.

per immobile e non per nome dell'intestatario – e la *registration* ha un'efficacia costitutiva<sup>253</sup>.

In tale sistema vi è una garanzia pubblica del titolo perché sono le autorità statali a compiere i controlli e rilasciare il *certificate* che è in grado di risolvere i conflitti tra più soggetti che vantano un diritto sul bene.

È attribuita piena efficacia probatoria alle risultanze dei registri e perciò sarà il registro pubblico a rispondere di eventuali inesattezze o errori nella registrazione grazie alla presenza delle *assurance* o *indemnity funds*<sup>254</sup> (fondi pubblici di garanzia).

Si è notato che con il *Torrens* non sia necessaria una *title search* e una *title insurance* (un'assicurazione privata) che garantisca l'acquirente contro il rischio di eventuali vizi nel diritto che viene trasferito come avviene nel *recording*<sup>255256</sup>.

Il modello più diffuso di pubblicità immobiliare è quello del *recording system*.

---

<sup>253</sup> Esso si caratterizza per prevedere un procedimento giudiziale e amministrativo nel cui corso sono effettuate verifiche e accertamenti sul titolo di proprietà di cui è richiesta la registrazione.

Ha inizio con la *registration* da parte del richiedente alla *District Court* competente (normalmente un giurista, il *Title Examiner*) e di conclude con l'attribuzione di un *certificate of title* al "legittimo titolare" da parte del Conservatore (Register) – in caso di contestazione circa la titolarità del bene sarà la Corte a risolvere il conflitto.

<sup>254</sup> Sul sistema del *Torrens* cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, p. 621-623.

<sup>255</sup> Cfr. T. J. MICELI, C. F. SIRMANS, *Torrens vs. Title Insurance: An Economic Analysis of Land Recording*, in *Real Estate Letter*, 1997, p. 1-5.

<sup>256</sup> Fino al XIX secolo il *Torrens* era un sistema adoperato in una ventina di Stati.

Vive una fase in declino per via degli interessi di alcune *lobbies*, come le *Title Insurance Companies* che ottengono ingenti guadagni dal *recording system*; della non adeguata preparazione dei funzionari e l'assenza di controlli; dei tempi e costi della registrazione che disincentivano il passaggio a questo sistema (alcuni studi economici mostrano come nonostante gli iniziali costi della *land title registration*, essa garantisce minori costi nel lungo periodo e sarebbe preferibile al *recording* – D. BOSTYCK, *Land Title Registration: An English Solution to an American Problem*, in *Ind. L.J.*, 1998, p. 55 e ss.).

Questi problemi hanno portato ad un suo abbandono. Il primo Stato che lo ha adottato (l'Illinois) lo ha abrogato nel 1992, e la stessa cosa ha fatto lo Stato di New York. Oggi esiste in una minoranza di Stati, quali Colorado, Georgia, Hawaii, Minnesota, Ohio, Massachusetts, North Carolina, Washington, ove è adottato solo in alcune contee ed è opzionale.

Esso non prevede un sistema centralizzato a livello nazionale o federale. Si tratta di un apparato decentrato di uffici – cd. *Recorder's Office* o *Clerk's Office* – siti nelle contee, organizzati su base locale con funzioni di archiviazione e conservazione dei documenti.

Le copie dei documenti sono “*recorded*” su richiesta delle parti, dietro pagamento di un’imposta e vengono affidate a funzionari che hanno il compito di riceverli senza effettuare controlli sull’autenticità, validità o legalità<sup>257</sup>.

La ricerca del titolo è una ricerca storica, volta a ricostruire i trasferimenti (*chain of title*) dall’attuale titolare del diritto fino alla fonte originaria del titolo o ad un momento della catena ritenuto accettabile per garantire un *good title*<sup>258</sup>.

Una volta accertata la provenienza dell’immobile, si procede alla verifica della presenza di eventuali ipoteche (*mortgage index*), giudizi pendenti (*lis pendens index*), tasse non pagate (*tax assessor's office*)<sup>259</sup>.

Per quanto riguarda la qualità delle informazioni ottenibili attraverso i *Record Registers* locali, è bassa.

Manca un’elencazione tassativa degli atti depositabili che varia da Stato a Stato.

---

<sup>257</sup> Visto l’alto numero di transazioni, per facilitare la consultazione degli atti presso il *recorder's office*, sono indicizzati su base reale (*tract-index*) tramite l’assegnazione di un numero di identificazione alla porzione immobiliare e l’indicazione nella pagina del registro degli atti giuridici relativi al bene oggetto di trasferimento, ovvero, molto frequentemente (il *tract-index* è utilizzato in meno di dieci Stati, mentre il *grantor-grantee* è in vigore in tutti gli altri), su base personale, secondo indici (*grantor-grantee index*) riferiti a danti causa (*grantors*) e agli aventi causa (*grantees*) tramite i quali i soggetti interessati possono compiere un’ispezione nominativa.

<sup>258</sup> Secondo J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 650-651, la ricerca di una *root of title* soddisfacente, varia a seconda del soggetto che la richiede e dallo Stato: alcuni impongono di risalire al titolo originario, altri di controllare, per esempio, il cinquantennio precedente.

<sup>259</sup> Quanto alle modalità della ricerca, viene effettuata recandosi fisicamente presso i registri e consultando gli atti contenuti in libri indicizzati in modo alfabetico e cronologico.

Si è cercato di snellire il procedimento, abbassare i costi e rendere più facile la consultazione dei registri attraverso una lenta informatizzazione delle transazioni immobiliari (*e-conveyancing*) e della pubblicità (*e-recording*).

Inoltre, il *recording* non è obbligatorio: ciò comporta che non tutti gli atti consultabili per una *title search* sono rintracciabili.

Quandanche il titolo fosse registrato, il suo deposito non garantirebbe la sua prevalenza rispetto agli altri titoli non trascritti o l'immunità da vizi.

L'assenza di preventivi controlli circa l'identità delle parti e la legalità degli atti con l'efficacia non costitutiva del *recording*, non esclude che il titolo sia valido né che esistano diritti di terzi incompatibili e puziori<sup>260</sup>.

Ciò impedisce di avere informazioni chiare e affidabili, creando così, incertezza nei trasferimenti.

Inoltre, anche la professionalità di alcuni attori del processo non è adeguata al compito loro assegnato: spesso i funzionari dei registri sono privi di una *legal education* e non sono in grado di eseguire controlli approfonditi sugli atti (che in Italia sono svolti dal notaio).

Si apre, così, la via a frodi ipotecarie (*mortgage frauds*) e falsificazioni dei certificati di proprietà (*title frauds*)<sup>261</sup>.

Si potrebbe affermare che l'assenza di seri controlli preventivi, la lacunosità, scarsa affidabilità dei registri e la loro difficile consultabilità sono elementi

---

<sup>260</sup> Cfr. E. MORANDI, *Trasferimenti immobiliari: procedimento, prassi e costi negli USA*, studio 04.10.08.32/UE, 2004; J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 650 e ss.; T. W. MERRILL, H. E. SMITH, *The Oxford Introduction to U.S. Law: Property*, New York, 2010, p. 166-175.

<sup>261</sup> Un caso di frode è stato quello che ha avuto ad oggetto l'Empire State Building nel 2008. Il periodico di New York, il Daily News, nell'ambito di un'inchiesta giornalistica, è riuscito a trasferire, tramite una *title fraud*, la proprietà dell'Empire State Building dall'effettivo reale proprietario alla (finta) società Nelots Properties LLC. creata dallo stesso giornale.

A detta dei giornalisti il "trucchetto" è stato molto semplice da realizzare: è bastata la contraffazione di un sigillo notarile, la falsificazione dei documenti e il loro invio al registro della città per ottenere il risultato desiderato, in soli 90 minuti.

La facilità della truffa sottolinea l'assenza di ogni controllo minimo: tutto ciò ancor più evidente se si considerano alcuni elementi degli atti: la denominazione della società fittizia (Nelots, che letta al contrario – "stolen" – significa "rubato"), il nome del falso notaio (Willie Sutton, un noto rapinatore di banche), la testimone (Fay Wray, un'attrice famosa, peraltro già deceduta al momento della stipula dell'atto, che aveva girato il film King Kong in cui la scena principale si svolge in cima all'Empire State Building).

L'articolo è di W. SHERMAN, *It tooks 90 minutes for Daily News to "steal" the Empire State Building*, in *New York Daily News*, 2 dicembre 2008.

che concorrono ad aumentare i costi transattivi dal momento che creano ostacoli alla negoziazione delle parti.

L'incertezza relativa alla situazione proprietaria e il rischio di frodi induce a scoraggiare gli scambi commerciali e ridurre il valore dei beni.

### 5.3 Il deed of conveyance

Il vero passaggio di proprietà si ha con la *conveyance*: si caratterizza per essere un atto unilaterale solenne, chiamato *deed of conveyance*, la cui consegna determina il trasferimento del diritto.

Il contenuto obbligatorio del *contract for the sale of land* è trasferito nel *deed*.

Il trasferimento del titolo non comporta automaticamente il trasferimento di un "giusto titolo" – *good title*.

È diffusa in America la concezione per cui lo Stato dovrebbe essere una sorta di "guardiano notturno"<sup>262</sup> e perciò limitarsi a garantire i diritti fondamentali senza interferire con gli interessi privati né offrire tutela al contraente che ha concluso un cattivo affare<sup>263</sup>.

Nella prassi si individuano tre tipi di *deeds* a seconda delle garanzie che offrono: *general warranty deed*, *special warranty deed*, *quitclaim deed*<sup>264</sup>.

Il primo offre garanzie nei confronti dei difetti del titolo sorti prima e dopo il trasferimento: le garanzie per i difetti presenti prendono il nome di *present*

---

<sup>262</sup> R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, trad. it., Milano, 1998, p. 48 e ss. .

<sup>263</sup> In virtù del principio del *caveat emptor*, esistente in tutti gli Stati con sfumature e temperamenti diversi circa l'equità del contratto, la *consumer protection* e la buona fede, non esiste un dovere di informare né garantire l'acquirente in capo al venditore (nella maggior parte dei casi, il venditore è obbligato a rilasciare un *Property condition disclosure statement*, ovvero un questionario in cui il promittente alienante fornisce informazioni circa le condizioni legali e materiali della proprietà. Tale obbligo di informare non fa venir meno il principio del *caveat emptor* perché non esclude che l'acquirente debba compiere le relative ispezioni circa il bene, ma lo attenua.

Se i venditori forniscono erronee informazioni saranno tenuti al risarcimento dei danni.

Esempi: *Texas Property Code* sec. 5.008; art. 14 § 462 *New York Real Property Law*.

<sup>264</sup> J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 585-615.

*convenants* e quelle per i difetti futuri, *future convenants* (nelle prime figura la garanzia relativa alla legittimazione a trasferire il bene; nelle seconde, quella per evizione con cui il venditore e i suoi successori s'impegnano a tutelare l'acquirente e i suoi eredi contro diritti vantati da terzi sul bene).

Il secondo è relativo alle garanzie circa la bontà del diritto trasferito, per il periodo in cui l'alienante era titolare.

Ne deriva che i vizi e i difetti non imputabili al venditore non sono coperti da garanzia.

Il terzo trasferisce il diritto sul bene senza garanzie, nello stato in cui si trova. Non esistono forme forti di tutela e ciò comporta un aumento dei costi delle operazioni che si riversano sull'*ultimate consumer*, ovvero l'acquirente: questo dovrà provvedere alla tutela dei propri interessi in via privata<sup>265</sup>.

## **6. Gli attori: un sistema privo di una struttura istituzionale**

Ciò che caratterizza il sistema immobiliare americano è l'assenza di una struttura istituzionale complessa come quella esistente in Italia che regola i trasferimenti.

Non sussiste il coordinamento tra un soggetto pubblico e la professionalità del privato che in Italia è dato dalla interazione tra notai, registri pubblici, Archivi notarili e Agenzia delle Entrate, come sopra descritto<sup>266</sup>.

L'assenza di un apparato burocratico viene spesso sottolineata come elemento per indicare la maggiore efficienza del sistema americano<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Lo farà presumibilmente assicurando il proprio titolo con la *Title Insurance*.

<sup>266</sup> Non esiste negli USA una regola che impone al venditore o all'acquirente di rivolgersi ad un professionista.

<sup>267</sup> Si ricordi che il *report* della World Banc, *Doing Business* del 2004 descriveva i notai come "impedimenti" (*bottlenecks*) nel processo economico e dava il seguente giudizio: "Why do some countries still have notaries involved in business registration? It is hard to tell, but history is replete with examples of institutions that have outlived their usefulness".

Esso garantisce una procedura più snella con minori soggetti coinvolti e una conseguente riduzione dei costi<sup>268</sup>.

Per tutti i motivi descritti, quali la complessità delle procedure, l'assenza della tutela dell'acquirente, la facile possibilità di commettere frodi, la scarsa affidabilità dei registri immobiliari, si rende necessaria l'assistenza da parte di professionisti del settore immobiliare, seppur questo possa comportare un aumento dei costi transattivi<sup>269</sup>.

Di seguito procederemo ad una breve descrizione degli attori coinvolti in tale procedimento.

Queste informazioni permetteranno di avere una descrizione più completa del sistema e una comparazione tra il sistema italiano e quello statunitense al fine di coglierne i benefici e i costi.

## 6.1 Le Title Insurance Companies

L'origine delle compagnie di *Title Insurance* si colloca tra il XIX e il XX secolo<sup>270</sup>.

Esse sono deputate a garantire la certezza dei traffici giuridici.

Il sistema americano, infatti, non prevede la presenza del *civil law notary*<sup>271</sup> come guardiano delle transazioni e non sopperisce alla sua mancanza con un sistema di pubblicità efficiente.

---

<sup>268</sup> Al contrario il sistema della trascrizione e la presenza del notaio è visto come un omaggio alla tradizione statalista e burocratica che costituisce un ostacolo e non facilita la crescita economica tramite la circolazione della ricchezza.

<sup>269</sup> Al carente controllo pubblico si tenta di sopperire con l'intervento del privato. Mancando quasi ovunque il notariato latino e non essendovi un'idea di fede pubblica o atto pubblico, la sicurezza dei traffici è ottenuta facendo ricorso all' "industria privata" della *Title Insurance* e ad altri attori.

<sup>270</sup> Cfr. J. W. EATON, D. J. EATON, *The American Title Insurance Industry. How a Cartel Fleeces the American Consumer*, New York – London, 2007.

<sup>271</sup> Ad eccezione di alcuni Stati come Florida, Louisiana e Alabama. Sul ruolo del notaio negli Stati Uniti: M. RAIMAN, *The Notary in American Legal History: the Fall and Rise of the Civil Law Tradition?*, in M. Schmoeckel and W. Schubert, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europaischen Traditionem*, Baden Baden, 2009.

Anche lì dove la garanzia fosse prestata dall'alienante, egli non porrebbe al riparo l'acquirente da una possibile insolvenza dell'altra parte.

Nel Novecento si era soliti rivolgersi a professionisti esperti nella *conveyance* per esaminare i registri e preparare una descrizione delle risultanze.

Ciò veniva sottoposto all'attenzione di un avvocato perché esprimesse un'opinione circa il contenuto e il titolo.

Il problema di questo sistema è dato dalla sua efficienza: in che misura essa veniva garantita e quali forme di responsabilità erano previste per i danni causati dai professionisti?

La risposta a tale interrogativo è stata fornita dal caso del 1868 *Watson v. Muirhead*<sup>272</sup> dinanzi alla Suprema Corte della Pennsylvania<sup>273</sup>.

A partire da questo caso, si cercò di creare dei meccanismi di protezione dei traffici giuridici: questi erano rappresentati dalle assicurazioni private, elette custodi dell' "American dream of homeownership"<sup>274</sup>.

Si tratta di assicurazioni che offrono la sicurezza delle situazioni proprietarie mediante la creazione di una polizza che garantisce l'assicurato contro eventuali difetti del titolo: in particolare, contro le limitazioni del godimento e l'evizione mediante il pagamento di spese giudiziali e/o risarcimento del danno in caso di soccombenza rispetto ad un titolo precedente di acquisto (di terzi), che sia incluso nell'assicurazione.

---

<sup>272</sup> J.W. EATON, D.J. EATON, *The American Title Insurance Industry. How a Cartel Fleeces the American Consumer*, New York – London, 2007, p. 11-13.

<sup>273</sup> In tale controversia l'attore aveva convenuto in giudizio un *conveyancer* per i danni subiti a causa delle informazioni relative al titolo, che era risultato gravato da diritti di terzi, riconosciuti in un precedente giudicato. La Corte ha negato il diritto al risarcimento sostenendo che la condotta del soggetto non integrava un'ipotesi di negligenza professionale: il soggetto aveva svolto una *title search* e aveva chiesto all'avvocato un'opinione circa il titolo, in cui lo stesso avvocato aveva escluso che il giudicato costituisse pregiudizio per il diritto oggetto del trasferimento.

La Corte affermò l'irresponsabilità del professionista che si fosse adeguato agli standard di diligenza richiesta, nonostante la commissione di errori.

A ciò bisogna aggiungere che l'onere della prova grava sull'attore e pertanto sono evidenti i motivi che hanno portato alla nascita delle *title insurances*.

<sup>274</sup> Così, American Land Title Association, *Title Insurance: A Comprehensive Overview*, online : <http://www.alta.org/about/TitleInsuranceOverview.pdf>.

D'altra parte, la polizza rilasciata da parte dell'acquirente al finanziatore ipotecario, assicura questi dal rischio del deprezzamento del bene posto a garanzia del mutuo.

Per questo motivo solitamente l'acquirente e il finanziatore subordinando il consenso al fatto che il titolo del venditore sia "assicurabile"<sup>275</sup>.

A seguito della richiesta di polizza, le compagnie assicurative compiono una *title search* i cui risultati sono inseriti all'interno di un *abstract* e impiegati per valutare la qualità del titolo ed eventuali pretese di terzi esistenti sul bene<sup>276</sup>.

Sulla base dei risultati ottenuti e dell'opinione di un legale circa la "commerciabilità del titolo"<sup>277</sup>, la compagnia crea una proposta assicurativa che comporta l'assunzione dell'obbligo di emettere la polizza.

Accettata la proposta, l'assicurato dovrà versare il premio consistente nel pagamento di una somma di denaro *una tantum*.

Lo scopo della polizza è quello di trasferire i rischi derivanti da possibili difetti del titolo in capo agli assicuratori: bisogna chiedersi quale sia l'efficienza di tale sistema.

Per meglio comprendere bisogna considerare che il modello ideale di mercato è quello della concorrenza perfetta e sotto questo profilo, le *Title Insurance Companies* costituiscono un esempio di oligopolio costituito da quattro gruppi assicurativi con filiali estese in tutto il territorio americano.

---

<sup>275</sup> E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla title insurance?*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, in *Atti del XLI Congresso nazionale del notariato*, Roma, 2005, p. 221 e ss. .

<sup>276</sup> La ricerca è spesso svolta tramite archivi privati in proprietà delle compagnie, chiamati *title plants*: possiamo paragonarli ai Registri Immobiliari ottenuti a costo zero, sfruttando un bene pubblico che consiste nelle risultanze registrali, per sostenere un'attività d'impresa senza sostenere costi iniziali e facendo propri gli utili.

<sup>277</sup> I non uniformi precedenti giurisprudenziali circa la nozione di *marketability of title* non consentono di dare una definizione uniforme: tendenzialmente s'intende un titolo che l'acquirente medio avrebbe interesse ad acquistare. Si tratta di un titolo proprietario libero da difetti, che l'acquirente, a sua volta, può rivendere e commerciare senza che da tale operazione possa a lui derivare un pregiudizio o insorgere una controversia. Così J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 547-548.

Le compagnie godono inoltre, di un *favor* legislativo per via del § 1012 (b) del McCarran-Ferguson Act (1945), che consente una regolamentazione del settore assicurativo a livello statale, sottraendolo alle più stringenti leggi antitrust federali come lo Sherman Act: in questo modo gli organi di vigilanza locali sono maggiormente influenzabili dalle compagnie e spesso il controllo si riduce ad una convalida delle tariffe, agevolando le pratiche di *price-fixing* (cartelli anticoncorrenziali) a danno dei consumatori<sup>278</sup>.

Ciò che si rimprovera ai sistemi di *civil law* si ritrova esattamente nel sistema delle *Title Insurances*.

Tra i due sistemi sembra esserci una profonda differenza sulla base degli interessi e dei benefici.

L'esclusiva riconosciuta ai notai su alcuni tipi di atti avviene per garantire la certezza del diritto di cui beneficia l'intera collettività e in caso di errori gravi sarà lo stesso notaio (mediante la sua assicurazione professionale e non i contribuenti) a porre rimedio: ne deriva che un monopolio legale si traduce in monopolio naturale, dettato dal mercato. In assenza di notai sarebbe necessario l'intervento di diversi soggetti professionali con maggiori costi e senza una garanzia circa l'effettivo risultato.

La sostituzione del notaio con altre figure professionali porterebbe potenzialmente a risultati inefficienti<sup>279</sup>.

Inoltre, considerando la struttura di questo sistema, possiamo notare come si tratti di un contratto in forza del quale l'assicuratore si obbliga a rivalere l'assicurato in caso di divergenza tra realtà e apparenza.

La liquidazione del danno avviene nel caso in cui le qualità del titolo e lo status giuridico non corrispondono a quanto rappresentato come esistente nel momento della stipula della polizza: se il bene viene assicurato come libero da

---

<sup>278</sup> Per un quadro uniforme sulle pratiche anticoncorrenziali e dei costi delle compagnie vd. J.W. EATON, D.J. EATON, *The American Title Insurance Industry. How a Cartel Fleeces the American Consumer*, New York – London, 2007, p. 77 e ss. .

<sup>279</sup> R. VAN DEN BERGH, Y. MONTANGIE, *Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?*, in *J. Of Competition Law & Economics*, 2006, p. 184 e ss. .

altri diritti reali, la compagnia sarà tenuta a rimborsare l'assicurato anche nel caso di un'ipoteca iscritta in un momento anteriore alla stipula dell'assicurazione.

Si tratta di un contratto *sui generis*: il contratto di assicurazione è un contratto aleatorio in cui una parte si obbliga a rivalere l'assicurato al verificarsi di un evento futuro, dietro il pagamento di una somma di denaro; al contrario, la *title insurance policy* esclude la copertura in caso di eventi futuri e garantisce esclusivamente per i difetti del titolo sorti in un momento precedente al trasferimento e alla polizza<sup>280</sup>.

In caso di diritti di terzi, l'assicurato è comunque pregiudicato nella sua sfera patrimoniale: generalmente è sempre l'assicurazione a decidere se resistere in Corte sostenendo i costi della *litigation* o provvedere a liquidare il danno<sup>281</sup>.

Nei meccanismi descritti potremmo dire che la tutela riconosciuta sembra giovare principalmente all'assicuratore che può scegliere quale strategia adottare.

Possiamo concludere che il sistema della *title insurance* non può essere paragonato alle garanzie offerte dall'ordinamento italiano e dall'atto pubblico, in ragione dell'assenza di controlli preventivi e delle carenze nel sistema della pubblicità.

---

<sup>280</sup> A ciò si aggiunga che la *title insurance* non garantisce nei confronti di tutti i vizi esistenti al momento della stipula della polizza: questi contratti contengono numerose esclusioni. Cfr. E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla title insurance?*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, in *Atti del XLI Congresso nazionale del notariato*, Roma, 2005.

<sup>281</sup> L'assicurato è privato del potere decisionale, che compete all'assicurazione: anche se la compagnia optasse per la via giudiziale, le informazioni contenute nella *title insurance* relative alla titolarità del bene non garantirebbero l'assicurato perché non costituiscono prova legale.

Nel caso inverso, in cui la compagnia decidesse di liquidare il danno, l'assicurato non avrebbe comunque la possibilità di recuperare il bene.

Sicuramente se il soggetto avesse libertà di scegliere tra le due forme risarcitorie, preferirebbe quella in forma specifica e in più è da considerare che nel caso di risarcimento per equivalente, il danno è liquidato con riferimento al valore che il bene aveva al momento della stipula della polizza e non al momento del risarcimento.

U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi economico-giuridica comparata per il notariato*, Milano, 2006, p. 176-182.

## 6.2 Gli Avvocati

La presenza di avvocati nel sistema americano è quasi imprescindibile: l'assenza di un modello come quello italiano che sovrintende tutto il procedimento del trasferimento, rende necessaria l'assistenza da parte di un consulente esperto nelle procedure.

Generalmente sono proprio gli avvocati che rappresentano la parte e si occupano della redazione di documenti: sono gli unici soggetti abilitati ad offrire un servizio di consulenza legale dietro corrispettivo.

La cultura americana è particolarmente individualista e si caratterizza per il fatto che ognuno deve proteggere al meglio i propri interessi e lo Stato deve limitare il proprio intervento.

Non si prevede una figura *super partes* che garantisce la tutela di tutte le parti coinvolte nella transazione<sup>282</sup>.

Nella tradizione di *common law* l'assenza di una figura come il notaio che redige gli atti, riveste il ruolo di consulente e garantisce la certezza dei traffici giuridici e tutela tutte i soggetti<sup>283</sup>, è compensata dalla presenza di più soggetti.

## 6.3 Il Notary Public

L'attività del *notary public* è rilevante per la redazione di alcuni documenti relativi alle transazioni immobiliari.

Esso differisce in modo consistente dal notaio latino a livello di competenze e funzioni<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> P. MALAVET, *Counsel for the Situation: The latin notary, a Historical and Comparative Model*, in *Hastings Int'l. and Comparative L. Rev.*, 1996, p. 389 e ss. .

<sup>283</sup> Vd. P.L. MURRAY, R. STURNER, *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation. A comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*, Monaco, 2010.

<sup>284</sup> Vd. nota 283.

Il “notaio” americano al contrario di quello di *civil law* spesso non è un giurista e non ha svolto la pratica legale: ha solo il compito di ricevere, in veste di testimone, dichiarazioni giurate e autentica le sottoscrizioni delle parti in alcuni tipi di atti.

Non rientra nei suoi compiti quello di fornire assistenza legale nel compimento degli atti<sup>285</sup>, a meno che non sia anche un avvocato e ogni tipo di attività in tal senso è proibita dalla legge e sanzionata con pene pecuniarie e detentive.

#### **6.4 Gli Agenti immobiliari**

La funzione svolta dai *brokers* o *real estate agents* in America, non è diversa da quella compiuta dagli agenti immobiliari in Italia.

Il loro compito è quello di agevolare le transazioni e ridurre i tempi delle stesse facendo da intermediari tra le parti, dietro compenso.

Nel sistema americano rivestono una posizione di preminenza che li rende particolarmente presenti nel processo immobiliare.

Essi sono sottoposti ad obblighi fiduciari nei confronti della parte nel cui interesse agiscono: non è infrequente che ciascuna parte della transazione si avvalga di un agente immobiliare (e quindi siano presenti un agente per l’acquirente e uno per il venditore)<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Come scritto nella guida redatta dalla National Notary Association americana, il notaio americano non è responsabile della legalità e veridicità degli atti perché la sua attività di certificazione è circoscritta all’identificazione delle parti.

<sup>286</sup> J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL, *Property*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, p. 529-540.

## 6.5 I Periti

Vi sono diverse figure professionali che caratterizzano le transazioni immobiliari che per comodità possono essere ricondotte nella categoria generale dei “periti” e che possono essere riassunte come segue<sup>287</sup>:

- *Abstracters*: sono tecnici, solitamente dipendenti dalle compagnie di assicurazione che hanno il compito di redigere l'*abstract* (la relazione relativa agli atti e i documenti registrati dell'immobile oggetto di trasferimento – vendite, ipoteche, testamenti, donazioni). Successivamente l'*abstract* è sottoposto all'attenzione di un legale delle parti o dell'assicurazione perché esprima un parere circa il contenuto: ha un'utilità per le compagnie perché permette loro di scegliere se prestare la copertura assicurativa e determinare l'entità del premio.
- *Appraisers*: sono i periti stimatori, sono tecnici terzi e imparziali. Essi provvedono ad una stima preventiva dell'immobile per evitare una sotto o sopravvalutazione<sup>288</sup>.
- *Building Inspectors*: gli acquirenti si avvalgono spesso di ingegneri, architetti e altri tecnici per operare una valutazione sull'immobile, la sua struttura e la conformità al piano regolatore<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> E. MORANDI, *Trasferimenti immobiliari: procedimento, prassi e costi negli USA*, studio 04.10.08.32/UE, 2004.

<sup>288</sup> Ciò non ha impedito il compimento di frodi: gli *appraisers* sono stati protagonisti della frode ipotecaria detta *land flipping*.

Questa particolare frode si caratterizza perché: un soggetto (*flipper*) compra un immobile al prezzo di mercato, successivamente un *appraiser*, compiacente, redige una stima “gonfiata” e il compratore acquista il bene al prezzo stimato dal perito, chiedendo un mutuo pari, per esempio all'80% della somma, in frode del creditore.

La truffa consente alle parti di far proprio un guadagno illecito e danneggiare l'istituto di credito.

<sup>289</sup> Tali difetti sono esclusi dalla polizza e costituiscono un onere per l'acquirente.

- *Surveyors*: sono tecnici che hanno la funzione di misurare e descrivere la consistenza fisica e catastale dell'immobile per redigere la perizia e la piantina. La loro presenza è spesso richiesta dal compratore per verificare che le risultanze degli atti siano conformi allo stato di fatto.

## 6.6 Gli Escrow Agent

Sono persone fisiche o giuridiche terze ed indipendenti che rivestono il ruolo di garanti e depositari: ricevono e conservano documenti, titolo, beni, somme di denaro durante il procedimento di trasferimento dell'immobile<sup>290</sup>.

Nella pratica accade che il venditore consegni all'*escrow agent* il *deed* con il compito di custodirlo fino a che l'acquirente non abbia eseguito le proprie prestazioni e quindi pagato per l'intero il prezzo<sup>291</sup>.

## 6.7 Le Corti

Le Corti svolgono un importante ruolo nelle vicende immobiliari, sebbene non si possano definire veri e propri "attori" del processo.

In virtù del fatto che il sistema americano non prevede un controllo *ex ante* degli atti, simile a quello esistente nei Paesi latini o la presenza di soggetti deputati a operare come "filtro di accesso" ai registri, la risoluzione di

---

<sup>290</sup> P. ZAGANI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2012, p. 365-376.

<sup>291</sup> Nonostante siano figure importanti del sistema americano, non vi è una regolamentazione federale della professione, che è lasciata alla discrezionalità di ciascuno Stato e può variare anche all'interno del medesimo territorio statale.

eventuali controversie viene demandata alle Corti che tramite un intervento *ex post* hanno la possibilità di porre rimedio ai contenziosi creatisi.

La necessità di avere un soggetto *super partes* che sovrintenda il trasferimento si percepisce in entrambi i modelli di ordinamento<sup>292</sup> ma la differenza consiste nei controlli (*ex ante* ed *ex post*) operati nel trasferimento della ricchezza.

L'assenza di soggetti demandati a svolgere una funzione anti-processuale<sup>293</sup>, cioè ad evitare o quantomeno ridurre il sorgere delle controversie, aumenta il tasso di litigiosità<sup>294</sup>.

Spesso l'inesistenza di controlli preventivi è presentata come un risparmio in termini burocratici, che consente al sistema americano di essere competitivo e facilita una conclusione delle transazioni in tempi brevi: si deve considerare che ciò che si guadagna in termini di tempi, lo si perde in termini di sicurezza<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Una formula che i giudici recitano prima di prender servizio, recita: “ *I ....., do solemnly swear that I will administer justice without respect to person, and do equal right to the poor and the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as ..... under the Constitution and laws of the United States. So help me God*”.

Allo stesso modo, il notaio, ai sensi dell'art. 1 del codice deontologico, deve “conformare la propria condotta professionale ai principi della indipendenza e della imparzialità evitando ogni influenza di carattere personale sul suo operare ed ogni interferenza tra professione ed affari (...) il notaio deve svolgere con correttezza e competenza la funzione di interpretazione e di applicazione della legge in ogni manifestazione della propria attività professionale, ricercando le forme giuridiche adeguate agli interessi pubblici e privati affidati al suo ministero”.

<sup>293</sup> Tale tipica funzione del notaio si può riassumere nella formula impiegata dal celeberrimo giurista Carnelutti che afferma: “tanto più notaio, quanto meno giudice”.

<sup>294</sup> I sistemi latini come nel secondo capitolo detto, contemplano una serie di controlli preventivi che hanno una funzione di giustizia *ex ante*. Così si evita un aumento del contenzioso e offre una tutela dei diritti che previene le controversie.

<sup>295</sup> Testimonianza di ciò sono i costi sostenuti nel corso della crisi dei mutui *subprime* che hanno indotto l'amministrazione a introdurre una regolamentazione *ex ante* rappresentata dal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del luglio 2010.

La crisi dei mutui *subprime* è iniziata negli USA come conseguenza dell'esplosione di una speculazione sul mercato delle case.

Il settore bancario e finanziario agevolava l'acquisto di nuove abitazioni tramite la concessione di mutui a condizioni agevolate (con tassi d'interesse bassi) o finanziamenti vantaggiosi e concessi anche a famiglie non sicure in termini di solvibilità che garantivano il pagamento del mutuo (di durata di tre anni) con una ipoteca sul bene acquistato – spesso accadeva che i titolari dei mutui avessero debiti superiori al valore dell'immobile ipotecato.

## 7. Benefici e costi del sistema americano

A conclusione dell'analisi delle figure impegnate in America nel settore immobiliare, cerchiamo di capire quali sono i pro e i contro di questo sistema. Generalmente il modello americano è visto considerato efficiente e ricco di soluzioni ottimali che spesso sono esportate in altri Paesi, rendendolo di fatto un sistema da seguire.

Spesso gli ordinamenti europei si sono limitati ad imparare senza poter insegnare e quindi, a recepire passivamente le normative altrui<sup>296</sup>.

La gestione della ricchezza immobiliare ha però evidenziato delle criticità: non ha trovato riscontro la realtà operativa delle cose con le declamazioni circa la superiorità del sistema americano.

Esso, infatti, non sembra adatto a rimuovere gli ostacoli di fatto e di diritto alla libera contrattazione delle parti<sup>297</sup>.

---

Per il settore bancario tutto ciò era vantaggioso dal momento che l'immobile posto a garanzia del prestito avrebbe garantito un guadagno anche in caso di insolvenza del mutuatario (il settore immobiliare era caratterizzato da un aumento dei prezzi; così le case pignorate potevano essere vendute ad un prezzo superiore a quello per cui era stato concesso il mutuo).

Concesso il mutuo, le banche cartolarizzavano il credito – i mutui erano trasformati in obbligazioni e circolavano tra investitori che a loro volta dividevano il rischio in cambio di un interesse.

Ciò consentiva alle banche di concedere mutui ma diffondeva sul mercato crediti rischiosi.

Nel frattempo però, nel 2007, il costante aumento dei prezzi delle case iniziò a diminuire: i pignoramenti delle case a seguito di mutui non pagati erano raddoppiati e il valore degli immobili inferiore rispetto al mutuo; le banche iniziarono a subire perdite.

La crisi colpì diversi stati per via della circolazione di “titoli tossici”, tra cui la Germania (con il fallimento della JKB Deutsche Industriebank AG) e la Francia (con il fallimento di fondi di investimento sponsorizzati da BNP Paribas).

Bisogna notare come si siano verificate frodi ipotecarie dovute alla concessione di ipoteca da parte di un falso proprietario o dal fine speculativo del mutuatario che acquistava per poter rivendere ad un prezzo superiore.

In un rapporto dell'FBI (Federal Bureau of Investigation, *2006 Mortgage Fraud Report*, FBI, Washington, maggio 2007) si è constatato come un elevato numero di mutui sono stati concessi senza compiere alcuna verifica preliminare: in questo modo il richiedente aveva la possibilità di chiedere un mutuo per una somma superiore al valore del bene.

(AA. VV., *La grande crisi. Domande e risposte*, opuscolo di approfondimento de “Il Sole 24Ore”, Milano, 2008; L. PAURA, *I mutui subprime e la tempesta perfetta. Il cattivo debitore e l'accesso all'abitazione*, in *Riv. Dir. Imp.*, 2009, p. 136).

<sup>296</sup> U. MATTEI, *Miraggi transatlantici. Fonti modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata*, in *31 Quaderni fiorentini*, 2002, p. 401 e ss. .

Le informazioni sulle vicende proprietarie sono difficili da consultare e le parti, per sopperire alla loro mancanza, sono costrette a rivolgersi alle *Title Insurance Companies* che utilizzano, per eseguire la ricerca, archivi privati<sup>298</sup> che rappresentano una copia aggiornata dei Registri pubblici.

Gli archivi creati dalle compagnie sono aggiornati costantemente dalle stesse, che provvedono anche ad implementarli.

La conseguenza è quella della creazione di un registro privato sovvenzionato dal pubblico: si utilizzano risorse pubbliche ad un costo iniziale pari a zero per creare un servizio efficiente di cui gli utili prodotti vengono privatizzati.

Anche se si fosse in possesso di tutte le informazioni necessarie per operare il trasferimento dell'immobile, l'assenza dei controlli preventivi e la struttura del sistema di pubblicità non ne garantiscono la veridicità.

Il sistema del *recording* favorisce il titolare anche contro le risultanze dei registri e ciò a danno dei terzi acquirenti e della certezza<sup>299</sup>.

Le criticità sottolineate potrebbero essere in parte rimosse con l'introduzione di un filtro all'accesso dei registri pubblici (proprio come in Italia – in cui tale ruolo è assolto dal notaio) che abbia lo scopo di impedire l'inserimento di informazioni non veritiere e consenta di mantenere uno standard qualitativo alto dei registri.

Nel modello italiano, la combinazione del controllo pubblico con la professionalità del privato assicura la cooperazione che produce un beneficio per l'intera collettività<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 2006, p. 104-105.

<sup>298</sup> Si tratta di un contenitore di risorse informative pubbliche: un'informazione "aperta" e dunque accessibile a chi si reca presso i registri, viene duplicata per creare un'altra informazione "chiusa" cui possono accedere limitati soggetti, come le *Title Insurance Companies* e i clienti.

Tale privatizzazione dell'informazione, consente alle compagnie di escludere i terzi dall'accesso allo stesso dato contenuto all'interno degli archivi e di renderlo conoscibile solo dietro corrispettivo.

<sup>299</sup> Cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 3/2009.

L'assenza di una collaborazione tra diversi soggetti e di qualsiasi forma di controllo preventivo circa la legalità degli atti rivela elementi negativi nel sistema: si favoriscono così, frodi immobiliari e informazioni errate sulla titolarità dei beni, con conseguente incertezza sulla situazione proprietaria.

Conseguentemente, ciò che è presentato come un “risparmio”, dovuto all'assenza di burocrazia che connota i modelli di *civil law*, determina in realtà elevati costi per la singola transazione e per i traffici giuridici successivi<sup>301</sup>.

Per rimediare alla situazione descritta, le parti si affidano alle compagnie assicurative per essere tutelate al fine di compiere l'acquisto di un titolo “*clean and marketable*”, che sia cioè libero da pesi, vizi, difetti che diminuiscano il valore.

La *Title Insurance* non garantisce l'assicurato contro i diritti vantati dai terzi sul bene che siano anteriori, ma gli riconosce un diritto al risarcimento per i “difetti” coperti dalla polizza.

La tutela risarcitoria è meno conveniente rispetto ad una tutela piena (si ricordi che il risarcimento è limitato al prezzo d'acquisto e non tiene conto del momento in cui sorge il diritto al risarcimento).

I consumatori non hanno poteri nei confronti delle *lobby* delle *Title Insurance Companies*, come dimostrato dall'esito negativo di alcune *class action* promosse nei loro confronti<sup>302</sup>.

L'eccessiva concentrazione del mercato assicurativo – immobiliare nelle mani delle compagnie assicurative ha fatto sorgere la preoccupazione delle Agenzie

---

<sup>300</sup> Si ricordi la sinergia creata dall'Agenzia del Territorio e dai notai che consente una rapida consultazione e aggiornamento dei registri pubblici, garantendo così, la certezza delle informazioni e la loro qualità.

<sup>301</sup> Testimonianza sono le numerose frodi raccontate nel *report* del 2011 dell'FBI, *Financial Crimes Report to the Public – Fiscal Years 2010-2011*, online: <http://www.fbi.gov/stats-services/publications/financial-crimes-report-2010-2011>.

Tale situazione ha indotto l'*American Bar Association* a convocare un tavolo di lavoro cui sono stati invitati a partecipare alcuni notai italiani come esperti anti-frode (E. DE CARO, *Frodi sui mutui, task force in USA*, in *Il Sole 24Ore*, 12 febbraio 2012).

<sup>302</sup> Vd. ad es. *McCray v. Fidelity National Title Ins. Co.*, Case no. 10-3576 (3rd Cir. June 14, 2012).

Federali che sovrintendono tale mercato (il *Government Accountability Office* e il *Department of Housing and Urban Development*).

Esse hanno creato nel 2010 un *Federal Insurance Office* ( con il *Dodd-Frank Act, Title V, Sub. A, sec. 502*), con la finalità di garantire un ampio controllo sul settore.

Anche il sistema di controlli inglese, caratterizzato da controlli *ex post* merita qualche riferimento: l'efficienza di un meccanismo, sol perché funzionante in un determinato contesto, non assicura che lo stesso possa avere esito positivo in un ambiente diverso per tradizione e cultura.

Il suo inserimento nell'ordinamento italiano è difficile da credere proprio a causa della lentezza della macchina giudiziaria (che ha spesso subito condanne da parte della Corte Europea di Strasburgo).

Se si considerano gli USA, ancora, si nota come essi rappresentino un segnale della necessità di porre dei limiti e controlli *ex ante*.

È stato lo stesso presidente Obama che al momento dell'introduzione del *Dodd-Frank Act* ha sottolineato che uno dei fattori che ha contribuito a favorire la crisi è rappresentato dalla mancanza di una struttura istituzionale che garantisce contro gli eccessi e gli abusi del libero mercato.

Si percepisce la necessità della presenza di *gate-keepers*, figure imparziali di controllo che supervisionano e regolamentano le transazioni e i processi economici<sup>303</sup>.

Per riassumere, molti benefici, solo apparenti del sistema americano si traducono in costi e diseconomie.

La semplicità e la necessaria maggiore efficienza di questo modello appaiono come una mitizzazione della realtà operativa dei trasferimenti immobiliari.

---

<sup>303</sup> Cfr. R.J. SHILLER, *The subprime solution*, Princeton, 2008; C.M. HAMMOND, I. LANDINI, *The global subprime crisis as explained by the contrast between american contracts law and civil law countries' laws, practice and expectations in real estate transaction: how american lack of informed consent contributes to the global crisis in subprime mortgage investments as does the absence of the civil law notary*, in 11 Hofstra J. Int'l L. & Bus., 2012, p. 133 e ss..

Concludendo, riportiamo la citazione di Francesco Galgano, noto giurista italiano, durante un'intervista apparsa online in cui dice: "Io ho comprato recentemente una casa negli Stati Uniti e l'ho fatto via fax. Certo sembra uno snellimento, visto che da noi ci vuole il notaio e la trascrizione, ma quello che risparmi in tempo e soldi lo spendi poi in migliaia di assicurazioni e nel contenzioso successivo che è molto più alto"<sup>304</sup>.

---

<sup>304</sup> Rivista tratta dal quotidiano online *www.firstonline.info*, 20 luglio 2011.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *La grande crisi. Domande e risposte*, opuscolo di approfondimento de Il Sole 24ore, Milano, 2008.

ALPA G., *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, 1984.

ANDRIOLI V., *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, in *Riv. Not.*, 1947.

ANGELONI F., *La responsabilità civile del notaio*, Cedam, Padova, 1990.

ANGELONI F., *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999.

APPIANO – BELLA – CAVALIERI, *La tutela degli acquirenti di immobili*, 2006.

ASARO – COLLETTI – RECCO, *La trascrizione. La giurisprudenza di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa*, Milano, 2011.

BALESTRA L. – DI MARZIO M., *Successioni e donazioni*, Milano, 2014.

BALDASSARRE A., *La funzione notarile e la Costituzione italiana*, in *Notariato*, n. 2, 2009, p. 129 e ss.

BARILE P., *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione del notaio*, in *Vita not.*, 1984.

BARILE P., *Avvocati: primi passi verso compiti notarili per limitate ipotesi*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 aprile 2015,

<http://www.guidaaldirittoigital.ilsole24ore.com/art/primo-piano/2015-04-04/avvocati-primi-passi-compiti-notarili-limitate-ipotesi-113301.php?uuid=ABCQPDX>.

BARONE R., *Brevi note in materia di concorrenza con le professioni liberali*, in *Civil Law – Common Law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, Pesaro 18/21 settembre 2005.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol.3. *Il contratto*, seconda edizione, Milano, 2015.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol.5. *La responsabilità*, Milano, 2015.

BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile*. 1\*\*. *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986.

BOERO P., *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, Utet, 1993.

BONILINI G., *Delle donazioni*, Torino, 2014.

BOSTYCK D., *Land Title Registration: An English Solution to an American Problem*, in 63 *Ind. L.J.*, 1988, p. 55 ss.

BOTTARO O., *Il notariato come autorità garante*, in *Vita notarile*, 2001, p. 1467 – 1548.

BUCCINI R., *La responsabilità contrattuale del notaio per mancata identificazione dell'amministratore di società*, in *Vita not.*, 1994.

BUONOCORE V., *Manuale di diritto commercial*, Torino, 1997.

BUSANI A., *Reato di lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio*, in *Corr. giur.*, 1990.

CACCAVALLE C., *Intervento del notaio in funzione di controllo preventivo della legalità e sicurezza dei traffici giuridici*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, atti del XXXIX congresso nazionale del notariato Milano, 2002.

CAMPO R., *La nullità degli atti giuridici e la responsabilità del notaio come strumenti inibitori della realizzazione dei risultati e dei profitti dell'attività urbanistico-edilizia abusiva*, in *Vita Not.*, 1985.

CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, Milano, 1988.

CARINGELLA – DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Vol. 3, 2008.

CARNELUTTI F., *Assunzioni di prove per mezzo del notaio*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939.

CARRESSI F., *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957.

CARRESSI F., *Corso di diritto civile sul contratto*, Bologna, 1961.

CASU G., *Ancora in tema di obbligo di visure ipotecarie da parte del notaio*, in *RN* 2003.

CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000.

CELESTE G., *Collaborazione del notaio italiano con le autorità statali nell'ambito della trasparenza degli investimenti mobiliari ed immobiliari e per i controlli fiscali connessi*, in *Vita notarile*, 1996, n. 1, pp. 513-521.

CELESTE G., *Imparzialità del notaio: garanzia dell'ordine contrattuale*, in *Relazioni al XXIV congresso internazionale del notariato latino*, Città del Messico 17-22 ottobre 2004, Milano, 2004.

CELESTE G., *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007.

CENDON P., *Trattato dei nuovi danni*, Cedam, 2011, p. 435 e ss.

CILLO C. – D'AMATO A. – TAVAGNI G., *Dei singoli contratti*, Vol. I, 2014.

COFFEE J., *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, *Columbia Law School*, The Center for Law and Economic Studies Working Paper No. 237, 2003.

COMOGLIO L.P., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. Dir. Priv.*, Torino, 1985.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *DDL concorrenza proposte in campo immobiliare e societario: saltano le tutele per i cittadini*.

*Banca Mondiale, Ocse e Gafi: la deregolamentazione al ribasso è causa di corruzione e abusi*. Roma, 20 febbraio 2015.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *DDL concorrenza: nessun risparmio per le famiglie, a rischio la tutela dei consumatori*. Roma, 8 aprile 2015.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *DDL concorrenza: il notariato rilancia con proposte concrete di semplificazione per i cittadini, imprese e Stato*.

*3 articoli su 4 non aumentano la concorrenza ma mettono a rischio l'efficienza dei registri pubblici, oggi garanzia di trasparenza e certezza per cittadini e sistema Paese.* Roma, 19 giugno 2015.

COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R. – ULEN T., *Il mercato delle regole*<sup>2</sup>, Bologna, 2006.

D'ORAZI FLAVONI, *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Foro it.*, 1959, I.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966.

DE CUPIS A., *Trascrizione immobiliare e tutela del primo acquirente*, in *Giur. it.*, 1986.

DE LUCA A., *Per il contrasto all'evasione immobiliare nuove attribuzioni all'Agenzia del territorio*, in *Corriere tributario* n. 33, 2010, p. 2688 ss.

DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti – II*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1997.

DELFINI F. ET AL., *L'atto pubblico informatico*, Torino, 2011.

DI FABIO M., *Manuale di notariato*, Milano, 2014, p 187 e ss.

DONA' G., *Notariato e archivi notarili*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, 1939.

DUKEMINIER J. – KRIER J.E. –ALEXANDER G.S. –SCHILL M.H., *Property*<sup>7</sup>, Austin-Boston-Chicago-New York- The Netherlands, 2010.

EATON J.W. – EATON D.J., *The American Title Insurance Industry. How a Cartel Fleeces the American Consumer*, New York – London, 2007.

FALZONE C. - ALIBRANDI A., *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, Roma, 1973.

FACCI G., *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006.

FACCI G., *Questioni controverse in tema di responsabilità del notaio per omessa verifica della libertà dell'immobile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, n. 5.

FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

FERRI e ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1995 p. 18 e ss..

FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti. Trascrizione – Prove*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, p. 66 e ss.

FORTIS M., *La garanzia del risparmio privato*, in *IlSole24Ore* del 27 gennaio 2012.

GABRIELI E. e GAZZONI F., *Trattato della trascrizione*, vol.1, Utet, 2012, p. 50 e ss. .

GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. Not.*, 1994.

GALBRAITH J.K., *L'arte di ignorare i poveri* (1985), trad. it., Trieste, 2011.

GALGANO F., *Degli effetti del contratto. Art. 1372-1386*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1993.

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Mengoni, Milano, 1995.

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare, I*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano 1998.

GENGHINI L., *La forma degli atti notarili*, Padova, 2009, p. 250 e ss.

GIORGIANNI M., *La forma degli atti*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, p. 988 e ss. .

GIOVANNINI E. - DE PANIZZA A., *Risparmio e ricchezza delle famiglie italiane. Tendenze, allocazione prospettive*, in *Il risparmio delle famiglie italiane: tendenze e nuove sfide*, Milano, 2011.

GIRINO G., *Testimoni e fidefacienti nell'atto notarile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973.

GIULIANI A., *Dell'autenticazione di scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1951.

GORLA G., *Il contratto*, Milano, 1955.

GORLA, *Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza*, in *Temi emiliana*, 1932, p. 216 e ss.

GRANDE E., *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2001.

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*”, in *Atti del XLI Congresso nazionale del notariato*, Roma, 2005, p. 207 ss.

HALE S., *Real Property E-Conveyances and E-Recordings: The Solution or Cause of Mortgage Fraud?*, in *5 OKLA. J.L. & Tech.*, 2009, p. 44 ss.

HAMMOND C.M. – LANDINI I., *The Global Subprime Crisis As Explained by the Contrast Between American Contracts Law and Civil Law Countries' Laws, Practices And Expectations in Real Estate Transactions: How American Lack Of Informed Consent Contributes To The Global Crisis In Subprime Mortgage Investments As Does The Absence Of The Civil Law Notary*, in *11 Hofstra J. Int'l L. & Bus.*, 2012, p. 133 ss.

HAZARD G. – DONDI A., *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005.

IRTI N., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, 1988.

JOHNSTONE Q., *Title Insurance*, in *26 Ins. Counsel J.*, 1959, p. 373 ss.

LA PORTA R., *Art. 49 della legge notarile e falso ideologico*, in *Giust. Pen.*, 1958.

LA PORTA U., *La responsabilità professionale del notaio. Profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale*, Torino, 2003.

LASAGNA G.C., *Il notaio e le sue funzioni*, Milano, 1975.

LAURINI G., *Le funzioni notarili dei consoli*, in *Riv. Not.*, 1995.

LEPRI M., *L'attestazione notarile dell'identità delle parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985.

LICINI C., *Ritorno al futuro: dalle autoregolamentazioni al primato del diritto*, in *Notariato*, n. 3, 2009, p. 318 ss.

LICINI C., *Notai. Anche nel terzo millennio? Ovvero, quale notaio nello scenario economico globale*, Assago, 2010.

LISERRE A., *Forma degli atti. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989.

LISERRE A., *Sul rapporto fra automazione e diritto: l'avvento del documento elettronico*, in *52 Rivista del Notariato*, n. 5, 1998, p. 806 ss.

LORDI L., *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.* diretto da M. D'Amelio E. Finzi, Firenze, 1943.

MAIORCA S., *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1981.

MALAVET P., *Counsel for the Situation: The Latin Notary, a Historical and Comparative Model*, in *19 Hastings Int'l. and Comparative L. Rev.*, 1996, p. 389 ss.

MALLOY R. – J. Smith, *Real Estate Transactions*, Aspen Law Publishers, 2002.

MALLOY R., *Using Title Insurance to Avoid Malpractice and Protect Clients in a Changing Marketplace*, in *The Digest*, 2003.

MARMOCCHI E., *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987

MATTEI U., *Miraggi transatlantici. Fonti modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata*, in *31 Quaderni fiorentini*, 2002, p. 401 ss.

MATTEI U., *A Theory of Imperial Law. A Study on US Hegemony and the Latin Resistance*, *10 Indiana J. Global Legal Studies*, 2003, p. 384 ss.

MATTEI U., *Regole sicure. Analisi economico-giuridica comparata per il notariato*, Milano, 2006.

MERRILL T.W. – SMITH H.E., *The Oxford Introduction to U.S. Law: Property*, New York, 2010.

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano, 1973, p. 440.

MICELI T.J. – SIRMANS C.F., *Torrens vs. Title Insurance: An Economic Analysis of Land Title Systems*, in *Ill. Real Estate Letter*, 1997, p. 1 ss.

MIGLIORINI B., *Storia della lingua italiana*, Firenze, Sansoni, 2007, p. 37.

MILIOTTI S., *Verbali di constatazione notarile e funzioni notarili*, in *Riv. Not.*, 1989.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1991.

MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, in *Trattato Utet*, Torino, 1991.

MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008.

MONATERI P.G., *L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia*, in *Contr. & Impr.*, 1988, p. 192 ss.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1998.

MONEGAT M. e CIRLA A., *Compravendita immobiliare*, Milano, 2011, p. 173.

MONTICELLI S., *Atto pubblico e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 1998.

MORAGLIO A., *DDL concorrenza il notaio dice no: consegniamo il mercato a lobby, banche e assicurazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 2015, <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2015-03-02/ddl-concorrenza-notaio-dice-noconsegniamo-mercato-lobby-banche-e-assicurazioni-135056.shtml?uuid=AB38gq2C&nml=2707>.

MORAGLIO A., *DDL concorrenza, il notaio dice no/Le esperienze all'estero nell'immobiliare dimostrano il flop*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 2015, <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2015-03-02/ddl-concorrenza-notaio-dice-nole-esperienze-estero-immobiliare-dimostrano-flop-135141.shtml?uuid=ABHChq2C&nml=2707>.

MORANDI E., *Trasferimenti immobiliari: procedimento, prassi e costi negli USA*, studio 04.10.08.32/UE, 2004.

MORANDI E., *Il notaio: alternativa civilistica alla title insurance?*, in “*Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*”, in *Atti del XLI Congresso nazionale del notariato*, Roma, 2005, p. 221 ss.

MORANDI E., *Il notaio nei trasferimenti immobiliari*, in *Notariato*, n. 5, 2006, p. 559-564.

MORANDI E., *La tutela dell’acquirente tra sistemi di Civil Law e sistemi di Common Law*, in AA. VV., *La tutela dell’acquirente negli acquisti a titolo oneroso*, Quaderni di Notariato, 14, Ipsoa, 2005, pp. 111-130.

MORELLO A. – FERRARI E. – SORGATO A., *L’atto notarile*, Milano, 1997.

MURRAY P.L. – STÜRNER R., *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*, Monaco, 2010.

MUSOLINO G., *La responsabilità dell’avvocato e del notaio*, Milano, 2005.

NAHUIS R. - NOAILLY J., *Competition and Quality in the Notary Profession*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, n. 94, September 2005.

NASTRI M., *Trasferimenti immobiliari nazionali ed internazionali, procedure telematiche e garanzia notarile*, in *Civil Law – Common Law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, Pesaro 18/21 settembre 2005.

NATOLI U., *Della tutela dei diritti. Trasrizione*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 1959.

NERI G., *Sull'art. 28 n. 1 della legge notarile*, in *Riv. Not.*, 1959.

NICITA A., *Il notaio e l'ordine istituzionale del mercato*, in *Notariato*, n. 5, 2011, p. 501 ss.

NICOLÒ R., *La trascrizione*, I, Milano, 1973.

NORTH D., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, trad. it., Bologna, 1994.

PACIFICO E., *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, p. 233 e ss.

PALAZZO A., *I singoli contratti. 2. Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2000.

PAOLUCCI E., *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, 2005, p. 23 e ss

PARENTE F., *Attività "strafunzionale" e responsabilità civile del notaio*, in *Riv. Not.*, 2004.

PAURA L., *I mutui subprime e la tempesta perfetta. Il cattivo debitore e l'accesso all'abitazione*, in *Rivista del diritto dell'impresa*, 2009, p. 119 ss.

PERCHINUNNO R., *Il notariato nell'economia liberale*, in *Rivista del Notariato*, 1994, p. 545 ss.

PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, 1997.

PETRELLI G., *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994

PETRELLI G., *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 5, p. 585 ss.

PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009.

PETRELLI G., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. civ.*, 3/2009, p. 689 ss.

PETRELLI G., *Visure ipotecarie, Responsabilità civile del notaio. Limiti del danno risarcibile*, Milano, 1994.

POET L., *La esclusività della funzione del ricevere atti negoziali nella tradizione e nella struttura del notariato*, Relazione al XIV Congresso nazionale del notariato, Roma, Stamperia Nazionale, 1965.

POSNER R.A., *La crisi della democrazia capitalista*, trad. it., Milano, 2010.

PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1957, p. 269 e ss.

REBECCA G. – SIMONI M., *Preliminari di compravendita immobiliari*, Milano, 1998.

REIMAN M., *The Notary in American Legal History: the Fall and Rise of the Civil Law Tradition?*, in M. Schmoeckel and W.Schubert (eds.), *Handbuch*

*zur Geschichte des Notariats der euroopäischen Traditionen*, Baden Baden, 2009, p. 559 ss.

RESCIGNO P., *Contratto. I) In generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

RODOTA' V.S., *Diligenza*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano 1964.

ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 129 e ss..

ROPPO E., *Il contratto*, Bologna, 1977.

ROPPO V. e BENEDETTI A.M., *La responsabilità professionale del notaio. Problemi e prospettive*, in Aa. Vv., *Funzioni e compiti del notaio nel sistema dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 501 e ss.

ROSSI E., *Trasferimenti immobiliari e imposizione fiscale*, Torino, 2007.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.* a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962.

RUSSO E., *Le acquisizioni di immobili e di società immobiliari*, Cedam, 2009, p. 54 e ss.

SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di F. Vassalli, Torino, 1975.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 1993.

SALERNO CARDILLO F., *Il documento notarile a garanzia degli investimenti: strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2011, 2, p. 190 e ss.

SALVEMINI M.T., *Risparmio e consumo nelle famiglie italiane*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, III, 2, 2006, p. 79 e ss.

SAMUELSON P.A.- NORDHAUS W.D., *Economia*, XV ed., Milano, 1996.

SANTANGELO S., *Il notaio tra pubblico e privato. Autonomia o sintesi?*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 2001, p. 83-93.

SANTANGELO S., *Il ruolo del notaio nella contrattazione immobiliare*, in Aa.vv., *La tutela dell'acquirente nella contrattazione immobiliare*, Nuovi quaderni di *Vita notarile* n. 7, Buttitta, Palermo, 1985.

SANTARCANGELO G., *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006, p. 287 e ss.

SCARPELLO G., *Su di un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio di funzioni notarili*, in *Foro Padano*, 1995, p. 83 e ss.

SCHLESINGER R.B., *The Past and Future of Comparative Law*, in 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, p. 477 ss.

SCILABRA A., *Responsabilità notarile e tutela del beneficiario*, in *Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.*, 1999.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da G. Grosso – F. Santoro-Passarelli, Milano, 1977.

SERPI G., *Atti vietati e nullità formali*, in *Riv. Not.*, 2000.

SHILLER R.J., *Finanzashock. Come uscire dalla crisi dei mutui subprime*, trad. it. Milano 2008.

SICCHIERO G., *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. dir. comm.* a cura di Bigiavi, 1993.

SZEGO G., *Crash 2008*, in *Rivista di Politica Economica*, n. 1-2, 2008, p. 3 ss.

TALEB N.N., *Robustezza e fragilità. Che fare? Il cigno nero tre anni dopo*, Milano, 2010.

TASSINARI F., *Contenuti, efficacia, responsabilità e confronto tra l'esame del notaio e l'esame svolto dalla pubblica autorità preposta alla tenuta del registro durante il processo di variazione o modificazione della proprietà immobiliare*, Shanghai 16 maggio 2005.

TOMASIN L., *La letteratura dice grazie ai notai*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 maggio 2015.

TONDO S., *Documentazione notarile a fini non negoziali*, in *Studi e materiali*, vol. I, Milano, 1986.

TONDO V.S., *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 283-284.

TONDO S. - CASU G. – RUOTOLO A., *Il documento*, in *Tratt. Dir. civ. del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2003.

TORDO CAPRIOLI A., *Attività negoziale e funzione notarile*, Milano, 1996.

TORRENTE A., *La donazione*, in *Tratt.dir.civ. e comm.*, dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1956, p. 439.

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009.

TRABUCCHI A., *La pubblicità immobiliare. Un sistema in evoluzione*, in *Riv. Dir. ipotecario*, 1982.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1996.

TRINCHILLO C., *Lezioni sul contratto in generale*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 2006.

TRIOLA R., *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art.28, n. 1 L.N.*, in *Riv. Not.*, 1972.

TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. Bessone*, IX, Torino, 2004.

TRIOLA R., *La responsabilità del notaio*, Milano, 1999, p. 211 e ss.

VAN DEN BERGH R. – MONTANGIE Y., *Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?*, in 2(2) *J. of Competition Law & Economics*, 2006, p. 184 ss.

VOLPI A., *Una crisi tante crisi. Crollo della finanza e dell'idea di mercato*, Pisa, 2009.

ZACCARIA – TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005.

ZACCARIA – TROIANO, *I mutamenti giuridici soggetti a trascrizione ai fini dell'art. 2644*, in LIPARI, RESCIGNO, *Diritto civile*, IV, 2, Milano, 2009.

ZAGAMI P., *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust e attività fiduciarie*, luglio 2012, pp. 365

ZAGREBELSKY G., *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Roma-Bari, 2007.

ZITO A., *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche del mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Il Diritto dell'economia*, I, 2008.