

INDICE

CAPITOLO PRIMO **Il notaio: la funzione sociale**

EVOLUZIONE STORICA E FUNZIONI DEL NOTAIO

- 1) Alcuni cenni sull'origine del notariato italiano e sulla sua evoluzione storica
 - a) evoluzione della disciplina normativa

- 2) Gli aspetti principali della figura del notaio
 - a) Caratteri generali
 - b) La funzione di certificazione
 - c) La funzione di adeguamento

CAPITOLO SECONDO

L'OBBLIGAZIONE PROFESSIONALE DEL NOTAIO

- 1) L'obbligazione professionale
- 2) La diligenza del professionista

CAPITOLO TERZO

LA RESPONSABILITA' CIVILE DEL NOTAIO

- 1) La natura della responsabilità civile del notaio.
 - a) Caratteri generali
 - b) La teoria della natura extracontrattuale della responsabilità notarile
 - i. Critica alla teoria extracontrattuale
 - c) La teoria contrattuale
 - ii. La responsabilità verso i terzi nella teoria contrattuale
 - d) La teoria mista

CAPITOLO QUARTO

I PARTICOLARI OBBLIGHI IN CAPO AL NOTAIO

- 1) L'obbligo di informazione e consulenza alle parti
- 2) ... di prestare il proprio ministero a richiesta
- 3) ... di esecuzione delle visure
- 4) Gli obblighi nascenti dalla richiesta di trascrizione
- 5) L'articolo 28 della legge notarile

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICA E FUNZIONI DEL NOTAIO

1. Alcuni cenni sull'origine del notariato italiano e sulla sua evoluzione storica

Quella del notaio è una professione che affonda le sue radici nella tradizione romanistica. Invero, già presso i romani, era consueto affidare la facoltà di *instrumenta conficere* a diverse persone, tra le cui fila venivano annoverati proprio *i notarii*.

Con l'appellativo *notarii*, in particolare, in epoca classica venivano indicati quei soggetti capaci di scrivere con abbreviature.

Nell'epoca di decadenza dell'impero, invece, con il termine *notarii* venivano indicati i segretari dell'imperatore e dei rettori delle province¹.

Categoria a parte era, invece, quella costituita dai *tabelliones*, il cui nome traeva origine proprio dalle tavolette di cera sulle quali le convenzioni venivano scritte. I *tabelliones*, erano quei soggetti che, per l'attività che svolgevano, più si avvicinavano alla figura moderna del notaio poiché, tali soggetti, avevano il compito fondamentale di redigere le scritture dei privati curandone, in particolare, la forma legale.

Nell'età giustiniana le novità introdotte furono moltissime, ma sarà con la fine dell'XI secolo - e con gli sforzi di Irnerio e della sua scuola dei glossatori in terra bolognese - che si otterranno degli sviluppi di tipo sostanziale sulla materia in esame.

¹ Vd. M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 4 ss.

Invero, in questo periodo, da un lato vi è la fusione dell'atto giuridico con la documentazione ad esso di volta in volta allegata per esigenze pratico-conoscitive, e dall'altro si avverte una particolare esigenza di tutela dei traffici commerciali che veniva affidata, appunto, proprio al notaio.

Il fatto che il notaio sia oggi considerato come un "magistrato del contratto" è una diretta conseguenza di quell'equazione sociale che si sviluppò proprio in epoca medioevale tra due categorie di soggetti, in particolare, tra gli *equites* ed i *judices* e poi tra quest'ultimi e i *notarii*².

Il notaio, all'interno della società analfabeta del tempo, portava con sé la garanzia di trascrivere quanto gli veniva chiesto nel modo più corretto e proprio per questo motivo venne definito "uomo di pubblica fede".

Nel sec. XIII, poi, la fiducia verso questa particolare figura professionale si concretizzò nel riconoscimento del valore assoluto di pubblica fede a quanto dal notaio era scritto e attestato. Dunque, la dottrina giuridica del tempo - ed i giudici anche - accettavano e riponevano la loro fiducia in quanto riportato dal notaio nella specifica forma dello "*instrumentum*" che poteva essere contestato davanti ad un giudice soltanto impugnandone la veridicità dell'atto. E' da tale momento - e dura dunque fino ai giorni nostri - che lo strumento notarile è atto pubblico: documento, cioè, redatto dal notaio la cui veridicità è presunta fino a prova contraria.

² SILIQUINI CINELLI LUCA, *la responsabilità civile del notaio*, ed. IPSOA, Torino, 2011

Questa attitudine trova la sua fonte nella pubblica fede che l'ordinamento riconosce al notaio, quale garante della serietà e correttezza degli atti giuridici.

L'essenza della figura del notaio italiano - da un lato consulente del cliente e redattore nel suo interesse dello "*instrumentum*", e dall'altro garante della pubblica fede nell'interesse della società - dal sec. XIV si espande in tutta Europa.

Nello Stato italiano la prima legge notarile si ebbe il 25 luglio 1875 seguita, poi, dalla legge 6 aprile del 1879 e coordinate entrambe dal T.U. 25 maggio 1879 n. 490.

Il testo unico, successivamente, venne sostituito dalla legge 16 febbraio del 1913 n. 89 (detta anche legge notarile) e dal regolamento 10 settembre 1914 n. 1326. Attualmente, il notariato latino è diffuso in tutto il mondo. Questo modello, invero, è stato preso come riferimento anche in altri paesi che sono caratterizzati da elementi culturali profondamente differenti del nostro: si pensi, ad esempio, a Russia e Cina.

1.a) evoluzione della disciplina normativa

La legge di riferimento è quella, già citata, del 16 febbraio 1913 n. 89 (anche denominata legge notarile) la quale ha istituito l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili.

Si tratta di una legge che ha continuato a spiegare i suoi effetti per oltre un secolo ed è articolata, al suo interno, secondo la tradizione romanistica, con precetti generali ma puntuali, integrati da un importante regolamento: il Regio Decreto del 10 settembre 1914 n.1326, contenente una disciplina coerente e minuziosa.

E' nato, così, un *corpus* normativo diretto a disciplinare l'attività del notaio che è stato preso come esempio anche all'estero: si pensi al cd. Notariato latino in Europa e nell'America centro meridionale.

Bisogna rilevare, tuttavia, che il ruolo del notaio - ferme restando le sue funzioni tradizionali - è profondamente mutato nella società contemporanea. Alcuni adeguamenti della disciplina tradizionale, infatti, sono stati introdotti con il D. Lgs 1 agosto 2006 n. 249 recante norme in materia di procedimento disciplinare a carico dei notai.

Effetti ancora più rilevanti ha prodotto, poi, il cosiddetto decreto Bersani (L. 4 agosto 2006 n. 248) che incide non solo sulla materia degli onorari, ma anche sulla distribuzione dell'attività professionale nel territorio.

Gli interventi più incisivi, però, hanno toccato la disciplina della riscossione dei tributi, poiché è stata introdotta la previsione espressa della destituzione del notaio che si sia reso responsabile di un reato avente ad oggetto l'omissione o anche il ritardato pagamento dei tributi dovuti per gli atti ricevuti e autenticati.

In verità, diversi interventi normativi hanno riguardato la materia notarile: si tratta di interventi del legislatore (tutti) diretti a realizzare un ampliamento della regolamentazione dell'attività notarile, in modo da adattarla alle esigenze che si sono poste nel corso del tempo³.

³ A mero titolo esemplificativo, segnalo i seguenti: il r.d.l. 7 ottobre 1937, n. 1666, dedicato alle *Modificazioni all'ordinamento del notariato e degli archivi notarili* (Gazzetta Ufficiale n. 234 del 7 ottobre 1937; la l. 22 novembre 1954, n. 1158, recante importanti *Modificazioni alla tariffa degli onorari e dei diritti spettanti ai notai, ai Consigli notarili e agli archivi notarili* (Gazzetta Ufficiale n. 289 del 17 dicembre 1954 il d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, di *Attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, in materia di trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza* (Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 196 del 23 agosto 1994); Lo Statuto della Cassa Nazionale del Notariato; Il d.lgs. 24 aprile 2006, n. 166, recante *Norme in materia di concorso notarile, pratica e tirocinio professionale, nonché in materia di coadiutori notarili in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246* (Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 292 del 17 dicembre 2001); 13 G. U. Serie gen. - n. 292 del 17 dicembre 2001; il d.lgs. 4 maggio 2006, n. 182, recante *Norme in materia di assicurazione per la responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività notarile ed istituzione di un Fondo di garanzia in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246* (Gazzetta Ufficiale n. 112 del 16 maggio

2. Le funzioni del notaio.

a) caratteri generali

I principi deontologici dei notai italiani, approvati dal Consiglio Nazionale del Notariato⁴, sono il risultato della fusione di regole inerenti sia l'aspetto libero-professionale della figura del notaio che quello concernente

2006); il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale* (Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 153 del 4 luglio 2006) convertito, con modificazioni, nella l. 4 agosto 2006, n. 248; il d.lgs. 1° agosto 2006 n. 249, recante *Norme in materia di procedimento disciplinare a carico dei notai in attuazione dell'art. 7, comma 1, lett. e), della legge 28 novembre 2005, n. 246* (quale Suppl. ord. n. 184 alla Gazzetta Ufficiale n. 186 dell'11 agosto 2006); la del. 5 aprile 2008, n. 2/56, recante *i Principi di deontologia professionale dei notai* (Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 177 del 30 luglio 2008); il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, recante *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* (quale Suppl. ord. alla Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 280 del 29 novembre 2008) convertito, con modificazioni, nella l. 28 gennaio 2009, n. 2; la l. 18 giugno 2009, n. 69, recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile* (essa pure come Suppl. ord. alla Gazzetta Ufficiale Serie gen. - n. 140 del 19 giugno 2009); il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica*, convertito, con modificazioni, nella l. 30 luglio 2010, n. 122.

⁴ Nella seduta del 24/2/1994 con delibera N. 1188, pubblicata su *GU*, 16/7/1994, N. 61, art. a.1.1.

l'esercizio della funzione pubblica⁵, con l'obbiettivo, dichiarato, di ricercare un non facile equilibrio tra i due aspetti.

Per la esatta individuazione del contenuto della prestazione notarile diventa opportuno, anzitutto, considerare la complessa connotazione del ruolo svolto dal notaio nell'attuale assetto socio-economico. Invero, quella del notaio è, nel panorama delle professioni intellettuali, una realtà non paragonabile ad altre di sorta: paradigmatica è la considerazione fatta da un noto giurista, secondo il quale nella figura del notaio vi sarebbe "*una armonica fusione di elementi pubblicistici e privatistici*"⁶.

Come anticipato, la normativa di riferimento è la legge 16 febbraio 1913, n. 89 pubblicata su gazzetta ufficiale n.55 del 7 marzo 1913 recante norme sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili.

La legge in questione, per quanto datata, rimane quella di riferimento ed è, ancora oggi, pienamente efficace.

Per questo motivo, come punto di partenza del presente elaborato, viene preso in considerazione l'articolo 1 della legge sopra citata il quale, per ragioni di completezza, si riporta integralmente di seguito. Al primo comma

⁵ CARNELUTTI, *la figura giuridica del notaio*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1950, 950, in Luca Siliquini Cinelli, *la responsabilità civile del notaio*, ed. IPSOA, Torino, 2011. Per l'autore la qualifica di pubblico ufficiale attribuita al notaio è sottolineata dal fatto che, il professionista, quando agisce nelle vesti di pubblico ufficiale, ha il dovere di comportarsi come un operatore del diritto che si pone in una posizione *super partes* rispetto alle parti contraenti

⁶ G. AMATO, *I limiti della libertà professionale in riv. not.* 1960.

recita: *“i notari sono dei pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti”*. Il secondo comma: *“ai notai è concessa anche la facoltà di: 1) sottoscrivere e presentare ricorsi relativi agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti le stipulazioni a ciascuno di essi affidate dalle parti; 2) ricevere con giuramento atti di notorietà in materia civile e commerciale; 3) ricevere le dichiarazioni di accettazione di eredità col beneficio dell'inventario di cui nell'art. 955 del Codice civile, nonché gli atti di autorizzazione dei minori al commercio, a mente dell'articolo 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; 4) procedere, in seguito a delegazione dell'autorità giudiziaria: a) all'apposizione e rimozione dei sigilli nei casi previsti dalle leggi civili e commerciali; b) 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; c) agli incanti e alle divisioni giudiziali ed a tutte le operazioni all'uopo necessarie; 5) rilasciare i certificati di vita ai pensionati ed agli altri assegnatari dello Stato, giusta l'art. 402 del regolamento sulla contabilità*

*dello Stato 4 maggio 1885, n. 3074. I notari esercitano, inoltre, le altre attribuzioni loro deferite dalle leggi*⁷.

I notai, dunque, sono dei pubblici ufficiali istituiti per assolvere al principale scopo di ricevere atti *inter vivos* o *mortis causa*; attribuire loro la pubblica fede; conservare il deposito e rilasciare copie, certificati o estratti⁸.

⁷ LUCA SILIQUINI CINELLI, *la responsabilità civile del notaio*, ed. IPSOA, Torino, 2011, p.10 e ss. Per l'autore, attraverso una lettura attenta dell'articolo 1 L. not., è possibile cogliere come le competenze funzionali del notaio siano divisibili in diverse sottocategorie: un primo gruppo, individuabile proprio ai sensi dell'art. 1 comma 1 della legge notarile, è quello al quale appartengono tutti gli atti cui l'ordinamento vuol garantire il massimo grado di legalità, l'identità delle parti che vi intervengono e la conformità dei medesimi alla loro volontà; un secondo gruppo che concerne tutte quelle attività cui il secondo comma del medesimo articolo concede al notaio la facoltà d'esercizio; un terzo gruppo, infine, delineabile *per relationem* dalla lettera conclusiva della norma *de qua*, dove rientrano tutti gli atti necessari, quali ad esempio, la necessaria costituzione per atto pubblico o scrittura privata autenticata delle associazioni di consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale (quale presupposto per l'iscrizione nell'apposito elenco istituito presso il ministero dello sviluppo economico); ma, si pensi inoltre, alla trascrizione dei contratti preliminari, anch'essa collegata alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ex art. 2657 c.c.

⁸ Il notaio si presenta come una figura dotata di una competenza tecnica elevata, e dunque di una visione d'insieme dell'ordinamento giuridico che non si limita esclusivamente all'atto rogando. Si tratta in particolare di un professionista che possiede una conoscenza approfondita delle diverse dinamiche che possono riguardare la realizzazione di un determinato obiettivo negoziale. Dinamiche relative non solo al campo del diritto civile, ma anche quello penale, amministrativo o tributario.

La funzione che si appresta a svolgere il notaio è una funzione pubblica di carattere generale. In sostanza, l'attività che pone in essere non si limita a garantire la realizzazione di un semplice documento dotato di pubblica fede che va a consacrare la volontà delle parti, ma investe il contenuto dell'intero negozio giuridico con il quale le parti desiderano raggiungere un nuovo assetto dei loro interessi; obbiettivo, questo, che grazie all'intervento del notaio viene raggiunto dalle parti in modo perfettamente conforme alla legge e per il tramite di uno strumento - l'atto notarile - che gode nel nostro ordinamento giuridico di una particolare forza probatoria con efficacia *erga omnes*⁹.

Il professionista, pertanto, deve rapportarsi anche con il contenuto e con gli scopi del negozio giuridico che si apprestano a concludere le parti; ciò perché, il notaio, non svolge la sua attività con le mere finalità di documentare ed indagare sulla volontà delle parti, ma anche con il fine di eseguire un controllo di legalità sostanziale dell'atto e dunque un controllo che si spinge fino all'accertamento dei presupposti per far sì che, lo stesso,

⁹ Invero, il terzo che può essere pregiudicato dal rapporto intercorso tra notaio e cliente trova una tutela positiva nel nostro ordinamento giuridico, il quale, attribuendo al notaio dei compiti di utilità generale e affidando al professionista la carica di pubblico ufficiale ricollega, in capo a quest'ultimo, una responsabilità di eguale portata, estesa cioè a tutti quei soggetti che, a causa dell'attività posta in essere dal professionista, abbiano subito un danno. Cfr. Sent Cass. 11/5/1957, n. 1659, BBTC, 1957 II, 339-340.

raggiunga e conservi - nell'interesse comune delle parti - il suo effetto tipico.

Alla luce di quanto appena osservato *manifestum est* come il notaio non possa essere identificato alla stregua di un mero documentatore o "registratore" delle dichiarazioni delle parti risultando egli, invece, investito anche di una funzione attiva che gli permette di assumere la peculiare posizione di tutore della legalità dei rapporti giuridici che si instaurano tra le parti.

Appare allora evidente, sin da subito, che nel sistema latino la figura del notaio presenta, al contempo, degli elementi che caratterizzano sia la figura del pubblico ufficiale che quella del libero professionista¹⁰.

Per molto tempo, in passato, un orientamento ha sostenuto la prevalenza della funzione certificativa e documentale svolta dal notaio (funzione diretta a garantire la tutela della pubblica fede) facendo, conseguentemente, passare in secondo piano la funzione di adeguamento¹¹. L'errore di questa impostazione, probabilmente, derivava dall'espressione contenuta nell'art 1 della legge notarile che fa propendere verso questa conclusione.

¹⁰ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol V, Milano, 1952. Per l'autore l'attività svolta dal professionista consiste nell'*esercizio in forma privata di un'attività pubblica*.

¹¹ Cfr. Ripa, *il notaio e il deposito*, in *Riv. Not.*, 1972, 152.

Tuttavia l'attività posta in essere dal notaio si basa anche sull'esatta rappresentazione della volontà dei clienti¹². Clienti che al notaio si affidano proprio per tradurre - in termini giuridici e con le dovute cautele che l'opera del notaio offre - le loro intenzioni negoziali.

Anche la Suprema Corte di Cassazione ha sottolineato che il notaio non può essere identificato alla stregua di un mero documentatore della altrui dichiarazione di volontà o di scienza svolgendo egli, invece, anche l'importante ruolo di interprete delle intenzioni espresse dalle parti, dotandole di una forma legale idonea.

Per una migliore comprensione della veste di pubblico ufficiale ricoperta dal notaio è opportuno prendere in considerazione l'art. 357 del c.p., il quale recita: "*agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali*

¹² In occasione della VII giornata Internazionale del Notariato Latino, l'on. Aldo Moro, allora Ministro di Grazia e Giustizia, citava le seguenti parole: "*dove il giudice assume una funzione risanatrice e riordinatrice per così dire, della patologia della vita giuridica, il notaio ne assume una efficacemente preventiva dei conflitti, mediante la quale esso contribuisce potentemente alla realizzazione dell'ordine sociale. Ma al di là della posizione formale, che il notaio assume, di mediatore tra pubblico e privato, il notaio è anche l'equilibrato e responsabile consulente delle parti nella formazione ed espressione della loro volontà giuridicamente rilevante. E' qui che la preparazione tecnica, la sensibilità umana, il senso sociale del notaio possono avere la loro esplicazione con effetti benefici di rilevante portata ed è qui che il notaio svolge in concreto un'attività veramente efficace per muovere ed orientare in senso costruttivo la vita sociale*". (in *vita not.*, 1955, 605.)

esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa; agli stessi effetti è pubblica, la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi, caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

Attraverso un'accurata analisi dell'articolo appena citato - e tenendo presente caratteristiche e modalità che caratterizzano l'esercizio della funzione notarile - diventa chiaro come il notaio debba essere considerato alla stregua di un professionista che esercita in modo permanente (con retribuzione e per obbligo) una funzione amministrativa: nello specifico, attribuire pubblica fede alle attività svolte in nome e per conto dello stato.

La qualifica di pubblico ufficiale, dunque, spetta al notaio non solo per l'esercizio del suo potere certificativo in senso stretto, ma in tutta quella complessa attività disciplinata dalle norme di diritto pubblico che è diretta alla formazione di atti pubblici.

Si tratta, pertanto, di un operatore del diritto in grado di condurre la sua attività nel rispetto di obblighi particolarmente severi, la cui inosservanza comporterà, per lo stesso, una responsabilità civile ma, in certi casi, anche penale e disciplinare.

Il notaio, però, è anche un libero professionista. Infatti egli svolge un'attività che ha anche un carattere "privato" dovendo, lo stesso,

organizzare a sue spese lo studio professionale che la legge gli impone di tenere aperto; svolgere la sua professione all'interno di un distretto in regime di libera concorrenza; agire per un fine di lucro che realizza sulla base di un contratto d'opera intellettuale concluso con il cliente ed inoltre - va evidenziato - risponde personalmente per gli atti pregiudizievoli posti in essere nell'esercizio delle sue funzioni, quale che sia il suo grado di colpa.

La sua opera, dunque, deve necessariamente essere inquadrata nell'area della professione intellettuale così come delineata nel codice civile dagli artt. 2229 ss. relativi al contratto d'opera intellettuale¹³.

Si tratta, in altre parole, di una figura professionale che ha il dovere di assicurare che l'atto pubblico redatto sia munito di quelle particolari caratteristiche, attitudini e certezze richieste dalla legge e di quel "consenso" da parte dell'ordinamento ad una espressione di volontà delle parti che appare in linea ed in sintonia con i fini di promozione e miglioramento della società civile.

Tra gli obiettivi del ministero notarile rientra anche quello diretto a garantire interessi trascendenti la mera sfera privata: si pensi al controllo dell'attività privata che viene eseguito attraverso l'accertamento della conformità del negozio all'art. 1322 del cod. civ. (*Autonomia contrattuale*) ed al limite di cui all'art. 1343 (*Causa illecita*) ma si pensi anche, e

¹³ PROTETTI' – DE MARTINIS – DI ZENZO - *La legge notarile*, ed. Giuffrè, Milano, 2016. Gli autori evidenziano l'attività di fine giurista che svolge il notaio quale interprete della legge e profondo conoscitore di dottrina e giurisprudenza.

soprattutto, alle massime costituzionali, ed in particolare, all'articolo 41 Cost. (*Iniziativa privata economica*), con la conseguente possibilità, per il notaio, di rifiutare il proprio ministero quando ritiene immeritevole di tutela il rapporto che gli è stato sottoposto.

Ne deriva una connotazione fortemente pubblicistica della funzione notarile; connotazione, questa, confermata anche dalla presenza di quei valori che contraddistinguono la sua funzione: si pensi all'indipendenza, imparzialità e terzietà. Si tratta di valori fondamentali per un'attività alla quale è demandato un importante compito di garanzia non inquadrabile nella tradizionale tripartizione dei poteri dello stato.

Nel ministero notarile va individuato un *munus publicum* privo però di un complesso organizzativo al quale ascrivere la funzione esercitata dal professionista, con la conseguenza che la potestà pubblica - nel caso del notaio - potrà essere riferita solo al suo titolare; i risultati dell'attività svolta, invece, si pongono a vantaggio della collettività intera (stato-comunità) posta la rilevanza pubblica degli interessi perseguiti.

Alla luce di quanto appena detto appare evidente, dunque, come quella del notaio è una figura che presenta, al contempo, gli elementi che caratterizzano il ruolo del pubblico ufficiale, e gli elementi che caratterizzano la figura del libero professionista.

Sembra doveroso, infine, fare un cenno a quel delicatissimo compito che svolge il notaio, relativo ai versamenti degli oneri tributari collegati ai

traffici giuridico-commerciali: la giurisprudenza, infatti, ha precisato che, per la funzione che al notaio deriva dalla legge, in determinati casi, lo stesso, riveste la peculiare qualifica di “responsabile di imposta”¹⁴.

¹⁴ La Suprema Corte di Cassazione, in particolare, ha precisato che la qualifica di pubblico ufficiale spetta al notaio non solo nell’esercizio del suo potere certificante in senso stretto ma in tutta la sua complessa attività, inclusa quella diretta ad assicurare l’adempimento dell’obbligazione tributaria dei contraenti per il tramite del versamento effettuato dal notaio. (Si pensi l’imposta di registro in relazione all’atto rogato).

Vd. Sent. Cass. 2009 n. 47178, in *CED* Cassazione.

2.b La funzione di certificazione

La funzione di certificazione del notaio può essere facilmente compresa attraverso un attento esame del, già citato, articolo 1 della legge 16 febbraio 1913 n. 89.

L'officium publicum esercitato dal professionista in nome e per conto dello Stato consiste, principalmente, nel ricevere atti *inter vivos* o *mortis causa*; attribuire loro la pubblica fede; conservare il deposito e rilasciare copie, certificati o estratti.

Nella sua accezione più ampia la funzione di certificazione svolta dal notaio comprende non solo le attestazioni delle identità e delle dichiarazioni rese dalle parti ma, anche, quelle indagini relative agli accertamenti in tema di capacità e legittimazione.

Sembra necessario, adesso, fare un cenno alla natura e agli effetti che produce un atto pubblico¹⁵.

In particolare, il legislatore si è preoccupato di disciplinare l'efficacia probatoria dell'atto pubblico negli artt. 2699 e ss., mediante i quali stabilisce

¹⁵ SILIQUINI CINELLI LUCA, *La responsabilità civile del notaio*. ed. IPSOA, Milano, 2011. L'autore evoca il pensiero di chi, un tempo, sosteneva che l'attestazione del notaio equivalesse a quella di due testimoni. Di ciò vi era ancora traccia nell'art. 777 c.c. del 1865, secondo il quale il testamento pubblico poteva essere ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni o da due notai in presenza di due testimoni.

che la pubblica fede, attribuita all'atto pubblico redatto dal notaio, conferisce, allo stesso, la forza di fare "piena prova" fino a querela di falso della provenienza del provvedimento, delle dichiarazioni delle parti, e di tutta quella serie di atti che il pubblico ufficiale attesta come avvenuti in sua presenza.

All'esercizio della funzione certificante del notaio tendono numerose formalità prescritte dalla legge e all'espletamento delle quali, il notaio, è costantemente incaricato: tanto nel momento in cui riceve l'atto da certificare quanto in quello dell'autenticazione di una sottoscrizione ad una scrittura privata.

Sempre alla funzione di certificazione mirano, altresì, le numerose norme relative alla conservazione degli atti rogati, ed in generale, tutta la normativa sulla vigilanza.

La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha avuto modo di evidenziare che il notaio, essendo un pubblico ufficiale oltre che un libero professionista, ha il dovere di svolgere la sua opera professionale *a favore* di tutti i soggetti interessati al rogito, e non soltanto a favore del cliente che a lui si è rivolto.

Il notaio, infatti, è tenuto ad accertare anche la volontà dell'altra parte contraente in modo da stabilire quale sia l'effettiva volontà di ambedue le parti; volontà che, il professionista, dovrà tradurre nell'atto pubblico in virtù

di quel potere di certificazione che gli deriva dalla pubblica funzione svolta¹⁶.

¹⁶ Quando il notaio procede con la redazione di un atto, lo stesso, essendo obbligato a comportarsi da pubblico ufficiale, si colloca, rispetto alle parti contraenti in una posizione *super partes*. Per tale ragione la sua attività è caratterizzata da una assoluta obbiettività rispetto alle parti e - va evidenziato - se tale obbiettività, in qualche modo, risultasse compromessa, la sua correttezza professionale gli impone di non proseguire verso la stipula dell'atto.

2.c La funzione di adeguamento

La funzione documentale non esaurisce il ministero notarile, anzi, il controllo di legalità posto in essere dal notaio può essere considerato come un aspetto della più ampia funzione di adeguamento che informa l'attività notarile.

Invero, ancor prima di ricoprire con la sua autorità il negozio concluso dai contraenti, il notaio è tenuto ad eseguire un'operazione di adeguamento della volontà delle parti ad uno dei possibili paradigmi astratti previsti dal nostro diritto positivo.

Funzione di adeguamento che, ovviamente, risulta più accentuata per il settore degli atti *inter vivos* rispetto a quello dei negozi *mortis causa*.

La funzione di adeguamento che svolge il notaio si sostanzia in una attività diretta ad indagare sull'effettiva volontà delle parti contraenti, in modo da consentire al professionista di eseguire la compilazione dell'atto pubblico conformemente alla volizione degli stessi ed, in ultima analisi, per dare a tale volontà un'appropriata veste giuridica adeguando così, al diritto, la fattispecie concreta che gli si presenta¹⁷.

¹⁷ Questa attività, ha una duplice sfumatura pratica: accanto al ruolo del notaio quale guardiano della legalità con funzione di salvaguardia degli interessi pubblici e collettivi diretto ad evitare che gli accordi tra privati si pongano in contrasto a norme imperative, si deve oggi, al contempo, evidenziare un fondamentale ruolo del notaio, quale garante della contrattazione equa e del libero consenso delle parti.

Per dirla con altre parole, la funzione di adeguamento che informa l'attività posta in essere dal notaio è diretta a plasmare l'oggetto della propria attività per conformarlo ad uno standard legale predeterminato senza snaturarne la sua natura¹⁸.

In particolare - volendo fare un esempio di come si esprime la funzione notarile di cui si discorre - la Suprema Corte di Cassazione ha sul punto evidenziato che, non essendo un mero un destinatario passivo delle dichiarazioni rese dalle parti contraenti, diventa contenuto essenziale per la prestazione professionale del notaio, il c.d. “*dovere di consiglio*”; dovere che ha ad oggetto tutte quelle questioni tecniche che solo un professionista

Cio', non è di poco conto, posto che il tutto si traduce in una garanzia di autodeterminazione consapevole e responsabile delle parti.

Questo risultato, si ottiene attraverso un bilanciamento tra interessi riguardanti la mera sfera privata e interessi appartenenti, invece, alla collettività intera; bilanciamento che è stato posto alla base della sfida che impegnerà il notaio nei prossimi decenni in una Europa che si adopera per il raggiungimento del traguardo di uno sviluppo sostenibile nell'ottica dell'economia sociale di mercato di stampo ordoliberal. Si veda sul punto: M. KROGH - G. ARICO' - G. LIOTTA - E. MORANDI, *Relazioni Italiane al XXVI Congresso Internazionale del Notariato, Marrakech, 3-6 ottobre 2010, Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2010.*

¹⁸ Le intenzioni negoziali dei soggetti che si rivolgono al professionista dovranno essere adattate alla *voluntas legis* in modo da garantire che essa venga poi effettivamente rispettata. D'altra parte, soltanto così l'atto sarà valido da un lato perché lecito e, d'altro lato, perché pienamente e legittimamente efficace.

dotato di approfondite competenze tecnico-scientifiche è in grado di possedere¹⁹.

Si tratta, cioè, di quelle problematiche che una persona non dotata di una competenza tecnico-giuridica elevata non è in grado di cogliere: si pensi, ad esempio, al possibile rischio che una vendita immobiliare possa risultare inefficace a causa della condizione giuridica dell'immobile trasferito²⁰.

L'esercizio della funzione di adeguamento - e dunque dell'*officium privatorum* - si presenta particolarmente complesso, visti i numerosi poteri-doveri imposti dalla legge a questa particolare figura professionale: si pensi al potere-dovere di indagare sulla volontà delle parti; di ricercare, tra quelli consentiti dalla legge, l'atto maggiormente idoneo per soddisfare il loro interesse; di valutare, costantemente, il rapporto tra la volontà delle parti e l'atto posto in essere, confrontandone e assicurandone la compatibilità del medesimo con la legge.

¹⁹ Alla luce di quanto appena detto - giova ribadirlo - risulta chiaro come il professionista non può essere considerato alla stregua di un mero ricettore passivo delle altrui volontà dovendo egli, invece, indagare sull'effettiva volontà delle parti contraenti al fine di ricercare, tra quelli che gli sono consentiti dalla legge, il mezzo più efficace per garantire alle parti il raggiungimento del risultato giuridico perseguito. Vd. Sent, Cass. 29 marzo 2007, n. 7707, in *Impresa*, 2007, 6, 944

²⁰ Va però precisato, sin da ora, che tale contenuto prestazionale non può essere dilatato fino al controllo delle circostanze di fatto; accertamento che rientra nella normale prudenza delle parti: si pensi alla solvibilità del compratore nella vendita con pagamento dilazionato del prezzo, o l'inesistenza di vizi della cosa.

CAPITOLO II

L'OBBLIGAZIONE PROFESSIONALE DEL NOTAIO

1. L'obbligazione professionale del notaio

L'obbligazione professionale del notaio nasce dal contratto d'opera intellettuale stipulato con il cliente disciplinato dal codice civile agli articoli 2229 e ss²¹.

Si tratta di un contratto consensuale ad effetti obbligatori, oneroso e sinallagmatico, nel quale all'obbligo del notaio di prestare la propria attività

²¹ Il contratto d'opera intellettuale, che non era contemplato nel codice civile del 1865, rappresenta una novità introdotta con il codice civile del 1942. Vd. SALOMONE, *le libere professioni intellettuali*, in, Tratt. Galgano, L., Padova, 2010, 145.

Un orientamento minoritario, risalente nel tempo e sviluppatosi in Francia, sosteneva invece che il contratto di mandato fosse la giusta soluzione per dare forma giuridica alla professione intellettuale, poiché, visto lo spirito liberale delle professioni intellettuali, il compenso del professionista sarebbe in realtà un onorario non tanto contrattato, quanto conferito a titolo di dono, a fronte di una prestazione che non risulta suscettibile di valutazione economica. R.T. TROPLONG, *De l'échange et de louage*, in *le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, Bruxelles, 1841; MARCADE', *spiegazione teorico pratica del codice Napoleone*, Palermo, 1858.

Orientamento, questo, non condivisibile. Invero, nel contratto di mandato, l'attività che il mandatario pone in essere ai sensi dell'art 1703 del cod. civ., si sostanzia nel concludere negozi giuridici per conto e nell'interesse del mandante, mentre, nell'ambito della prestazione notarile, il notaio non compie alcun atto per conto del suo cliente; atto che, invece, viene posto in essere direttamente dalle parti.

professionale si contrappone l'obbligo del cliente di corrispondere gli onorari previsti dalla tariffa²².

Attraverso la conclusione di un contratto d'opera professionale, il cliente mira al miglior risultato fruibile dall'esecuzione dell'opera intellettuale commissionata; opera che dovrà essere eseguita dal professionista utilizzando quella diligenza indicata espressamente nell'articolo 1176, comma 2, del codice civile.

Il prestatore d'opera professionale esercita un'attività dal contenuto marcatamente tecnico ed intellettuale²³ e svolge l'incarico con un alto grado di discrezionalità²⁴.

²² Attività che viene inquadrata dal codice all'interno del *genus* del lavoro autonomo, in particolare, tra le professioni intellettuali.

²³ La professione intellettuale si differenzia da quella manuale principalmente perché richiede l'impiego, in misura prevalente, di intelligenza e cultura.

Sembra ancora aperto il dibattito sulla questione concernente il carattere dell'intellettualità, ossia, se il carattere intellettuale vada riferito alla prestazione, ovvero, all'opera. Di conseguenza la dottrina si è chiesta se, effettivamente, è equivalente parlare di prestazione intellettuale d'opera e di prestazione d'opera intellettuale. Cfr. *Commentario del codice civile*, VALLEBONA ANTONIO – CAGNASSO ORESTE, UTET, 2014.

²⁴ Invero, per GIUSEPPE FERRI, LUISA RIVA SANSEVERINO in *Commentario del Codice Civile* a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA Ed. Zanichelli, Roma, 1972, uno degli elementi caratterizzante la prestazione d'opera intellettuale consiste proprio nella discrezionalità concessa al professionista quando deve eseguire delle scelte in merito al *modus procedendi*.

Il contratto d'opera intellettuale stipulato - va evidenziato - si fonda sull'*intuitus personae* e conseguentemente il professionista sarà tenuto ad eseguire personalmente la prestazione²⁵.

La disciplina dettata dal codice civile, per il contratto d'opera intellettuale, si intreccia con quella dettata dalle leggi speciali che regolano l'esercizio delle singole professioni²⁶ senza alterare la configurabilità di un contratto di prestazione d'opera intellettuale; trattandosi comunque di un accordo a prestazioni corrispettive avente ad oggetto un servizio o una prestazione che dovrà poi essere eseguita personalmente dal prestatore, ancorchè con l'ausilio di una propria organizzazione.

²⁵ Le caratteristiche della prestazione d'opera intellettuale – intesa in senso lato – sono la personalità della prestazione e l'infungibilità della medesima. Queste caratteristiche, invero, oltre a differenziare il rapporto all'interno del più ampio genere del lavoro autonomo, influenzano - nel concreto - la disciplina del negozio, configurando ad esempio come *essenziale* (ex art 1429, n 3 comma 1 cod. civ.) l'errore del notaio sul controllo dell'identità dei soggetti.

Risulta evidente, così, la sottile attività che viene posta in essere dal notaio che deve essere esercitata necessariamente da soggetti in possesso di particolari competenze giuridiche e dotati di una consolidata esperienza pratica che può essere maturata soltanto attraverso la dedizione costante e scrupolosa alle tematiche di interesse notarile.

²⁶ Relativamente alla particolare professione notarile, oltre alle norme generali del codice che disciplinano il rapporto di prestazione d'opera intellettuale, al contratto d'opera notarile, si applicano le norme speciali dell'ordinamento notarile, senza alterare la natura contrattuale del rapporto.

In altre parole, il rapporto che si instaura tra professionista e cliente ha ad oggetto l'attività e la diligenza che il professionista utilizza per far nascere un altro rapporto contrattuale: il primo rapporto, dunque, si pone come correlativo e strumentale rispetto al secondo che sorge in un momento successivo.

Il notaio, non esercita mai la sua funzione di propria iniziativa, essendo l'esercizio della sua attività – e dunque il suo intervento – subordinato ad una specifica richiesta dalle parti in tal senso. Questa circostanza non contrasta con l'art. 27 della legge notarile poichè, nonostante si tratti di esercizio di pubbliche funzioni, tra notaio e cliente viene comunque concluso un contratto che va ad assorbire tutti gli obblighi relativi all'esercizio della pubblica funzione già previsti dalla legge²⁷.

La professione del notaio è una professione protetta; sono ammessi all'esercizio del ministero notarile soltanto quei soggetti che, una volta superato il concorso stabilito secondo i parametri dati dal Ministero della

²⁷ La relazione che intercorre tra notaio e clienti è un rapporto di natura contrattuale. Conseguentemente, la determinazione della responsabilità del notaio per colpa sarà condotta attraverso il rispetto di quelle rigorose esigenze giuridiche che regolano l'istituto della responsabilità del professionista.

In questo senso anche App. Roma 4/2/1957, *FI*, 1958, I, 602, secondo cui, nell'ordinamento italiano, la natura pubblica di un servizio prestato dal soggetto non esclude che il medesimo servizio possa essere regolato dalle disposizioni che disciplinano la materia contrattuale, anche alla luce dell'art 27 L. not., che legittima in casi eccezionali - il rifiuto del notaio di prestare la propria opera.

Giustizia con apposito decreto (*ex art 33 Cost.*), si siano regolarmente iscritti all'albo notarile.

In merito alla possibilità del prestatore d'opera di avvalersi di altri soggetti per l'esercizio dell'attività che gli è stata commissionata dal cliente, appare opportuno rilevare la previsione data dall'articolo 2232 del cod. civ., il quale recita: *“il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione che sancisce l'esecuzione personale da parte del professionista della prestazione richiesta dal cliente”*.

Nonostante il tenore della disposizione - bisogna precisarlo - va comunque riconosciuta al professionista la possibilità di avvalersi di collaboratori e sostituti che agiscono, però, sempre sotto la direzione e responsabilità del notaio²⁸.

Dopo questa breve disamina sull'obbligazione professionale del notaio appare indispensabile un esame della questione relativa alla distinzione tra

²⁸ La collaborazione di sostituti ausiliari, invero, non comporta che questi diventino delle parti del rapporto giuridico intercorrente con la clientela, restando invece la loro attività (e dunque la loro posizione) assorbita dalla figura del notaio che, personalmente, ha ricevuto l'incarico dal cliente; professionista che, per tale ragione, deve essere considerato come l'unico vero responsabile per l'opera eseguita.

le obbligazioni di mezzi e risultato che, da molto tempo, è oggetto di discussione tra gli studiosi del diritto.

Lungi dal concretizzarsi in un criterio identificativo della minore o maggiore certezza della perseguibilità dell'interesse del creditore (e cioè anche in base alla possibile interferenza di alcuni fattori esterni, rispetto all'esecuzione personale dell'opera da parte del professionista) in passato - anche grazie all'interpretazione data dalla giurisprudenza - la distinzione ha finito per creare un sistema di graduazione della responsabilità del professionista, ed ha imposto una vera e propria ripartizione tra le obbligazioni di *facere*: quelle nelle quali l'oggetto consiste in un *opus* e quelle nelle quali, invece, l'adempimento si sostanzierebbe nell'esecuzione di un comportamento diligente, perito e prudente da parte del debitore.

Così - seguendo questa ripartizione - nel caso in cui l'oggetto dell'obbligazione fosse stato un *opus*, la giurisprudenza concludeva che il comportamento diligente del prestatore d'opera si sarebbe presentato solo come *strumentale* per la realizzazione dell'interesse del creditore; mentre, nell'altra ipotesi, il comportamento diligente del professionista avrebbe integrato l'intero contenuto della prestazione²⁹.

²⁹ In merito alla questione dell'onere probatorio - va precisato - se si tratta di un'obbligazione di risultato per far sorgere la responsabilità del professionista basterà dimostrare il mancato raggiungimento del risultato; mentre, nel caso delle obbligazioni di mezzi sarà necessario dare la prova del comportamento negligente tenuto dal notaio.

Questa distinzione, utilizzata dalla giurisprudenza, ha determinato - in concreto - un diverso criterio d'imputazione dell'onere della prova stravolgendo, così, il regime della responsabilità previsto dalla legge in tema di illecito contrattuale.

In una prima fase applicativa della distinzione, invero, la giurisprudenza ha posto alla base delle sue decisioni la regola secondo la quale se l'obbligazione fosse stata di mezzi, l'onere della prova sarebbe spettato al creditore il quale avrebbe dovuto dimostrare il danno subito, il nesso di causalità tra evento e lesione, e la colpevolezza del debitore (lasciando in tal modo operare il regime probatorio previsto nel caso di responsabilità aquilana, soltanto in casi eccezionali); se, invece, si fosse trattato di un'obbligazione di risultato, per dimostrare il danno sarebbe stato sufficiente asserire la mancata realizzazione dell'opera lasciando operare, in concreto, la presunzione di colpa *ex* articolo 1218 codice civile.

In merito al tema concernente le obbligazioni di risultato non si può dirimere dal richiamare quella particolare dottrina, di matrice francese, che ha sostenuto la tesi secondo cui le obbligazioni di risultato, in sostanza, sarebbero assoggettate alla regola della responsabilità oggettiva.

Nelle obbligazioni di risultato, in pratica, il debitore risulta essere *obbligato* a realizzare quel risultato che il creditore si attende di raggiungere, dovendo il prestatore d'opera garantire la piena soddisfazione del fine economico del creditore. Vd. ANGELONI FRANCO, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, ed. Giuffrè, 1999.

Questa dottrina, in pratica, evidenzia che quando il debitore contrae un'obbligazione di risultato, lo stesso, assicura il raggiungimento dell'obiettivo che il creditore si attende di raggiungere e, di conseguenza, il debitore è *oggettivamente* responsabile in caso di mancato raggiungimento del risultato previsto.

Questa tesi, tuttavia, non è stata condivisa dalla dottrina più autorevole la quale prendendo come esempio l'obbligazione del depositario - tipica obbligazione di risultato - rileva che l'obbligo di restituzione del bene in capo allo stesso (anche in tal caso) sarebbe pur sempre un impegno obbligatorio e non un'assicurazione³⁰. In questi casi, in sostanza, il debitore non potrà essere responsabile se l'inadempimento è una conseguenza di una causa a lui non imputabile: di una causa, quindi, non prevedibile e non superabile attraverso il normale sforzo diligente, valutato in relazione alla natura dell'attività esercitata (si pensi ad esempio al caso del depositario che sia stato vittima di una rapina).

La dottrina minoritaria, invece, contestava al citato pensiero che per non incorrere in responsabilità, non sarà sufficiente che il debitore dimostri di aver utilizzato la diligenza necessaria a tal fine, risultando, il prestatore, comunque inadempiente se, nonostante l'utilizzo della diligenza prevista per

³⁰ Vd. BIANCA C. MASSIMO. *Diritto civile*, Vol. V: *La responsabilità*, Milano, Giuffrè Ed., 2012.

il caso di specie, non riesca comunque a raggiungere il risultato predeterminato³¹.

Per confutare tale tesi, è stato rilevato dalla dottrina più autorevole che anche nelle obbligazioni di mezzi il debitore inadempiente avrebbe l'onere probatorio di dimostrare l'evento che ha impedito il raggiungimento di quel risultato e, inoltre, l'imprevedibilità-insuperabilità di questo evento alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata.

La tesi secondo cui le obbligazioni di risultato comporterebbero, per il debitore, una responsabilità oggettiva è confermata dal fatto che, lo stesso, non sarebbe liberato dalla responsabilità neanche nel caso di impossibilità che colpisce direttamente il mezzo destinato all'adempimento dell'obbligazione. (Si pensi al caso del venditore che si obbliga a far arrivare la merce a destinazione: nel caso di specie, il venditore, per ottenere l'esonero della responsabilità non potrà invocare, ad esempio, la distruzione della nave che aveva intenzione di utilizzare per il trasporto. Questa conclusione - va precisato - non è la conseguenza di una regola diversa della responsabilità, ma la conseguenza di un contenuto diverso della prestazione. L'impossibilità, infatti, rileva solo quando colpisce il mezzo specifico attraverso il quale il debitore deve adempiere all'obbligazione; invece, se il debitore non è tenuto ad adempiere l'obbligazione contratta attraverso quel mezzo specifico, la sua prestazione sarà considerata impossibile solamente

³¹ Vd. GALGANO, in contr. e impr. 1989, 39.

nei casi in cui l'impossibilità sopravvenuta non dia la possibilità al prestatore di adempiere con nessun altro mezzo utilizzabile secondo diligenza.

La distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato è stata declinata anche dalla nostra giurisprudenza più recente.

La Suprema Corte di Cassazione, a tal riguardo, ha evidenziato: *“la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non ha alcuna incidenza sul regime di responsabilità. Sotto il profilo dell'onere della prova il meccanismo di ripartizione ai sensi dell'articolo 2697 cod. civ. in materia di responsabilità contrattuale è identico: sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 cod. civ., sia ex art. 1218 cod. civ., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato³²”*

Alla luce di quanto appena detto, sembra utile menzionare quell'orientamento dottrinale che continua a riconoscere contemporaneamente, in capo alla figura del notaio, degli obblighi di mezzi e degli obblighi di risultato.

Questa dottrina, in sostanza, muove da quella bipartizione delle funzioni che informa il Ministero notarile (ossia la funzione documentale e la funzione di adeguamento) e configura, il capo al professionista, un'obbligazione di

³² Cass. sez. un. 28 luglio 2005, n. 15781, in *GI* 2006, 1380.

risultato per quelli che derivano dalla funzione documentale³³; ed un obbligo di mezzi, invece, per quelli che derivano dalla funzione di adeguamento.

In pratica, si tratta di un'obbligazione che presenta - contemporaneamente - gli elementi caratterizzanti l'obbligazione di risultato (poiché è diretta a garantire la regolarità formale dell'atto) e gli elementi caratterizzanti l'obbligazione di mezzi (poiché, per ciò che concerne il contenuto sostanziale dell'atto il professionista è tenuto all'esercizio di un'attività diligente³⁴).

Da questa impostazione deriva la necessaria conseguenza che, in determinate ipotesi, l'inadempimento del notaio risulta direttamente dalla semplice constatazione del mancato raggiungimento di quel risultato che, invece, aveva l'obbligo di realizzare; e ciò senza alcuna indagine in merito all'accertamento sulla colpa, né sull'applicabilità della norma data dall'art. 2236 del cod. civ. (norma che esclude la responsabilità del professionista, per colpa lieve, nell'ipotesi in cui il medesimo si trovi a dover affrontare dei problemi di particolare complessità).

³³ Si tratta di obblighi previsti direttamente dalla legge. Tra gli altri, si pensi ad esempio l'obbligo di verificare l'identità personale delle parti contraenti.

³⁴ Vedi G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958. Secondo l'autore, il notaio che redige il documento, garantisce solo per quanto è avvenuto in sua presenza non potendo, il medesimo, garantire anche per quelle circostanze che non può avere una conoscenza diretta (si pensi all'ipotesi di infermità mentale del testatore).

Il professionista, dunque, ha l'obbligo di adottare e mantenere un comportamento *strumentale* al conseguimento del risultato che il creditore si attende di raggiungere per mezzo della sua prestazione.

In particolare, in una non molto recente pronuncia, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato: *“l'obbligazione, che un libero professionista assume per effetto dell'accettazione dell'incarico conferitogli, avrebbe per contenuto lo svolgimento dell'attività professionale necessaria o utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico professionale, il cliente spera di conseguire³⁵”*.

Altra particolare attività compresa nel bagaglio degli obblighi posti in capo al professionista è quella di consulenza fiscale, nei limiti ovviamente delle conoscenze di un professionista preparato e accorto.

Per quel che concerne il trattamento fiscale dell'atto, invero, il notaio ha il peculiare obbligo di far sì che le parti usufruiscano del del regime fiscale a loro più favorevole.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti, quando il notaio non è già a conoscenza del regime fiscale più favorevole per le parti - relativamente all'operazione dalle stesse posta in essere - ha l'obbligo di sospendere l'attività e di effettuare, tempestivamente, tutte quelle ricerche necessarie per individuare trattamento fiscale più favorevole per le parti.

³⁵ Vd. Sent Cass. Civ., 29/09/1973, n. 3298, in Foro it., 1974, I, 678.

Se il notaio non assolve all'obbligo di cui si discorre sarà responsabile per i danni provocati al cliente causati dal mancato godimento di un beneficio fiscale che, invece, avevano diritto di ricevere³⁶.

³⁶ Sent. 13/1/2003, n.309. RN, 2003, 985.

3. La diligenza del professionista.

Relativamente alla fase dell'esecuzione della prestazione, il codice civile attualmente in vigore sancisce in via generale la regola della diligenza del buon padre di famiglia³⁷.

La scelta di applicare un criterio unitario e astratto di diligenza, indipendente dalla condizione soggettiva del debitore o dal tipo di rapporto contrattuale, ha comportato un'importante oggettivizzazione del concetto di attività diligente³⁸.

Al raffronto con gli *standards* medi dell'agire comune si affianca, in questi casi, un controllo tecnico (anche questo astratto) diretto ad accertare che il debitore, nell'esercizio della sua funzione, abbia utilizzato quella perizia che un normale professionista, con una attenzione ed una preparazione *media*, avrebbe utilizzato³⁹.

³⁷ Regola che, a differenza del codice previgente, presenta alcuni caratteri di novità. Si pensi, ad esempio, al fatto che la disposizione in questione sia collocata in apertura del capo riguardante l'adempimento delle obbligazioni; oppure, si pensi al secondo comma dell'articolo 1176 cod. civ., il quale indica, precisamente, che nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza adottata dal prestatore d'opera dovrà valutarsi avendo riguardo della natura dell'attività esercitata.

³⁸ Anche in relazione a quelle attività che richiedono il rispetto di regole tecniche vista la natura professionale della prestazione da eseguire.

³⁹ Sulla stessa linea, si attesta la dottrina inglese: vd. JACKSON A. POWELL, *professional negligence*, London, 17, 1987, che definisce lo standard della diligenza

In particolare, la diligenza del buon professionista indicata nel secondo comma dall'articolo 1176 del codice civile, si aggiunge alla diligenza del buon padre di famiglia indicata, invece, nel primo comma del medesimo articolo.

L'obbligo di utilizzare, nell'esercizio dell'attività notarile, "una diligenza media" impone al professionista - prima della redazione dell'atto notarile ed in aggiunta all'attività relativa all'accertamento sull'effettiva volontà delle parti - il dovere di porre in essere tutte quelle attività (anche preparatorie alla rogazione dell'atto) idonee a far conseguire la realizzazione di quel risultato che, le parti, intendono realizzare attraverso la conclusione di quel particolare negozio giuridico.

Obblighi che, tra l'altro, sono insiti nel contenuto delle funzioni notarili⁴⁰.

L'attività posta in essere dal notaio, dunque, non è un'attività che si limita ad un mero accertamento sulle effettive intenzioni delle parti contraenti, ovvero una mera attività di direzione della redazione dell'atto pubblico, dovendo, la stessa, estendersi a tutte quelle attività preparatorie e successive rispetto alla rogazione dell'atto medesimo.

professionale: "that degree of skill and care which is ordinarily exercised by reasonably competent members of the profession, who have the same rank and profess the same specialization as the defendant." In BIANCA C. MASSIMO. *Diritto civile*, Vol. V: *La responsabilità*, Milano, Giuffrè Ed., 2012.

⁴⁰ Vd. sent Cass. 28/1/2003, n. 1228, Gius, 2003, 1204; *RN*, 2003, 1234 e 1235 secondo cui

In tal modo viene assicurato alle parti il raggiungimento di quello scopo tipico voluto dalle stesse, le quali, dopo aver concluso quel particolare negozio giuridico, al notaio si sono affidate per formalizzare le loro intenzioni.

Nel caso in cui il notaio non rispetti gli obblighi in questione, sorgerà, in capo a quest'ultimo, una responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione di prestare la sua opera intellettuale, senza alcuna possibilità, per il professionista, di eccepire che la legge notarile nulla preveda al riguardo.

Così, è stato ritenuto responsabile, *ex contractu*, il notaio che non ha accertato l'autenticità di una procura speciale presentata da un soggetto in qualità di rappresentante della parte alienante, senza la possibilità, per lo stesso, di invocare l'art 2236 cod. civ. che limita la responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave o dolo. Ciò sul presupposto che la sua condotta non sia stata caratterizzata da imperizia, bensì da imprudenza e negligenza, commettendo così, una violazione dell'art. 1176 comma 2 cod. civ. e dunque, una violazione del dovere di normale diligenza professionale, rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve.

La diligenza, così, avrebbe una doppia portata⁴¹: viene considerata come parametro di raffronto per valutare se v'è stato il mancato adempimento del professionista; ed, inoltre, come criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione⁴².

Sembra particolarmente chiaro, allora, che quando il notaio pone in essere la sua prestazione professionale, è tenuto ad utilizzare quella diligenza espressamente sancita dal comma 2 dell'articolo 1176 cod. civ.;

Anche la Suprema Corte di Cassazione, intervenendo sul punto, ha affermato che la diligenza richiesta al notaio non può identificarsi con quella del buon padre di famiglia, indicata dal primo comma dell'art 1176 codice

⁴¹ Vd. Sent Cass 15/6/ 1999, n. 5946, RN, 2000, 138.

⁴² In questi particolari rapporti la causa che, in modo ordinario, esclude la responsabilità finisce per coincidere con l'adempimento. Adempimento e limite alla responsabilità avrebbero così, in comune, lo stesso contenuto e finirebbero per coincidere. Contenuto rappresentato dalla diligenza utilizzata dal professionista nel porre in essere la sua condotta indipendentemente dal fatto che sia stato raggiunto il risultato o meno.

In altre parole, il punto d'arrivo di questo ragionamento è che il professionista, quando avrà posto in essere tutti gli atti nel rispetto dei parametri dati dalla diligenza richiesta per la sua professione, avrà diritto al compenso per l'opera svolta a prescindere dal mancato raggiungimento del risultato previsto.

Secondo un'altra dottrina, invece, una volta creata la categoria delle obbligazioni di mezzi per differenziare il regime della responsabilità di queste ultime rispetto a quello dato dall'art 1218, sarebbe errato, poi, far coincidere il limite della responsabilità del debitore con l'adempimento dell'obbligazione da parte dello stesso. (Cfr. MENGONI, *la responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1073)

civile poiché, la stessa, presenta dei parametri troppo elastici e generici per la figura del notaio. Di conseguenza, la diligenza da utilizzare come parametro di riferimento, secondo i giudici della Suprema Corte, dovrà necessariamente essere quella specifica e qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ.⁴³.

Si tratta, in sostanza, della *diligenza del buon professionista* che si colloca in una posizione intermedia tra quel professionista che esercita l'attività con un grado massimo di diligenza e quel professionista che, invece, si dimostra sufficientemente diligente⁴⁴.

Restano esclusi, invece, i casi in cui la prestazione richiesta al notaio comporta la risoluzione di problemi di particolare difficoltà. In questi casi, invero, trova applicazione l'articolo 2236 del codice civile, il quale recita: “*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”.

La disposizione appena citata (che in pratica sancisce un'attenuazione della responsabilità del prestatore d'opera) ha ad oggetto non ogni sorta di criterio identificativo della colpa ma, solo ed esclusivamente, la perizia: si tratta di

⁴³ Vd Sent. Cass. Civ. 15/6/ 1999, n. 5946, *RN*, 2000, 138.

⁴⁴ Peraltro, proseguendo su questa linea, sembra ormai superata quella pronuncia della Corte Suprema di Cassazione secondo la quale, la diligenza richiesta al notaio sarebbe superiore rispetto alle altre figure di privati professionisti in ragione della funzione pubblica che svolge e della pubblica fede cui è investito. Vd. sent Cass. 11/3/1964, n. 525. *RN*, 1964, 704.

quella capacità tecnica che deve caratterizzare l'attività di un professionista⁴⁵. La disposizione in questione deve cioè essere considerata alla stregua di una norma speciale, che ha natura integrativa rispetto all'articolo 1176 cod. civ.

Tuttavia - si badi - questa norma non ha il fine di attenuare la responsabilità del professionista nei casi tecnicamente più difficili, ma quello di attenuare il giudizio sulla responsabilità professionale quando, ad esempio, il professionista si trovi a dover decidere in merito ad una questione ove vi siano delle incertezze scientifiche⁴⁶.

⁴⁵ MENGONI, *obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *riv. Dir. Comm.*, 1954, 206; SANTORO PASSERELLI, *voce professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. It.*, 1967, vol. XIV, 26.

⁴⁶ In tal modo si può anche comprendere il senso della scelta legislativa di limitare i casi di responsabilità professionale alle sole ipotesi di dolo e colpa grave, quando al prestatore d'opera viene richiesto di risolvere un caso particolarmente difficile.

CAPITOLO III

LA REPSONSABILITA' CIVILE DEL NOTAIO

1. La responsabilità civile del notaio.

a) Profili generali

L'istituto della responsabilità, nel diritto civile, rappresenta un tema classico⁴⁷.

⁴⁷ Per comprendere bene la struttura della responsabilità *ex contractu* bisogna comprendere i suoi sviluppi e sarà necessario, a tal fine, fare un passo indietro nella storia.

Già nel diritto romano, invero, il debitore era obbligato ad adempiere l'obbligazione che aveva contratto e se ciò non avveniva, lo stesso, sarebbe stato inevitabilmente condannato al risarcimento del danno sofferto dal creditore. La più frequente nelle azioni *ex stipulatu* e in quelle *ex testamento certi* era, infatti, “*quanti rea es est*”, corrispondente cioè al valore reale della cosa che doveva essere data.

Fu poi JEAN DOMAT a dire che il debitore, se non esegue l'esatto adempimento dell'obbligazione, sarà tenuto a soddisfare la controparte attraverso il pagamento dei danni sofferti e degli interessi; soddisfazione che, tra l'altro, doveva essere eseguita in base della natura della convenzione, della qualità dell'inadempimento, o di altre circostanze.

Leggendo POTHIER (il quale fa sempre riferimento, oltre che al rapporto causale tra l'inadempimento e danno, anche ai diversi tipi di obbligazione appellandosi alla moderatezza nel momento in cui si stimano i danni da accollarsi al debitore) invece, viene quasi naturale sposare il danno emergente con il termine “*dommages*” ed lucro cessante con il termine “*interèst*”. Dalla precipua risonanza sostanziale questi concetti sono stati poi traslati nel *code civil* napoleonico.

Vd. SILIQUINI CINELLI LUCA, *la responsabilità civile del notaio*, ed. IPSOA, Torino, 2011, pg. 42 e ss.

In particolare, l'istituto della responsabilità del professionista intellettuale si colloca in un punto dove si intersecano regole inerenti al diritto privato, regole inerenti al diritto pubblico e regole di autodisciplina professionale.

Prestando particolare attenzione al tema che maggiormente riguarda il presente elaborato, ossia, la professione notarile⁴⁸, come punto di partenza del nostro esame possiamo prendere in considerazione quel dualismo che, da sempre, caratterizza la figura del notaio: si tratta, in particolare, della veste di pubblico ufficiale e libero professionista.

Dualismo che ha creato degli ampi dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza; dibattiti che hanno avuto anche delle ripercussioni anche sul tema concernente la natura giuridica dell'istituto della responsabilità civile del notaio⁴⁹.

⁴⁸ Sulla responsabilità civile del notaio vedi le seguenti monografie: F. ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990; G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007; U. LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio: profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale*, Torino, 2003; G. PETRELLI, *Visure ipotecarie: Responsabilità civile del notaio, limiti del danno risarcibile*, Milano, 1994; L. SILIQUINI CINELLI, *La responsabilità civile del notaio: criterio di configurabilità e casistica nel mercato delle regole*, Milano, 2011; R. TRIOLA, *La responsabilità del notaio*, Milano 1999.

⁴⁹ Si pensi, ad esempio, all'opera di B. BIONDI, *portata della successione a titolo particolare*, in *F.P.*, I, 943, 1955, attraverso la quale l'autore sottolinea l'impossibilità di configurare l'attività posta in essere dal notaio all'interno del modello contrattuale tutte le volte in cui l'attività posta in essere dallo stesso abbia ad oggetto lo svolgimento di una pubblica funzione. Questa tesi, che aveva trovato

Cio' premesso, sembra adesso conveniente fare un preliminare cenno alle principali differenze intercorrenti tra l'istituto della responsabilità *ex contractu* e quello della responsabilità extracontrattuale⁵⁰.

In particolare, relativamente alla responsabilità contrattuale, va anzitutto sottolineato come, la stessa, sia diretta a sanzionare l'inadempimento di

molti sostenitori durante il periodo di vigenza del codice civile del 1865, trovò qualche consenso anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice civile.

In un momento successivo, invece, si fece strada l'idea della natura squisitamente contrattuale della responsabilità notarile, senza alcuna distinzione relativa alla funzione svolta nel caso di specie dal notaio Vd. A. DE CUPIS, *il danno – teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979; U. AZZOLINA, *La scelta dei testimoni e la responsabilità del notaio verso i terzi per la nullità dell'atto*, in *Riv. Dir. Priv.*, II 1944, 18..

Tuttavia, è stata la giurisprudenza ad evidenziare come, sia la prima che la seconda teoria, soffrissero di alcuni importanti limiti: per ciò che riguarda la prima si pensi, ad esempio, al fatto che prescinde totalmente dalla funzione attribuita al notaio di sanzionare con pubblica fede gli atti ricevuti; mentre la seconda, peccherebbe per eccesso poichè considera sempre presente la richiesta delle parti.

Vd. G. MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, 2005, 183 ss.

⁵⁰ Il termine "extracontrattuale" va ad indicare che si tratta di una responsabilità che nasce al di fuori di uno specifico e preesistente rapporto obbligatorio fra le parti. Nei casi di responsabilità extracontrattuale, invero, non si ha la violazione di una specifica obbligazione intercorrente tra soggetti predeterminati e preesistente all'illecito (quale potrebbe essere ad esempio quella che nasce da un contratto, dalle promesse unilaterali o da altri fatti previsti dalla legge) bensì, la violazione del precetto generale del *neamin ledere*. Questo tipo di responsabilità viene denominata anche responsabilità "per fatto illecito" o - per fare riferimento alla *lex aquilia de damno* del III sec. a.C. che introdusse l'istituto nello *ius civile* - "aquilana".

un'obbligazione che, tra le parti, già esiste. Mentre, la responsabilità extracontrattuale, sanziona un fatto illecito dannoso che vede proprio in questo fatto la sua fonte, *ex art. 2043 e 1173 del codice civile*.

Ulteriori differenze possono essere ricercate nella disciplina specifica dei due istituti: si pensi, ad esempio, alle differenze che intercorrono tra i due tipi di responsabilità in relazione all'istituto del risarcimento del danno. Invero, per quanto riguarda l'istituto appena menzionato, la responsabilità contrattuale comporta nel caso di specie l'obbligo per il professionista di risarcire solamente il danno che era prevedibile quando è sorta l'obbligazione (ad eccezione del caso in cui vi sia il dolo del danneggiante); mentre, nella responsabilità aquilana dovranno essere risarciti tanto i danni prevedibili quanto quelli non prevedibili.

Si consideri, inoltre, l'istituto della prescrizione, che si atteggia diversamente a seconda del tipo di responsabilità contestata. Il diritto al risarcimento del danno da inadempimento, invero, soggiace al termine di prescrizione ordinario decennale previsto dall'art. 2946 cod. civ. (salvo le eccezioni di cui agli artt. 2948-2952 cod. civ.); mentre il diritto al risarcimento da responsabilità extracontrattuale è soggetto al termine breve di cinque anni (art. 2947, comma 1, c.c. anche se, pure in questo caso, sono salvi gli eventi eccezionali di sorta ai sensi del secondo comma art. cit. ed ex art. 125 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 meglio conosciuto come codice del consumo).

Ancora, circa la solidarietà, essa si presume in parti uguali nella responsabilità contrattuale (art. 1298 cod. civ.), mentre è allocata in proporzione alla colpa, salvo in caso di dubbio, in ambito aquiliano (art. 2055 cod. civ.).

In tema di legge applicabile, nel caso di responsabilità extracontrattuale, quella efficace sarà quella vigente nel luogo in cui il fatto dannoso è avvenuto; mentre, nel caso di responsabilità contrattuale, si applicherà quella nazionale dei contraenti (se ad essi è comune) oppure, salva diversa volontà delle parti, quella del luogo in cui è stato concluso il contratto.

In merito all'onere probatorio, infine, nella responsabilità contrattuale il creditore danneggiato ha il “solo” onere di provare l'esistenza del suo credito; il danno scaturito dall'inadempimento del debitore; ed il nesso eziologico fra l'evento e il verificarsi del danno medesimo. Il debitore, dal canto suo, ha l'onere probatorio di cui all'art.1218 cod. civ.

Nella responsabilità extracontrattuale, invece (salvo le dovute precisazioni in caso di responsabilità oggettiva), il danneggiato ha il ben più gravoso onere di dimostrare, oltre a quanto appena menzionato, anche il fatto illecito allegato, nonché il dolo o la colpa del soggetto agente.

Ciò premesso, conviene adesso prestare particolare attenzione al dibattito sviluppatosi sia in dottrina che in giurisprudenza concernente l'effettiva *natura* della responsabilità del notaio.

b) La teoria della natura extracontrattuale della responsabilità

notarile

La dottrina che sosteneva la teoria della natura aquilana della responsabilità civile del notaio fu quella che, inizialmente, ebbe la meglio.

Prima che entrasse in vigore il codice civile del 1942, invero, sia in dottrina che in giurisprudenza si era consolidato l'orientamento che rilevava la doppia veste di pubblico ufficiale e privato professionista ricoperta dal notaio ma, rimarcava il rilievo pubblicistico dell'incarico affidatogli e concludeva per l'indeducibilità nell'obbligazione dell'esercizio di una pubblica funzione.

Questo orientamento, in sostanza, non accettava che tra notaio e cliente potesse instaurarsi un vero e proprio rapporto contrattuale e poneva alla base della ricostruzione il fondamento esclusivamente normativo degli obblighi che gravano sul notaio⁵¹. Cio' principalmente perchè le prestazioni richieste al professionista sarebbero, per lo stesso, di obbligatoria esecuzione e dunque - in caso di violazione di detti obblighi - la responsabilità del notaio ha sempre una natura extracontrattuale⁵².

⁵¹ Vd. DE GIOVANNI, *trent'anni di responsabilità civile del notaio nella giurisprudenza*, in, VN, 1973, 14.

⁵² La tesi in questione è stata seguita da alcuni autori anche dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942. Cfr. CARRESI, *Responsabilità del notaio per la nullità degli atti da lui rogati*, in RDC, 1956, 44; BIONDI, *Portata della successione a*

L'orientamento, in pratica, si concentra sul dovere di garanzia che il professionista ha nei confronti della collettività intera e accentua la funzione pubblica che è chiamato a svolgere; ponendo invece in secondo piano, fino quasi ad annullarli, gli interessi del singolo cliente.

E' stato detto, a sostegno di tale tesi, che la richiesta delle parti alla funzione non avrebbe, se non quella di integrare il semplice presupposto per l'esercizio da parte del notaio della funzione pubblica, giungendo così alla conclusione - quasi paradossale - secondo cui al cliente non andrebbe riconosciuta neanche la qualifica di "contraente"⁵³.

titolo particolare, in FP, 1955, I, 943; SCARPELLO, *Su un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni notarili*, in FP, 1955, I, 85; SIMONETTO, *Sulla responsabilità del notaio per nullità del testamento pubblico derivante da incapacità di un testimone*, in GI, 1950, I, 1, 309.

⁵³ Questa dottrina, in altre parole, parte dal presupposto secondo cui quando il professionista riceve atti *inter vivos* o *mortis causa*, tra notaio e clienti non si instaura alcun tipo di rapporto di natura contrattuale e, per tale ragione, l'obbligo del pubblico ufficiale di prestare il proprio ministero deriva non già da una richiesta delle parti, bensì, direttamente dalla legge.

La richiesta delle parti, invece, altro scopo non avrebbe, se non quello di fungere da mero presupposto utile a far sì che il notaio si attivi per esercitare la pubblica funzione che gli è stata affidata.

Cfr. DE GIOVANNI, *Trent'anni di responsabilità civile del notaio nella giurisprudenza*, in VN, 1973, 14; CARRESI, *Responsabilità del notaio per la nullità degli atti da lui rogati*, in RDC, 1956, 44; BIONDI, *Portata della successione a titolo particolare*, in FP, 1955, I, 943; SCARPELLO, *Su un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni notarili*, in FP,

L'obbligo di cui si discorre è, in ultima analisi, diretto a tutelare l'interesse della collettività intera: si pensi ai soggetti che non hanno preso parte diretta alla vicenda ma che, comunque, si trovano nella posizione di dover fare affidamento a quanto attestato dal notaio⁵⁴.

Secondo questo orientamento, dunque, l'inosservanza di detto obbligo produrrà in capo al notaio una identica responsabilità, sia nei confronti dei clienti che nei confronti dei soggetti terzi⁵⁵.

Inoltre, dato che la legge pone l'obbligo in questione a tutela dell'interesse di un numero di soggetti che non sono determinabili *ex ante*, l'individuazione dei soggetti pregiudicati dall'attività notarile sarà possibile soltanto dopo che l'evento abbia prodotto un danno nei confronti degli stessi⁵⁶.

1955,I, 85; SIMONETTO, *Sulla responsabilità del notaio per nullità del testamento pubblico derivante da incapacità di un testimone*, in *GI*, 1950, I, 1, 309.

⁵⁴ Si tratterebbe, dunque, di un obbligo *erga omnes* diretto a tutelare la sicurezza nei traffici giuridici, e la pubblica fede che è stata riposta dalla legge, negli atti notarili. La dottrina che sostiene la natura extracontrattuale della responsabilità notarile, tuttavia, ammette che, in determinate ipotesi, da alcuni incarichi particolari, possano derivare dei rapporti contrattuali: si pensi ad esempio al caso in cui al notaio venga affidata una somma in deposito; oppure al caso in cui il professionista riceve mandato dal suo cliente di riscuotere denaro o altri valori.

⁵⁵ Secondo questa impostazione, dunque, la responsabilità del professionista non muta a seconda che sia fatta valere dal cliente o da un terzo, poiché, dinanzi ad una violazione del notaio, sia i terzi che le parti si trovano in una identica posizione giuridica.

⁵⁶ In questo senso anche la Sent. Cass. 11/5/1957 n. 1659, *BBTC*, 1957, II, 339.

In una pronuncia, la Suprema Corte (rilevando l'articolo 76 della legge notarile che sancisce l'obbligo per il notaio di risarcire il danno tutte le volte in cui l'atto pubblico risulti nullo per una causa a lui imputabile) afferma che la responsabilità del notaio discende dal generale principio del *neamin ledere*. Secondo la Suprema Corte, in pratica, nella figura del notaio sarebbe prevalente la veste di pubblico ufficiale. Circostanza che comporta, per il notaio, il dovere di utilizzare una diligenza maggiore, diretta a salvaguardare non solo il singolo interesse delle parti ma, anche e soprattutto, la pubblica fede; tutelando così qualunque soggetto che, in modo diretto o indiretto, sia interessato all'atto e abbia ragione di fare affidamento sulla sua legalità formale.

Questo orientamento giurisprudenziale - va rilevato - pone a fondamento della responsabilità notarile il combinato disposto dall'articolo 76 della legge notarile con l'articolo 2043 del codice civile⁵⁷; in particolare: il primo predispone a carico del notaio l'obbligo di risarcire - a norma di legge - i

⁵⁷ Articolo 76 legge notarile: *“Quando l'atto sia nullo per causa imputabile al notaio, o la spedizione della copia dell'estratto o del certificato non faccia fede per essere irregolare, non sarà dovuto alcun onorario, diritto o rimborso di spese. Negli accennati casi, oltre il risarcimento dei danni a norma di legge, il notaio deve rimborsare le parti delle somme che gli fossero state pagate”*.

Articolo 2043 cod. civ.: *“Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”*.

danni cagionati a terzi a causa della nullità dell'atto che è stato rogato; il secondo, invece, predispone la responsabilità extracontrattuale del notaio.

i. Critica alla teoria della natura extracontrattuale

La teoria appena esposta non sembra avere un reale ed effettivo fondamento giuridico e ciò è dovuto, principalmente, al presupposto dal quale muove.

Sembra totalmente errata, invero, la considerazione secondo la quale nella figura del notaio la veste di pubblico ufficiale sarebbe prevalente rispetto a quella professionale.

Questa interpretazione probabilmente deriva dal fatto che, data la pubblica funzione che egli svolge, il notaio sarebbe in verità *obbligato* ad esercitare le sue funzioni.

Ma a tal riguardo, bisogna rilevare (come viene espressamente indicato nell'articolo 27 della L. 16 febbraio 1913 n. 89) che è sicuramente vero che in capo al notaio vi sia un obbligo *ex lege* di prestare il proprio ministero tutte le volte in cui, lo stesso, sia stato richiesto (ad eccezione di quelle ipotesi previste dallo stesso articolo 27 della legge notarile) questa coazione legale, tuttavia, non esclude l'esistenza di un rapporto contrattuale intercorrente tra notaio e cliente; nello specifico, l'esistenza di un contratto d'opera intellettuale.

Il notaio, invero, esegue la sua opera nel rispetto del canone della diligenza (*ex* dall'articolo 1176, comma 2, del codice civile) ed instaura delle relazioni contrattuali con i clienti che lo obbligano a tenere un comportamento diretto a garantire la tutela dell'interesse pubblico in

generale ma anche (ed in egual misura) un comportamento diretto a tutelare l'interesse particolare dei soggetti che proprio al notaio si sono affidati.

Principalmente per queste ragioni, dunque, la dottrina che ricerca nel principio generale del *neamin ledere* la fonte della responsabilità notarile non può essere condivisa poiché, la stessa, ignora l'esistenza di un rapporto di natura contrattuale intercorrente tra professionista e clienti⁵⁸.

⁵⁸ Cfr. anche: DECUPIS, *Il danno-Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 88; ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, 79; ID., *La responsabilità civile del notaio*, in *RN*, 1957, I, 6; BONASI, BENUCCI, *Sulla responsabilità civile del notaio*, in *RCP*, 1956, 481; AZZOLINA, *La scelta dei testimoni e la responsabilità del notaio verso i terzi per la nullità dell'atto*, in *RDP*, 1944, II, 18.A.

c) La teoria contrattuale

La Suprema Corte di Cassazione, agli inizi della seconda metà del secolo scorso, ha dato vita ad un nuovo orientamento giurisprudenziale che, in breve tempo, si è rivelato quello dominante.

L'orientamento di cui si discorre sosteneva nei confronti del cliente la natura esclusivamente contrattuale della responsabilità notarile e configurava (solo in casi particolari ed in via eccezionale) nei confronti degli altri soggetti beneficiari dell'atto una responsabilità contrattuale per inadempimento di un'obbligazione prevista *ex lege* in capo al notaio⁵⁹.

⁵⁹ TESTA, *La responsabilità contrattuale del notaio*, in IP, 2011, 2, 101; ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, 79; DECUPIS, *Il danno-Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 88; ID., *La responsabilità civile del notaio*, in RN, 1957, I, 6; BONASI, BENUCCI, *Sulla responsabilità civile del notaio*, in RCP, 1956, 481; AZZOLINA, *La scelta dei testimoni e la responsabilità del notaio verso i terzi per la nullità dell'atto*, in RDP, 1944, II, 18.

La dottrina in questione, in pratica, evidenziava come la fonte dell'obbligo prestazionale (obbligo che sorge per il notaio nei confronti dei suoi clienti e solo su di questi) fosse tutta nel contratto con essi stipulato⁶⁰.

Il notaio, dunque, non esercita mai il suo ministero di propria iniziativa essendo invece, lo stesso, subordinato ad una richiesta esplicita delle parti in tal senso.

Richiesta che, nello specifico, comporta l'instaurazione di un vero e proprio rapporto contrattuale sia quando le parti decidono di affidare al notaio un incarico di carattere privato, sia quando si tratta dell'esercizio di pubbliche funzioni.

Così - rileva questo orientamento - sarebbe fuorviante considerare prevalente nella figura del notaio la veste di pubblico ufficiale, mentre andrebbe rimarcata la veste di privato professionista.

Infatti, quando stipula un contratto d'opera intellettuale con il cliente, il professionista, contrae un'obbligazione di mezzi che lo obbliga a tenere un comportamento rispondente al canone della diligenza professionale *ex art.* 1176, comma 2, cod. civ., requisito, questo, posto principalmente a tutela dell'interesse delle parti che al professionista, appunto, si sono rivolte⁶¹.

⁶⁰ Contratto che pone i clienti nella condizione di godere dell'aspettativa di ricevere una totale e completa *peace of mind*. Cfr. P. GIUSEPPE MONATERI, *La responsabilità civile*, UTET, 2006.

⁶¹ In queste ipotesi è vero che il notaio si trova in uno stato di coazione legale poiché, effettivamente, non può rifiutare di entrare in relazione con i richiedenti la

La giurisprudenza - che ha avallato questo orientamento dottrinale attraverso diverse pronunce⁶² - ha evidenziato come anche il mancato o inesatto adempimento delle attività preparatorie o accessorie al rogito notarile siano fonte di responsabilità contrattuale per il professionista; nel caso di un tale inadempimento, infatti, la responsabilità del professionista (nei confronti del cliente) non può che avere una natura contrattuale.

In sostanza – è stato sottolineato - gli obblighi che derivano dall'incarico conferito al professionista rientrano nell'oggetto dell'obbligazione professionale contratta; obbligazione che comprende tutte quelle attività che, il notaio, ha l'obbligo di eseguire per garantire la certezza e la serietà dell'atto rogando, nonché, l'attitudine dello stesso, al raggiungimento del risultato che le parti intendono realizzare attraverso la conclusione di quel particolare negozio e quando il professionista si rende responsabile della violazione di questi obblighi sarà configurata, in capo allo stesso, una responsabilità per inadempimento del contratto d'opera professionale, trattandosi di una violazione del dovere di diligenza *ex art. 1176 comma 2*

sua prestazione (ad eccezione dei casi previsti dall'articolo 27 della legge notarile). Questa circostanza, tuttavia, non esclude che tra notaio e cliente possa instaurarsi, e che dunque intercorra, un vero e proprio contratto d'opera intellettuale.

⁶² Vd. Sent Cass. Civ. 29/10/1971, n. 3066, *FI*, 1972, I, 651; sent. Cass. Sez. Civ. 29/08/1987, n. 7127, *VN*, 1988, 365; *RN*, 1989, 418; sent. Cass. Civ. 12/05/1990, n.4111, *NGCC*, 1991, I, 774; sent. Cass Civ. 15/06/1999, n. 5946, *RN*, 2000, 136; sent Cass. Civ. 19/01/2000, n. 566, *VN*, 2000, 503; *RN* 2003, 1234.

cod. civ., esigibile nel caso di specie, e rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve.

Non risulta applicabile, invece, l'articolo 2236 del codice civile che circoscrive la responsabilità del notaio alle sole ipotesi di dolo o colpa grave⁶³.

L'orientamento che sostiene esclusivamente la natura contrattuale della responsabilità notarile si è preoccupato, altresì, di precisare i limiti soggettivi di questa responsabilità ed ha indicato, in particolare, il limite entro il quale può configurarsi la responsabilità del notaio nei confronti dei soggetti terzi che sono, in quanto tali, estranei al rapporto contrattuale intercorrente tra notaio e clienti.

⁶³ Una dottrina ha sostenuto che in questi casi, tra notaio e clienti, si conclude un vero e proprio contratto atipico poichè, nella medesima fattispecie, convivono sia elementi di diritto privato, che elementi di diritto pubblico.

Elementi che, dopo essersi fusi tra loro, provocano (nel caso di mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione contrattuale) la nascita di una responsabilità atipica del notaio. Responsabilità, questa, che lega il professionista da un lato al privato cittadino, e dall'altro, allo Stato-società e conseguentemente mutua la sua disciplina in parte dal contratto ed in parte dalla legge.

Si tratta, dunque, di una responsabilità speciale, atipica o semipubblicistica, sicuramente diversa rispetto alla responsabilità che deriva dall'inadempimento contrattuale del privato professionista.

Per questo orientamento, agli obblighi di perizia, prudenza e diligenza, si aggiungono quegli oneri, obblighi e formalità che derivano direttamente dal diritto pubblico la cui inosservanza produce sanzioni autonome. Sanzioni rispetto alle quali non sarà possibile eccepire la mancanza di dolo o colpa grave (art. 2236 cod. civ.)

Cfr. G. GIRINO, *La figura giuridica del notaio*, in *RN*, 1985, 573-608.

A tal riguardo - va precisato - il notaio non può essere considerato responsabile nei confronti di tutti quei soggetti che, anche indirettamente, possono essere interessati alla validità dell'atto rogato: si pensi ad esempio al caso di un soggetto interessato alla validità di un atto rogato dal notaio perché costituisce il presupposto per la validità di un altro atto. Se si ammettesse questo, invero, la responsabilità del professionista si estenderebbe all'infinito, e vi sarebbe un evidente contrasto con l'istituto giuridico del risarcimento del danno che è invece pervaso da una profonda esigenza di misura⁶⁴.

Il professionista, allora, sarà responsabile oltre che nei confronti dei suoi clienti, anche nei confronti dei soggetti che abbiano *un immediato e diretto interesse* che l'atto rogato dal notaio sia valido⁶⁵.

Per questi soggetti, l'orientamento in questione, giunge alla conclusione secondo la quale, anche in assenza di un vero e proprio contratto, la responsabilità del professionista, nei confronti dei terzi, avrebbe comunque una natura contrattuale, tutelando così, la posizione giuridica di quei

⁶⁴ A. DE CUPIS, *op. cit.*

⁶⁵ Nei confronti di quest'ultimi, dunque, il notaio ha l'obbligo di svolgere tutte le attività necessarie per soddisfare il criterio della diligenza professionale *ex art* 1176, comma 2, cod. civ.

Attività che, in sostanza, devono essere idonee ad evitare che vi siano delle nullità pregiudizievoli per quei soggetti il cui utile, ed il cui danno, dipendono direttamente dalla validità o dalla nullità dell'atto rogato dal notaio.

soggetti che, seppur terzi, abbiano comunque un *immediato e diretto* interesse alla validità dell'atto.

Soggetti la cui posizione giuridica - per usare un'immagine - rientra all'interno di una sfera contenente gli effetti giuridici che produce l'atto rogato dal notaio, e che, proprio per questa circostanza, alla fine terzi non sono.

d) La teoria mista

Giurisprudenza e dottrina - dopo aver preso atto delle carenze degli orientamenti appena esposti - sono approdate all'elaborazione di una nuova teoria secondo la quale nei confronti del cliente la responsabilità del notaio, per inadempimento, ha natura esclusivamente contrattuale; nei confronti dei soggetti diversi dai clienti, invece, ha una natura esclusivamente extracontrattuale.

E' utile, a tal riguardo, richiamare una lungimirante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione la quale già nel 1957 aveva precisato: *“la responsabilità del notaio per negligenza o colpa grave nell'adempimento delle sue funzioni è sempre contrattuale nei confronti delle parti-clienti e del beneficiario dell'atto; è invece extracontrattuale nei confronti dei terzi, non destinatari diretti dell'atto, che dalla mancata rispondenza intrinseca o finalistica dell'atto, con la sua formalità estrinseca o apparente, abbiano risentito un concreto danno, sempre che, com'è ovvio, tale danno si colleghi, in funzione della serie ascendente di causalità, al comportamento colposo, o a fortiori doloso, del notaio⁶⁶.*

La teoria mista, cerca di porre un freno a quei risultati, iniqui, che derivavano dalla scelta netta tra l'alternativa di accogliere la teoria della responsabilità contrattuale e, viceversa, l'alternativa di accogliere la teoria

⁶⁶ Vd. Sent. Cass. Civ. 16/2/1957, n. 533 FI, 1957, I, 766.

che ricerca la fonte della responsabilità notarile esclusivamente nel fatto illecito; creandone così un *unicum* in grado di fondere gli elementi dei due orientamenti e capace di superare, in tal modo, la contrapposizione.

In particolare - rileva la dottrina - la condotta del professionista non produce effetti solo nei rapporti che intercorrono tra quest'ultimo ed il cliente, ma investe anche la pubblica fede.

Per questa ragione il notaio, nello svolgimento delle sue funzioni, non può ritenersi limitato alla mera raccolta della manifestazione di volontà delle parti e ciò perché, lo stesso, attraverso la sua attività deve consentire il raggiungimento dello scopo che le parti sperano di raggiungere, con una perfetta aderenza alla causa del rapporto e provvedendo all'accertamento della sussistenza di tutti i presupposti necessari per la validità di quanto deve essere strumentalizzato attraverso l'atto pubblico.

Questa circostanza, com'è evidente, appare estranea alla natura contrattuale poiché concerne non tanto il peculiare rapporto intercorrente tra notaio e clienti, quanto la tutela della fede pubblica: in particolare, quando le intenzioni delle parti sono quelle di dar vita ad un rapporto soggettivamente oppure oggettivamente illegittimo o illecito, il notaio non ha solo il diritto di rifiutare il proprio ministero ma anche (e soprattutto) il dovere di rifiutarlo.

La responsabilità della quale il professionista è titolare passivo, dunque, non ha quali titolari attivi solo le parti-clienti, ma anche la pubblica fede e conseguentemente i terzi.

Ciò è dovuto principalmente al fatto che il notaio svolge - da professionista - un'attività che è propria dello stato, trattandosi di atti che sono esplicitazione della sovranità di quest'ultimo.

I giudici della Suprema Corte, nel definire la natura ed i limiti dell'istituto della responsabilità notarile, hanno evidenziato che non si può ignorare la funzione che svolge la pubblicità dell'atto notarile; pubblicità che spiega i suoi effetti non solo nei confronti delle parti-clienti ma anche nei confronti dei terzi, in virtù della pubblica fede riconosciuta dalla legge agli atti rogati dal notaio.

Secondo questo nuovo orientamento, dunque, l'unica teoria adatta e rispondente alle peculiarità del ministero notarile è quella della responsabilità mista: contrattuale nei confronti dei clienti, extracontrattuale nei confronti degli altri soggetti⁶⁷.

A tal riguardo, la Suprema Corte di Cassazione - con una sentenza adottata il 10 ottobre 1972 - ha osservato: *“la responsabilità del notaio è sempre di tipo contrattuale nei confronti delle parti e, invece, è extracontrattuale nei confronti dei terzi che non sono destinatari dell'atto, i quali, dalla mancata rispondenza intrinseca o finalistica dell'atto con la formalità estrinseca o*

⁶⁷ Cfr. Sent. Cass. civ., Sez. III, 20.7.2010, n.16905; sent Cass. civ., 13.6.2002, n. 8470; sent. Cass. civ.,ord. 26.1.2000, n. 2. In queste decisioni viene evidenziata la peculiare natura giuridica del notaio che non può essere considerato alla stregua di un mero libero professionista ma, necessariamente, bisognerà altresì considerare la sua veste di pubblico ufficiale. Qualifica questa che, tra l'altro, spiega anche la penetrante vigilanza cui egli è sottoposto.

*apparente abbiano risentito un concreto danno, sempre che, come è ovvio, tale danno si ricollegi, in funzione di un nesso causale al comportamento colposo o a fortiori doloso, del notaio*⁶⁸”. L’orientamento giurisprudenziale, poc’anzi citato, è stato successivamente condiviso in modo unanime anche dalla dottrina⁶⁹.

V’è comunque da rilevare che la ricostruzione in esame non è stata esente da critiche.

Si pensi, anzitutto, a quella parte di dottrina che ha evidenziato come, accogliendo tale teoria, si avrebbe una responsabilità che muta la sua natura a seconda del soggetto che la fa valere.

⁶⁸ In sostanza, la responsabilità del professionista per colpa grave o per negligenza è sempre contrattuale nei confronti dei clienti e degli altri beneficiari dell’atto. Nei confronti dei soggetti terzi, invece, i quali abbiano comunque subito un danno concreto riconducibile direttamente ad un comportamento colposo o doloso del professionista, la responsabilità dello stesso non può che essere di tipo extracontrattuale. Vd Sent. Cass. Civ., 10/10/1972, n.3255, in Vita not., 1973, 196; Vd. anche Sent. Cass. civ., 15.6.1999, n.5946; sent. Cass. Civ. civ., 29.8.1995, n. 9060.

⁶⁹ Tra gli altri, MOTTA, *Funzione notarile e responsabilità civile*, in NGCC, 1998, II, 418; IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell’atto*, Milano, 1996, 247; LEPRI, *Responsabilità civile del notaio*, NGCC, 1985, II, 176; ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in RN, 1984, 989; STANIZZI, *La responsabilità civile del notaio*, in RN, 1980, 1135; DIFABIO, *notaio (dir. vigente)*, in ED, XXVIII, Milano, 1978, 614; CATTANEO, *La responsabilità civile del notaio*, in RN, 1956, 626.

Questa dottrina, in pratica, critica il presupposto dal quale muove tale ricostruzione: ossia, quello di ritenere che una medesima fattispecie possa avere l'attitudine di determinare due responsabilità qualitativamente eterogenee a seconda che si tratti delle parti-clienti oppure di terzi.

La stessa dottrina sottolinea, altresì, le difficoltà che si riscontrano nel procedere alla precisa delimitazione dei concetti di “parte” e di “terzi”, nonché la differenza degli effetti pratici che si ricollegano all'applicazione delle due discipline diverse⁷⁰.

In secondo luogo, si pensi ancora a quella dottrina che pur condividendo l'impostazione di base della teoria mista continua ad evidenziare, all'interno della stessa, la preminenza della responsabilità aquilana rispetto a quella contrattuale⁷¹.

Per superare queste critiche, è stato rilevato, nel caso concreto la distinzione tra i fatti che generano la responsabilità *ex contractu* e quelli che, invece, generano la responsabilità aquilana dovrà avere come parametro discriminante non già un criterio soggettivo, bensì un criterio oggettivo:

⁷⁰ D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in, *RN*, 1958, 375.

⁷¹ Cfr A. LOBINA, *In tema di responsabilità civile del notaio ex art 2671 codice civile*, in *ARC* 896-905. Data la veste di pubblico ufficiale attribuita alla figura del notaio dall'ordinamento pubblico e dato che il comportamento del professionista è determinato non tanto dal contratto d'opera intellettuale, concluso con le parti/clienti, quanto dagli obblighi imposti dalla legge, la responsabilità aquilana - secondo l'autore - “assorbe” quella contrattuale.

deve cioè trattarsi di un criterio che tenga ben presente quella duplice funzione documentale e di adeguamento svolta dal notaio; distinzione dalla quale consegue, rispettivamente, la natura extracontrattuale della responsabilità notarile e la natura contrattuale della stessa.

CAPITOLO QUARTO
I PARTICOLARI OBBLIGHI IN CAPO AL
NOTAIO

1) L'obbligo di informazione e consulenza alle parti.

In capo al soggetto che esercita il ministero notarile sono stati predisposti dal legislatore diversi obblighi.

Tra quelli espressamente previsti rientrano, in particolare, quello sancito dall'art. 27 della legge notarile di prestare il proprio ministero ogni volta che ne sia stata fatta richiesta; l'articolo 28 della medesima legge, che espressamente pone il divieto in capo al professionista di ricevere atti espressamente vietati dalla legge; l'art 49, che prevede l'obbligo di accertare l'identità personale delle parti; e l'articolo 47 che sancisce l'obbligo di indagare personalmente sulla loro volontà.

L'obbligo di informazione invece, che non è espressamente previsto dalla legge notarile, è espressamente menzionato negli articoli 37 e 42 del testo contenente i Principi di Deontologia Professionale dei Notai che, per ragioni di completezza, riporto integralmente di seguito. L'articolo 37 recita: *“In ogni caso compete al notaio svolgere di persona, in modo effettivo e sostanziale, tutti i comportamenti necessari: per l'accertamento della identità personale delle parti, con utilizzazione di tutti gli elementi idonei e con prudente esame dei documenti di identificazione in relazione al tipo e alla loro possibilità di falsificazione; per l'indagine sulla volontà delle parti, da svolgere, in modo approfondito e completo, mediante proposizione di domande e scambio di informazioni intese a ricercare anche i motivi e le*

possibili modificazioni della determinazione volitiva come prospettatagli; per la direzione della compilazione dell'atto nel modo piu' congruente alla accertata volonta' delle parti".

L'articolo 42: *"Il notaio e' tenuto, in particolare, a svolgere, anche nell'autenticazione delle firme nelle scritture private, in modo adeguato e fattivo le seguenti attivita': a) informare le parti sulle possibili conseguenze della prestazione richiesta, in tutti gli aspetti della normale indagine giuridica demandatagli e consigliare professionalmente le stesse, anche con la proposizione di impostazioni autonome rispetto alla loro volonta' e intenzione; proporre la scelta del tipo negoziale piu' adeguato alle decisioni assunte dalle parti, accertandone la legalita' e la reciproca congruenza, svolgendo le richieste attivita' preparatorie e dirigendo quindi la formazione dell'atto nel modo tecnicamente piu' idoneo per la sua completa efficacia e per la stabilita' del rapporto che ne deriva; c) dare alle parti i chiarimenti richiesti o ritenuti utili a integrazione della lettura dell'atto per garantire ad esse il riscontro con le decisioni assunte e la consapevolezza del valore giuridicamente rilevante dell'atto, con speciale riguardo ad obblighi e garanzie particolari e a clausole di esonero o limitative di responsabilita', nonche agli adempimenti che possono derivare dall'atto, valendosi, per questo ultimo aspetto, anche di separata documentazione illustrativa. La scrittura privata tenuta a raccolta viene letta dal notaio alle parti, salva espressa dispensa delle parti stesse. Nell'autentica il notaio fa*

menzione della lettura o della dispensa dalla stessa. La reiterata presenza della clausola di esonero costituisce indizio di comportamento deontologicamente scorretto. d) prestare alle parti la propria assistenza con diligenza ed impegno professionale, se necessario anche dopo il perfezionamento dell'atto; e) adoperarsi per la rettifica di errori, inesattezze od omissioni nei propri atti; qualora quanto sopra sia riconducibile a responsabilita' del notaio la prestazione deve essere gratuita con assunzione delle spese da parte del notaio stesso; qualora errori od omissione non siano riconducibili al notaio, egli sara' comunque tenuto ad una fattiva collaborazione per la stipulazione di atti rettificativi. In tale ultima circostanza il notaio potra' praticare condizioni particolarmente favorevoli nella determinazione dei propri compensi”.

Dottrina e giurisprudenza non operano una rigida distinzione tra l'attività di informazione e l'attività di consulenza posta in essere del notaio ma, giova rilevarlo, quando ci si riferisce all'attività di consulenza si intende richiamare quell'attività che va oltre la semplice informazione delle parti: si tratta, cioè, di un'attività che comprende anche la segnalazione dei diversi possibili esiti del negozio giuridico, ovvero la proposizione di soluzioni alternative, in modo da assicurare la formazione in capo al cliente di un vero e proprio *consenso informato*.

Come anticipato, l'obbligo di informazione consiste principalmente nel quel dovere per il professionista di esporre alle parti le possibili conseguenze che

possono derivare dalla conclusione di quel particolare negozio giuridico: si pensi, ad esempio, le cause d'invalidità o inefficacia dello stesso. (Ma, si pensi, ancora, alle ragioni giuridiche per le quali il notaio ritiene che l'atto pubblico sia inutile oppure dannoso rispetto all'intenzione manifestategli dalle parti).

Il notaio, cioè, attraverso la sua attività informativa deve realizzare l'obiettivo di rendere effettivamente edotti i clienti su tutte le conseguenze che possono potenzialmente ricollegarsi alla conclusione di quel particolare negozio giuridico rendendoli, in tal modo, in grado di determinarsi liberamente a richiedere la prestazione professionale.

L'obbligo d'informazione - è utile rimarcarlo - non può tuttavia spingersi oltre un certo limite: si pensi, ad esempio, al controllo da parte del professionista delle circostanze di fatto oppure alla valutazione di opportunità economica dell'operazione.

Queste attività, invero, richiedono delle valutazioni che non rientrano - e non possono rientrare - nelle normali competenze di un notaio.

Il professionista, in altre parole, ha il dovere di adottare tutti gli accorgimenti che rientrano nel concetto di diligenza professionale *ex art.* 1176, comma 2, cod. civ. Si tratta di aspetti che emergono, normalmente, quando il professionista esegue una normale indagine giuridica e che, una volta rilevati, ha il dovere di comunicarli ai contraenti in modo da consentire, agli stessi, la realizzazione degli gli obiettivi che si sono

prefissati di raggiungere attraverso la conclusione di quel particolare negozio giuridico.

Nonostante il silenzio del legislatore, sia la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione⁷² che la dottrina più autorevole, convengono nel riconoscere come effettivamente esistente l'obbligo, in capo al notaio, di tenere informato il cliente sulle conseguenze che possono derivare dalla conclusione di un negozio giuridico ed in particolare - secondo questo orientamento - l'obbligo deriverebbe direttamente da alcuni principi del contratto d'opera intellettuale concluso tra professionista e clienti.

Invero - rileva la giurisprudenza - graverebbe sul notaio (cui è stata richiesta la preparazione e la stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare) l'obbligo di eseguire tutta una serie attività preliminari, quali ad esempio, la verifica della disponibilità del bene attraverso la visura dei registri immobiliari; l'attività diretta ad informare il cliente circa il suo possibile esito; l'attività diretta a dissuadere il cliente dal procedere alla stipula dell'atto quando il professionista abbia riscontrato delle iscrizioni pregiudizievoli.

Questi obblighi - precisa la Corte Suprema di Cassazione - derivano direttamente dall'incarico affidato al notaio; notaio che, quando pone in essere atti che sono espressione della funzione di adeguamento, è tenuto ad eseguire un'opera che non si limita al mero accertamento della volontà delle

⁷² Vd. Sent. Cass. Civ. 19/05/2007 n. 6514, in, *RN* 2008.

parti e alla mera compilazione dell'atto essendo tenuto, il professionista, ad eseguire un'opera che va ad abbracciare tutta una serie di attività, anche preparatorie e successive alla redazione dell'atto, necessarie affinché possa essere garantita - attraverso la sua opera - l'attitudine dell'atto al conseguimento del risultato effettivamente perseguito dalle parti che al professionista si sono rivolte per formalizzare la loro volontà.

L'obbligo di informazione, così come configurato, consiste in un elemento essenziale della prestazione professionale del notaio il cui mancato adempimento (costituendo una violazione del contratto d'opera professionale) comporterà per il professionista una responsabilità contrattuale per la violazione di un obbligo discendente direttamente dal contratto d'opera intellettuale stipulato con i clienti⁷³.

La Suprema Corte di Cassazione ha avallato quel filone giurisprudenziale che riconosce sempre più stringenti obblighi di informazione e consulenza in capo ai notai e, pronunciandosi su un caso concernente la rogazione di un atto di compravendita recante l'accollo di quota del mutuo ipotecario, ha affermato la responsabilità del professionista per non aver indicato al cliente l'eventualità che l'istituto mutuante potesse poi non concedere il frazionamento dell'ipoteca e che, conseguentemente, l'ipoteca non

⁷³ Vd. Sent. Cass., 11.1.2006, n. 264 in *Riv. Not.* 2007

frazionata potesse poi essere fatta valere ben al di là della quota di mutuo oggetto dell'accollo⁷⁴.

Ma ulteriori considerazioni possono essere effettuate prendendo le mosse da un'importante decisione del tribunale di Bologna il quale, con la decisione del 27 novembre 2008, n. 3021, ha precisato che: *“incorre in responsabilità contrattuale il notaio che, per violazione del dovere di informazione nei confronti del cliente, (relativo, nel caso di specie, alla mancata iscrizione da parte del soggetto contraente alla camera di commercio di un atto di cessione di quote di socio accomandatario) abbia impedito al medesimo la realizzazione di uno degli effetti legittimamente riconducibili all'operazione negoziale posta in essere”*⁷⁵.

Da questa pronuncia si potrebbe addirittura ricavare che l'obbligo del notaio di fornire ai clienti determinate informazioni trovi il suo fondamento giuridico direttamente nella normativa notarile.

Fa propendere verso questa conclusione anche la nuova formulazione del 2° comma dell'art. 47 l. 16.2.1913, n. 89, introdotta con la legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005 (l. 28.11.2005, n. 246) che recita: *“il notaio indaga sulla volontà delle parti, e sotto la propria direzione e responsabilità, cura la compilazione integrale dell'atto”*⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. anche Sent. Cass. 24/04/06 n. 264, in Riv. Not. 2007

⁷⁵ Tribunale Bologna, sezione III, 27 novembre 2008, n. 3021 in Riv. Not. 2009

⁷⁶ E' opportuno chiarire che, anche volendo individuare nell'art. 47 l. 16.2.1913, n. 89 il fondamento normativo dell'obbligo in questione, nulla così si toglie alla tesi

Sembra ancora il caso di rilevare che il notaio, nell'esercizio delle sue funzioni, è comunque tenuto a garantire il rispetto del criterio della diligenza professionale; diligenza che, tra l'altro, gli impone di eseguire tutte quelle attività che si configurano come preparatorie rispetto alla rogazione di un atto e necessarie affinché possa essere garantita, dal professionista, la migliore tutela degli interessi di entrambe le parti. Attività preparatorie che si sostanziano nell'obbligo, per il notaio, di informare i clienti circa le questioni concernenti il caso concreto sottoposto alla sua attenzione.

Si tratta, in altre parole, di un insieme di norme di comportamento che assume un contenuto variabile a seconda della complessità dell'attività tecnica concretamente richiesta

Per fare qualche esempio pratico degli obblighi informativi che gravano sul notaio si pensi, ad esempio, al dovere del professionista di informare le parti circa il reale *status giuridico* della *res* oggetto del trasferimento immobiliare; oppure si pensi, ancora, all'obbligo del professionista (alla luce della situazione prospettata dalle parti) di informare il cliente circa il

che ricerca la fonte dell'obbligo in questione nei doveri di diligenza e buona fede. Cio' perché l'articolo 47 è una normativa speciale e perciò, si pone come una specificazione delle più generali regole codicistiche previste in materia di diligenza e buona fede.

reale rischio giuridico connesso al compimento di una determinata operazione⁷⁷.

Una volta edotti dei rischi connessi al compimento di una determinata operazione, nessuna responsabilità sarà imputabile al notaio se i contraenti decidono comunque di procedervi.

Nel testo contenente i Principi Deontologici dei notai italiani, invero, il limite oggettivo al dovere d'informazione è costituito dalla *voluntas* che le parti manifestano al notaio, la stessa che il professionista è tenuto ad adeguare (e quindi conformare) all'ordinamento non potendo, il pubblico ufficiale, – va precisato - spingere le parti verso soluzioni diverse attraverso la sua attività informativa.

Sembra doveroso un cenno al tema concernente gli obblighi discendenti dalla normativa fiscale posti in capo al notaio.

Invero, è ormai riconosciuta in modo unanime la presenza in capo al pubblico ufficiale di un particolare obbligo informativo circa la disciplina fiscale dell'atto. Con ciò - va precisato - non si vuole intendere che il notaio sia tenuto a ricoprire anche il ruolo di consulente fiscale delle parti, ma, si

⁷⁷ Nello specifico, il caso di quel notaio che, nel rogare un atto di compravendita immobiliare, non abbia messo a conoscenza gli acquirenti del rischio concreto che l'alienante, dopo la rogazione dell'atto, non provveda ad eseguire la cancellazione delle ipoteche iscritte sul bene immobile. Analogamente, è stata riconosciuta la responsabilità del notaio che non ha messo a conoscenza il cliente del rischio connesso al mutamento delle circostanze, in *medio tempore*, tra il preliminare di vendita ed il definitivo.

intende sottolineare che, quando il pubblico ufficiale esegue un rogito, lo stesso, non può ignorare la normativa fiscale dell'atto, tenuto conto dei normali riflessi fiscali predisposti dalla legge agli atti ricevuti ⁷⁸.

Infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità, quando il notaio non è a conoscenza della normativa vigente, in modo da far conseguire alle parti il regime fiscale più favorevole, e, non si preoccupa, a tal fine, di svolgere un'adeguata ricerca legislativa, si rende responsabile della violazione dell'obbligo di cui all'articolo 1176 comma 2 cod. civ.⁷⁹.

Questa interpretazione - estensiva - dell'ambito della consulenza tributaria, considerata come prestazione ordinaria che rientra nella diligenza esigibile dal notaio ai sensi dell'art. 1176 cod. civ., è generalmente condivisa anche dalla dottrina⁸⁰.

Il rigore di questo orientamento, in tema di consulenza fiscale del notaio, intende dare massima rilevanza all'affidamento che le parti che ripongono nell'intervento del pubblico ufficiale, il quale, pone in essere un'opera che

⁷⁸Sent. Cass. 18/1/2002, n. 541, *GC*, 2002, I, 995.

⁷⁹ Cass., 13 gennaio 2003, n. 309, in *danno e resp.*, 2003, 8-9, 897, in *guida al diritto*, 2003, 9, 50, in *Dir. e prat. Trib.*, 2004, 2, 1649, in *Riv. Not.*, 2003, 4, 985.

L'orientamento espresso in questa decisione è stato, peraltro, anticipato con la sent. Cass. 4/03/1981, n. 1254, in *Vit. Not.* 1981, 1115, ed è stato poi confermato in Cass. 26/03/2008, n. 7857, in *Resp. Civ.* 2008, 6, 565, in *Vita Not.*, 2008, 2, 1096.

⁸⁰ Cfr.. G. Celeste, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, 114 ss.; G. Salito, *Il notaio diventa consulente fiscale delle parti*, in *Riv. Not.* 2003, 4, 990;

non deve garantire soltanto la legittimità dell'atto, ma anche, l'opportunità dello stesso, comprendendo così anche quella fiscale.

Non sembra degna di protezione, ovviamente, l'aspettativa delle parti di vedersi suggerite dal notaio delle soluzioni distorte, soluzioni che piegano la realtà, alle loro convenienze fiscali.

Viene così riconosciuto un particolare rilievo all'affidamento che le parti hanno riposto nei confronti del notaio, figura questa, che garantisce non solo la legalità dell'atto, ma anche, l'opportunità fiscale del medesimo.

2. L'obbligo di prestare il proprio ministero a richiesta.

La disposizione che disciplina l'obbligo del notaio di prestare il proprio ministero è l'articolo 27 della legge n. 89 del 16 febbraio 1913, il quale recita: *“Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto; egli non può prestarlo fuori del territorio del distretto in cui trovasi la sede notarile.”*

Anzitutto la norma in questione stabilisce, in via generale, l'obbligo per il notaio di prestare il proprio ministero ogni volta che sia stata fatta richiesta.

Tuttavia - viene subito precisato - il notaio è tenuto a disattendere tale obbligo quando la legge faccia espresso divieto, ovvero in tutte le altre ipotesi in cui la legge consenta di derogarvi.

La deroga, in particolare, è prevista nell'ipotesi in cui sia stato richiesto al pubblico ufficiale di prestare il proprio ministero al di fuori del territorio della corte d'appello nel cui distretto si trova la sede notarile, oppure quando si tratta di atti rientranti nell'articolo 28 della legge not. N. 1, 2, 3; oppure, ancora, di contratti di cui all'articolo 54 del regolamento notarile⁸¹.

Il notaio, altresì, può disattendere tale obbligo tutte le volte in cui le parti non provvedano al deposito presso il suo ufficio dell'importo delle tasse,

⁸¹ Art. 54, che recita: *“i notari non possono rogare contratti, nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentati giuridicamente obbligarsi”*.

degli onorari, o delle spese dell'atto; salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio, oppure, che si tratti di testamenti.

L'obbligo del notaio, sussiste anche nell'ipotesi in cui non vi sia una richiesta delle parti, ma deriva direttamente dalla legge (si pensi all'ipotesi di pubblicazione di testamento olografo di cui il notaio sia depositario).

3. L'obbligo di eseguire le visure

Il tema delle visure ipotecarie risulta essere uno tra i più delicati nel campo della responsabilità notarile. Frequentemente, invero, la responsabilità del notaio sorge a causa del mancato o inesatto adempimento dell'obbligo riguardante l'espletamento delle visure ipotecarie e catastali. Ciò si verifica, in particolare, quando il professionista non accerta la libertà del bene da formalità pregiudizievoli che lo possono riguardare: si pensi, ad esempio, al caso in cui gravino, sul bene immobile oggetto del negozio giuridico concluso dalle parti, delle ipoteche, sequestri, pignoramenti, vincoli o servitù. Relativamente al tema delle visure catastali, invece, si pensi al caso in cui il professionista non esegua nel modo corretto l'individuazione del bene immobile.

In merito alla sussistenza in capo al notaio dell'obbligo di eseguire le visure ipo-catastali diversi orientamenti - sia giurisprudenziali che dottrinali - si sono registrati nel corso del tempo.

La prima giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione⁸² affermava l'inesistenza, in capo al notaio, dell'obbligo di effettuare gli accertamenti preventivi sulla libertà del bene oggetto del negozio giuridico concluso tra le

⁸² Sent. Cass. Civ., 2 luglio, n. 15726, in *Notariato*, 2010, 6, 606; Id., 2 marzo 2005, n. 4427, in *Riv. Notar.*, 2005, 6, 1399 e in *Foro It.* 2005, I, 2045

parti, fatta ovviamente salva l'ipotesi del notaio che sia stato espressamente incaricato dalle parti in tal senso.

Per rafforzare la tesi in questione - è stato evidenziato - nessuna norma nel nostro ordinamento si preoccupa di disciplinare in modo espresso l'attività del notaio diretta a rilevare i gravami pregiudizievoli

Un altro orientamento si è soffermato sull'attività posta in essere dal notaio ed ha evidenziato come, la medesima, non possa essere circoscritta ad un mero accertamento sulla volontà espressa dalle parti contraenti dovendo riguardare, invece, l'intero negozio giuridico in modo da comprendere, altresì, il contenuto e gli scopi di quest'ultimo.

Negozio attraverso il quale le parti intendono raggiungere un nuovo assetto dei loro interessi conformemente alla legge e per il tramite dell'atto pubblico che, nel nostro ordinamento, è dotato di particolare forza probatoria e di efficacia *erga omnes*.

Per i giudici della Suprema Corte di Cassazione il notaio: *“ha l'obbligo di assicurare che l'atto raggiunga e conservi il suo effetto tipico nell'interesse comune delle parti ed a tal fine è tenuto a porre in essere tutte le attività preparatorie e successive rispetto alla rogazione di un atto; attività preparatorie comprendenti anche l'esecuzione delle visure ipotecarie”*⁸³.

⁸³ Con la sent. 1/8/1959, n. 2444 in *RN*, 1959,878, la Suprema Corte di Cassazione ha creato un nuovo orientamento seguito, poi, nelle successive pronunce.

La Suprema Corte di Cassazione ha chiarito, altresì, che quando il notaio abbia anche solo un minimo sospetto circa la possibilità di un'iscrizione pregiudizievole gravante sul bene immobile oggetto della compravendita immobiliare, il professionista - per ciò solo - ha l'obbligo di informare *preventivamente* le parti dovendo agire ed eseguire il contratto d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata *ex art 1176 2° comma cod. civ.*, e della buona fede⁸⁴.

Così, quando al notaio viene affidato l'incarico di redigere un atto pubblico, dal medesimo incarico discende, per il professionista, anche l'obbligo di eseguire le visure ipotecarie e ciò senza che sia necessario ricevere dalle parti un altro incarico in tal senso (fatta ovviamente salva l'ipotesi in cui i contraenti abbiano deciso, di comune accordo ed in modo espreso, di dispensarlo da tale obbligo per motivi di urgenza).

Secondo la giurisprudenza il corretto espletamento delle visure ipo-catastali rappresenta l'oggetto di una obbligazione di risultato che è insita nella natura del contratto d'opera professionale ed in qualità di obbligo contrattuale, dunque, rientra nella disponibilità dalle parti contraenti, le quali potranno decidere di dispensare il professionista da tale obbligo purché la dispensa - che dovrà essere adeguatamente motivata - sia stata effettuata congiuntamente dalle parti ed in modo esplicito.

⁸⁴ Vd. Cass. civ. Sez III sentenza del 27/11/2012 n. 20991.

Attesa la sua contrattualità, infatti, sarebbe del tutto inammissibile che l'autonomia privata per ragioni meritevoli di tutela (quali ad es. l'urgenza della stipula, oppure il contenimento dei costi oppure, ancora, per ragioni di stretta parentela con l'alienante ecc.), non potesse convenire diversamente.

Il notaio, dunque, è tenuto ad eseguire, in via preliminare, le seguenti attività: consultare tutti i registri immobiliari e censuari per individuare precisamente il bene; verificare che appartenga all'alienante; controllare che il bene sia esente da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli non dichiarate.

Merita un cenno particolare, infine, il profilo concernente la colpa del professionista.

A tal riguardo - è stato precisato - l'attività del notaio diretta a rilevare i vincoli o gravami non implica, per lo stesso, la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà *ex art. 2236 del codice civile*⁸⁵ e conseguentemente, se il professionista omette di eseguire tali indagini sarà responsabile del danno arrecato alle parti anche nell'ipotesi di *colpa lieve*.

La norma di riferimento - come è stato più volte precisato - è l'articolo 1176 comma 2 del codice civile, senza la possibilità di rientrare nel perimetro dell'art. 2236 cod. civ., atteso che vi è una assoluta ordinarietà nell'attività

⁸⁵ Articolo che recita: “*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”

richiesta al professionista in materia di ispezioni ipotecarie idonea ad escludere sempre la speciale difficoltà di cui all'art 2236 cod. civ.⁸⁶

Dopo aver chiarito, in modo definitivo, che grava sul notaio incaricato della stipula di un atto di vendita l'obbligo di effettuare le visure ipotecarie senza che a tal fine sia necessario un incarico specifico dalle parti, sembra adesso opportuno individuare la fonte dell'obbligo in questione.

Un primo orientamento ha ricercato la fonte dell'obbligo in questione nel principio di correttezza *ex art 1175 cod. civ.* e buona fede *ex art. 1375 cod. civ.*. Secondo questo orientamento, invero, gli articoli appena citati avrebbero la funzione di integrare il contratto d'opera professionale stipulato tra professionista e clienti⁸⁷.

⁸⁶ Secondo questa impostazione le visure ipotecarie costituiscono una vera e propria obbligazione di risultato che grava sul notaio, consistente in un mero onere informativo. L'inadempimento sussiste per il fatto che l'acquirente non sia stato messo nelle condizioni di avere conoscenza, effettiva, dello *status iuris* del bene acquistato, quanto a gravami e trascrizioni pregiudizievoli.

Al notaio, dunque, non viene richiesto di apprestare tutti i mezzi ragionevolmente necessari per cercare di raggiungere il risultato. Il professionista, invero, ha il dovere di raggiungere questo particolare risultato e, una volta raggiunto (dopo essere stato opportunamente menzionato in atto) nessun risarcimento potrà essere richiesto dal cliente che abbia deciso, ciononostante, di comprare il bene ipotecato.

⁸⁷ In particolare - essendo i principi di correttezza e buona fede delle fonti d'integrazione della prestazione principale - l'obbligo per il professionista di eseguire tutte le attività dirette a garantire la realizzazione di una maggiore tutela per il cliente (come, ad esempio, l'esecuzione delle visure ipotecarie) deriverebbe direttamente da questi principi. Vd. AMENDOLAGINE, *L'accertamento della colpa*

Un altro orientamento, invece, ha ravvisato il fondamento dell'obbligo in questione negli usi *ex art. 1374 cod. civ.*, articolo che recita: *“il contratto obbliga le parti, non solo a quanto è nel contratto espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano dalla legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”*. Invero, rileva questa dottrina, essendo l'attività in questione un'attività complementare e non principale non è da escludersi che, in determinate circostanze, possano ammettersi il conferimento e l'accettazione tacita di queste attività. Infatti - evidenzia la stessa dottrina - se è vero che non costituisce principio generale l'attribuzione tacita al notaio del compito di effettuare tali accertamenti, la stessa, potrebbe tuttavia derivare da una particolare prassi contrattuale⁸⁸.

In aggiunta a questo, si è fatto strada nel corso del tempo un altro orientamento il quale, pur convenendo con quello precedente nell'individuare la fonte dell'obbligo negli usi non si richiama, tuttavia, agli usi indicati nell'art. 1374 del cod. civ., ma agli usi negoziali *ex art 1340 cod. civ.* che recita: *“le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti.”*

professionale del notaio nei confronti dell'acquirente di bene immobile per violazione degli di informazione, in GM 2005, 2571; MUSOLINO, note minime in tema di responsabilità notarile verso il venditore di un immobile, in RN, 2005 1067

⁸⁸ PARENTE, *attività strafunzionale e responsabilità civile del notaio*, in RN, 2004, 140.

Secondo quest'ultimo orientamento, invero, per effetto dell'articolo 1340 del codice civile il contratto d'opera professionale concluso tra notaio e clienti verrebbe integrato *ipso facto* (sempre che non risulti in modo espresso una diversa volontà delle parti) dalla prassi notarile esistente che si dirige, appunto, verso la consuetudine del professionista di procedere preliminarmente all'effettuazione delle visure ipotecarie, allo scopo di dare al negozio il massimo grado di efficacia e corrispondenza alla volontà delle parti ⁸⁹.

L'orientamento più attendibile, tuttavia, sostenuto anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, è quello che ravvisa il fondamento dell'obbligo in questione nel dovere del professionista di eseguire l'opera professionale attraverso il rispetto di quella diligenza che,

⁸⁹ Cfr. PETRELLI (1994), *visure ipotecarie, responsabilità civile del notaio e limiti del danno risarcibile*, Milano, ed. Giuffrè 1994. L'autore afferma come la prassi generalizzata di affidare al notaio l'indagine sui registri immobiliari costituisce un uso negoziale integrativo del contenuto del contratto d'opera professionale, come tale determinativo di una obbligazione in capo al notaio a prescindere dalla volontà espressa o tacita manifestata in proposito. Il tutto, ovviamente, fatta salva una diversa volontà delle parti diretta a dispensare il notaio dall'obbligo di eseguire tali accertamenti per i quali la legge non prevede alcuna forma sacramentale.

Per CANDIAN, - *La responsabilità civile del notaio nella fase preparatoria dell'atto di trasferimento immobiliare*, in *Resp. Civ. e Prev.* 1984, 263 – invece, le visure ipotecarie rappresenterebbero un dovere del notaio derivante da un uso negoziale distinto dagli altri doveri che abbisognerebbe di un espresso incarico.

ai sensi dell'articolo 1176 comma 2 del cod. civ., un professionista sufficientemente preparato ed avveduto è in grado di possedere⁹⁰.

Secondo questa impostazione, invero, l'omessa esecuzione delle visure ipotecarie costituisce la violazione di un preciso obbligo contrattuale e, a questa violazione consegue la responsabilità del professionista che deriva automaticamente e direttamente dalla violazione della disciplina codicistica del contratto d'opera professionale; tranne che il professionista dimostri di essere stato dispensato dalle parti di tale obbligo.

E' il caso di precisare che l'eventuale esonero della responsabilità del notaio dovrà essere materialmente contenuto in un documento diverso, dunque autonomo, rispetto a quello concernente il negozio rogato; ciò perché il notaio (come è espressamente sancito negli artt. 28 comma 1 n. 3 e 58 comma 1 n. 3 della legge notarile) non può inserire disposizioni che lo riguardano personalmente nell'atto da rogare.

Con la sentenza del 2 luglio 2010, n. 15726, i giudici della Suprema Corte di Cassazione hanno chiarito: *“anche quando il notaio abbia solo un minimo*

⁹⁰ Cfr. RODOTA' in *Diligenza*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 54. L'autore (preso atto che la legge notarile non offre elementi certi per risoluzione di questo problema) si rifà al contratto d'opera professionale ed in particolare alla diligenza del professionista ex art. 1176, comma 2. Tuttavia, rileva lo stesso, la diligenza non può essere considerata alla stregua di una fonte autonoma d'obbligazione ma, sostiene l'autore, come criterio di valutazione della modalità di adempimento di una obbligazione che già esiste.

sospetto circa l'iscrizione pregiudizievole gravante sul bene immobile oggetto della compravendita, quest'ultimo ha l'obbligo di informare immediatamente le parti della questione a prescindere dal fatto che sia stato espressamente dispensato dallo svolgimento di tale attività. Ciò perché, il professionista, nonostante la dispensa, sarebbe comunque tenuto ad eseguire il contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata e della buona fede⁹¹".

Sembra così emergere, in modo inequivocabile, l'inderogabilità di questo obbligo per il notaio, atteso che inderogabili sono la diligenza qualificata e la buona fede.

Relativamente all'obbligo concernente l'esecuzione delle visure catastali il professionista è obbligato, per legge ed a pena di nullità, ad eseguire le seguenti attività: identificare catastalmente l'immobile con riferimento alle planimetrie depositate, individuare gli intestatari catastali e verificare la loro corrispondenza con le risultanze dei registri immobiliari (cioè a verificare se l'intestatario *ex visura catastale* corrisponda al soggetto a cui favore si trova eseguita l'ultima trascrizione).

In questo ambito, invero, il comma 14 dell'art. 19 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito in L. 31 luglio 2010, n. 122) ha introdotto (inserendo il comma 1 *bis* all'art. 29 della L. 27 febbraio 1985, n. 52) l'obbligo per il notaio di procedere alla verifica della conformità oggettiva e soggettiva

⁹¹ Sent. Cass. 2 luglio 2010, n. 15726, in *notariato*, 2010, 6, 606.

dell'immobile da alienare stabilendo che il notaio, prima della stipula di atti pubblici e scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali su fabbricati già esistenti, è tenuto ad individuare gli intestatari catastali e verificare la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari⁹².

⁹² Ne deriva che l'obbligo di esecuzione delle visure - in specie quelle catastali - troverebbe oggi una indubbia fonte normativa e da questa prospettiva, dunque, gli obblighi di visura diventano per il notaio inderogabili e non più dispensabili dalle parti.

Analizzando però la *ratio legis* della norma si può facilmente capire che, la stessa, agisce per finalità ben precise che definiscono, e perciò limitano, l'ambito di applicabilità della disciplina.

Si tratta, in particolare, della necessità di garantire la conformità oggettiva e soggettiva del fabbricato per rispondere ad una esigenza di carattere generale volta a promuovere l'emersione dei cosiddetti "immobili fantasma" ed a contrastare, così, l'evasione fiscale e conseguentemente, laddove finisce questa esigenza pubblica finisce anche l'obbligo normativo del notaio.

La verifica è esclusivamente di tipo qualitativo: il notaio, infatti, deve dare solo conto di aver provveduto all'accertamento *de quo*, e che la conformità risulta ovvero non risulta verificata.

Non si impone, dunque, un preventivo allineamento catastale al fine di poter ricevere o autenticare l'atto: nel caso di mancata conformità basterà soltanto precisare, in sede di stipula, che c'è una difformità tra risultanze catastali e registri immobiliari e bisognerà ricostruire la storia dei passaggi mancanti indicando la causa. A tal proposito, esistono ipotesi fisiologiche di mancato allineamento tra catasto e registri immobiliari: si pensi al caso di vendita a catena, vendita di cosa altrui, vendita da parte di chi abbia acquistato il diritto per usucapione non accertata con sentenza e della trascrizione della sola dichiarazione di successione, che, avendo finalità meramente fiscali, non comporta accettazione. Ecc ecc. Ceolin,

In merito al tema concernente l'autenticazione di una scrittura privata, invece, va rilevato che non è previsto dalla legge, né è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, l'obbligo in capo al professionista di eseguire, preventivamente, le visure ipotecarie⁹³.

In definitiva, dopo questa breve indagine possiamo affermare che prima di procedere con la rogazione di un atto, grava sul notaio il peculiare obbligo di procedere all'effettuazione delle visure ipotecarie; obbligo che costituisce l'oggetto di un'obbligazione derivante dalla natura stessa del contratto

la conformità soggettiva e oggettiva nel D.L. 31 maggio 2010 n. 78 e il problema della nullità degli atti, in Riv Notar., 2001, 2, 335

⁹³ Invero, la giurisprudenza consolidata (Vd. Cass., 6 aprile 1995, n. 4020, in *Giur. It.*, 1996, I, 1274, con nota di BARCA; Id., 22 marzo 1994, n. 2699, in *Giur. It.*, 1995, I, 1751, con nota di PORCARI; Id., 20 gennaio 1994, n. 475, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2217) chiarisce che il notaio, non è tenuto ad ottemperare all'obbligo di esecuzione delle visure ipotecarie, e ciò perché, al professionista, è stato richiesto di effettuare esclusivamente l'autenticazione di una scrittura privata - scrittura interamente redatta dalle parti (posto che il notaio si sia limitato a compiere un atto certificativo di attestazione di autenticità delle sottoscrizioni apposte dalle parti contraenti in sua presenza). Diversamente, invece, quando il notaio viene incaricato di redigere un contratto di vendita immobiliare (e non di eseguire la mera autenticazione di un contratto già predisposto da altri), e questi procede con la forma della scrittura privata autenticata, anziché quella dell'atto pubblico, lo stesso, qualora non avesse aver accertato la libertà del bene da passività e da oneri non dichiarati dalle parti, sarà responsabile. Si pensi ad esempio ad un'iscrizione ipotecaria. In tal caso, dunque, egli sarà obbligato nello stesso modo in cui risulta con riferimento alla stipula di un atto pubblico.

d'opera professionale convenuto con i clienti nel momento in cui, questi, l'hanno incaricato di predisporre il trasferimento immobiliare.

Il fondamento di questo obbligo va ricercato (in base alla ricostruzione che si preferisce) nel dovere di diligenza professionale espressamente sancito nell'articolo 1176 comma 2 del cod. civ. (senza la possibilità di rientrare nel perimetro dell'articolo 2236 cod. civ. data l'assoluta ordinarietà della prestazione richiesta in materia di ispezioni ipotecarie).

Sembra infatti corretta la premessa dalla quale muove la dottrina, secondo cui la diligenza non può essere considerata alla stregua di una fonte autonoma d'obbligazione ma, esclusivamente, come un criterio di valutazione della modalità di adempimento di un'obbligazione che, invece, già esiste.⁹⁴

⁹⁴ L'obbligazione già esistente è il contratto d'opera intellettuale stipulato con il cliente e l'obbligo di eseguire le visure, dunque, si pone come un criterio di valutazione dell'esatto adempimento di questa obbligazione.

4. ... derivanti dalla richiesta di trascrizione

In merito agli obblighi che derivano per il notaio dalla richiesta di trascrizione, la disposizione di riferimento è l'articolo 2671 del codice civile che recita: *“Il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile, ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salva l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle leggi speciali, se lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o autenticato. Rimangono ferme le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono a carico di altre persone l'obbligo di richiedere la trascrizione di determinati atti e le relative sanzioni”*.

La violazione di questo obbligo comporta, per il notaio, una triplice responsabilità: quella civilistica, secondo la quale la stessa norma prevede il risarcimento dei danni alle parti; quella tributaria, secondo cui, se il notaio lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o autenticato, è soggetto alle sanzioni previste dalle leggi speciali; quella disciplinare, per la quale è sanzionabile il notaio che si disinteressa “abituamente” di curare la trascrizione degli atti ricevuti o autenticati nel più breve tempo possibile ovvero che, in caso di difficoltà contingente ed oggettiva, - tale di non consentire di provvedere al più presto -, non informi le parti e queste,

pertanto, non siano in grado di prestare il loro consenso ad una trascrizione “non tempestiva”.

Ai fini civilistici del risarcimento dei danni la norma non stabilisce un termine preciso entro il quale il notaio ha l’obbligo di eseguire la trascrizione; viene precisato, invece, il dovere che il professionista ha nei confronti dell’erario, da espletarsi entro 30 giorni dalla data di ricezione o autenticazione dell’atto.

Così, per configurare la responsabilità contrattuale del notaio, sarà necessario che dal ritardo nell’esecuzione della pubblicità (ritardo che, ovviamente, dovrà essere conseguenza di una causa imputabile al professionista), sia conseguito, per le parti, un danno concreto⁹⁵.

Il termine di 30 giorni non riguarda l’obbligo privatistico intercorrente tra professionista e cliente; cliente che ha il diritto che la trascrizione avvenga, ai sensi dell’articolo 2671 del codice civile, “*nel più breve tempo possibile*”. Spetterà al giudice stabilire - tenendo conto della particolarità del caso e di tutte le circostanze rilevanti - se, nel caso di specie, sussisterà in capo al notaio l’obbligo di risarcitorio o meno.

⁹⁵ Ma si badi che, a tal fine, non sarà rilevante il numero di giorni trascorsi tra il ricevimento dell’atto e la sua trascrizione. Si pensi, ad esempio, al danno consistente nell’iscrizione o trascrizione di atti pregiudizievoli che si concretizza anteriormente alla trascrizione dell’atto rogato dal notaio.

L'interpretazione lessicale, sistematica e logica della norma, consente di escludere che l'obbligazione risarcitoria del notaio presupponga l'infruttuoso decorso del termine di 30 giorni.

In particolare, la trascrizione tardiva che avviene anche oltre tale termine potrà essere senza conseguenze per il notaio se i terzi, nel frattempo, non abbiano iscritto o trascritto alcun atto pregiudizievole.

Il rispetto del termine di 30 giorni, infatti, non risulta idoneo ad escludere la responsabilità del notaio neanche nell'ipotesi in cui i terzi, nel lasso di tempo intercorrente tra la data di stipulazione dell'atto e la trascrizione di quest'ultimo, abbiano nel frattempo iscritto o trascritto degli atti pregiudizievoli (pur avendo provveduto, il notaio, all'esecuzione dell'attività pubblicitaria entro il termine di 30 giorni).

Per l'accertamento della responsabilità contrattuale in capo al notaio sarà necessario, dunque, verificare il momento esatto in cui sono state eseguite l'iscrizione o la trascrizione pregiudizievole. In particolare, occorrerà valutare se, nel caso di specie, il notaio si trova nella situazione di *"ingiustificato ritardo"*.

In sostanza - come è stato evidenziato in precedenza - l'obbligo risarcitorio del notaio sorge in questi casi perché il professionista, con il suo comportamento negligente, ha permesso ai terzi di eseguire l'iscrizione o trascrizione di atti pregiudizievoli per il suo cliente.

Attraverso l'esame della situazione concreta (e dunque dei due momenti della trascrizione dell'atto e dell'iscrizione/trascrizione pregiudizievole) diviene possibile, per il giudice, accertare la responsabilità del notaio; indagine che, in particolare, non dovrà concentrarsi sul tempo che il notaio ha impiegato per la trascrizione dell'atto ma sul tempo lasciato trascorrere senza adempiere a tale obbligo, fino al momento in cui il terzo ha eseguito la trascrizione o iscrizione pregiudizievole⁹⁶. Decisiva, allora, risulta la valutazione circa il momento in cui si è verificata la trascrizione o iscrizione pregiudizievole.

Il codice civile, con la locuzione “*nel più breve tempo possibile*” adotta volutamente una formula generica. La *ratio* che sta alla base di questa scelta legislativa è quella di non predeterminare in modo rigido, ed *ex ante*, un tempo preciso entro il quale il notaio è tenuto ad assolvere a tale obbligo rinviando, tale esame, al giudice di merito il quale, attraverso un apprezzamento di tutti gli elementi di fatto, dovrà stabilire se il notaio, con particolare riguardo all'esecuzione delle formalità pubblicitarie, abbia eseguito l'incarico che gli è stato affidato nel rispetto dell'art. 1176 comma 2 cod. civ⁹⁷.

La giurisprudenza, comunque, ha creato degli indici che nei singoli casi concreti ci permettono di capire se il professionista abbia, effettivamente,

⁹⁶ Vd. Sent. Cass 25/10/1978, n. 4847, *RN*, 1979, 163

⁹⁷ Cfr. Cass. 6/12/1960, n. 3189, *GI*, 1962, I, 1, 425; *FI* 1961, I, 470.

rispettato il termine dato dall'art 2671 cod. civ., o meno: si pensi, ad esempio, al carattere oneroso dell'atto soggetto a trascrizione; oppure alla gratuità del medesimo; oppure, ancora, alla complessità dell'attività che il notaio è chiamato a svolgere per soddisfare l'interesse dei clienti.

La Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 3433 del 25 maggio 1981, ha avuto modo di precisare che: *“il legislatore - stabilendo nel primo comma dell'articolo 2671 che il notaio, dopo aver ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile – ha escluso la predeterminazione, per tale adempimento, di un termine unico applicabile in tutti i casi, non potendo tale natura assegnarsi al termine di trenta giorni previsto, ai fini meramente fiscali, della stessa disposizione citata, nonché dalla normativa sulle imposte ipotecarie. Pertanto, dovendo il notaio usare, nell'assolvimento di questo obbligo, quella particolare sollecitudine imposta dall'importanza della formalità e dall'esigenza della più pronta tutela dell'interesse delle parti, spetta al giudice di merito stabilire, di volta in volta, se l'indugio frapposto dal professionista giustifichi l'affermazione della sua responsabilità verso il cliente, la quale, non può invece farsi discendere dalla semplice considerazione che detta formalità sia stata adempiuta dopo un certo numero di giorni dalla stipula dell'atto o in un*

momento posteriore ad altre trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli al cliente⁹⁸”.

In merito alla presunzione della colpa ed al relativo onere della prova - è utile precisarlo - la responsabilità del notaio *ex art 2671 del cod. civ.*, è di tipo contrattuale e, conseguentemente, seguendo le regole della responsabilità contrattuale date dagli artt. 1176 e 1218 del cod. civ., spetterà al notaio fornire prova dei fatti che giustificano il suo ritardo (dopo che il cliente abbia provato l'esistenza del contratto d'opera notarile e l'inadempimento del professionista per la violazione dell'art. 2671 cod. civ.)⁹⁹. L'azione che viene proposta dal cliente, invero, è diretta a far valere nei confronti del notaio un'autonoma responsabilità risarcitoria per illecito contrattuale, con il conseguente onere a carico del professionista inadempiente di fornire la prova della causa a lui non imputabile.

Particolare rilievo, ha assunto, una sentenza della Suprema Corte di Cassazione¹⁰⁰ attraverso la quale è stato affermato: *“qualora le parti avessero espressamente escluso la trascrizione dell'atto, ovvero disposto che la medesima avvenga in ritardo, deve escludersi che al professionista possa essere attribuita la responsabilità per il danno subito in conseguenza della mancata o tardiva trascrizione atteso che, il comportamento del*

⁹⁸ Sent. Cass. 25 maggio 1981, n.3433, in Mass. Giur. Iy., 1981, 856.

⁹⁹ Vd. Sent Cass. Civ., 12/5/1990, n. 4111; sent. Cass. Civ., 25/10/1978, n. 4847; T. Catania, 31/10/1990.

¹⁰⁰ Vd. Sent. Cass. Civ., 28/10/2003, n. 16187; sent. Cass. Civ., 19/01/2000, n. 566.

notaio è stato dalle parti consentito e anzi, sul piano del contratto di prestazione d'opera, addirittura imposto"¹⁰¹.

Secondo una parte della dottrina¹⁰², tuttavia, quando il professionista accoglie ed inserisce nell'atto notarile l'eventuale richiesta delle parti di non trascrivere un atto che, invece, andrebbe trascritto; oppure accoglie ed inserisce nell'atto notarile la richiesta delle parti di ritardare la trascrizione dell'atto notarile per un periodo di tempo che va oltre i 30 giorni, il suo comportamento rientra nel raggio d'azione dell'art. 28 della legge notarile poiché, tale norma, pone il divieto in capo al professionista di ricevere atti proibiti dalla legge.

Per uscire da questo *impasse* sarà dunque necessario capire se il notaio, dopo aver preso atto della volontà delle parti, si sia preventivamente preoccupato di informarle sui rischi conseguenti a tale scelta mettendole a conoscenza del conflitto con l'art 2671 del cod. civ. Ma, inoltre, rileva stabilire se le parti, una volta messe a conoscenza del conflitto, abbiano comunque deciso di procedervi.

Nel primo caso (fermo l'obbligo del notaio agli effetti dell'art 2671 verso il fisco ed i terzi dunque le conseguenze della violazione) si avrà, ovviamente, la responsabilità del notaio nei confronti delle parti per violazione degli

¹⁰¹ Sent. Cass. 21 giugno 2012 n. 10297 in *Vita not.*, 2013 57 ss.

¹⁰² Per PROTETTI' – DE MARTINIS – DI ZENZO - *La legge notarile*, ed. Giuffrè, Milano, 2016.

obblighi d'informazione derivanti direttamente dal contratto d'opera intellettuale stipulato con le parti medesime.

Mentre, nel secondo caso bisognerà capire se accanto alla previsione che esclude la trascrizione o che la ritarda sia stata prevista in modo espresso l'esclusione della responsabilità del notaio¹⁰³.

Tra le ipotesi che possono provocare il ritardo del notaio nella trascrizione di un atto rientra il caso, frequente, del cliente che non provvede al deposito, presso il suo ufficio, della somma in denaro corrispondente alle tasse dovute, alle spese dell'atto e agli onorari.

In questi casi, il notaio, non potrà invocare l'inadempimento dell'obbligo gravante sulle parti appena citato per ottenere l'esonero dalla responsabilità poiché, il mancato deposito delle somme in questione, non determina una causa di impossibilità non imputabile al professionista di eseguire e portare a termine l'opera che gli è stata affidata.

In particolare, è vero che l'articolo 28 della legge notarile concede al professionista la facoltà di rifiutarsi di prestare il proprio ministero quando le parti non depositano la somma in denaro corrispondente alle tasse, alle spese dell'atto e agli onorari dovuti; tuttavia, quando il notaio, dopo aver preso atto di tale circostanza, decide - ciononostante - di non avvalersi della facoltà poc'anzi citata e di proseguire, dunque, verso la rogazione dell'atto,

¹⁰³ Se a tal riguardo nulla verrà indicato e specificato, sarà allora necessario che il notaio fornisca la prova che il comportamento da lui tenuto è stato autorizzato dalle parti.

il professionista è, a questo punto dell'opera, obbligato a completare il compito che gli è stato affidato fino in fondo eseguendo, anche a sue spese, la trascrizione dell'atto¹⁰⁴.

La ragione che sta alla base di questa impostazione può essere ricercata nella tutela accordata - dall'ordinamento - a quell'affidamento che le parti ripongono sul notaio e, inoltre, nella tutela della sicurezza delle operazioni giuridiche poste in essere dai privati.

In sostanza, viene così evidenziata la peculiare posizione che hanno i notai nel nostro ordinamento quali pubblici ufficiali che hanno il dovere di garantire che gli atti, a loro affidati, saranno portati a termine con precisione¹⁰⁵.

¹⁰⁴ In altre parole, la legge non dà la possibilità al notaio di lasciare la sua opera incompleta, predisponendo l'obbligo, in capo a quest'ultimo, di portare a termine l'opera.

¹⁰⁵ Sent. Cass. Civ., 28/10/2003, n. 16187; sent. Cass. Civ., 19/01/2000, n. 566.

¹⁰⁵ Sent. Cass. 21 giugno 2012 n. 10297 in *Vita not.*, 2013 57 ss

5. L'articolo 28 della legge notarile

Ricerca i limiti entro i quali deve muoversi l'ufficio notarile è una cosa estremamente importante poiché il pubblico ufficiale, prima di attribuire pubblica fede all'atto, deve procedere ad un controllo di legalità su ciò che diventa oggetto del suo operato, essendo civilmente responsabile per l'errato o mancato controllo sulla legalità degli atti che sono stati affidati al suo ministero¹⁰⁶.

¹⁰⁶ SILIQUINI CINELLI LUCA, *la responsabilità civile del notaio*, ed. IPSOA, Torino, 2011, pg. 27. L'autore fa un preliminare cenno all'art 138 comma 2 della legge notarile che commina la sanzione della sospensione per il notaio che abbia posto in essere degli atti in contrasto con il disposto dato dagli artt. 27 e 28 della medesima legge, sospensione che va da un minimo di un mese ad un massimo di sei.

Secondo l'autore, attraverso una prima lettura della norma in questione, sembrerebbe che l'art. 28 della legge notarile (ricollegando la violazione degli artt. 27 o 28 ad una sanzione disciplinare) nulla abbia in comune con l'istituto la responsabilità civile. Tuttavia - rileva l'autore - questa intuizione è lontanissima dalla realtà e ciò è testimoniato dall'art 76 della stessa legge che recita: *“Quando l'atto sia nullo per causa imputabile al notaio, o la spedizione della copia dell'estratto o del certificato non faccia fede per essere irregolare, non sarà dovuto alcun onorario, diritto o rimborso di spese. Negli accennati casi, oltre il risarcimento dei danni a norma di legge, il notaio deve rimborsare le parti delle somme che gli fossero state pagate”*.

Pertanto, quel notaio che non ha rispettato il dettato normativo dato dall'art 27 e 28 della legge sopra citata, oltre ad essere responsabile disciplinarmente per le violazioni commesse, se integrati i requisiti previsti dalla legge sarà responsabile anche civilmente e, nei casi più gravi, anche penalmente.

La nozione di “atto vietato” è stata al centro di molte discussioni nel corso del tempo; discussioni che hanno portato a molti dubbi interpretativi.

Estensiva è stata l’interpretazione data dalla giurisprudenza, almeno fino al 1997.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale, quando il legislatore utilizza la locuzione “atti espressamente vietati dalla legge” intende includere, tra questi, non solo gli atti vietati singolarmente e specificatamente dalla legge ma, anche, tutti gli atti di ordine sostanziale o anche solo formale che si fossero posti in contrasto con la legge medesima comprendendo, in tal modo, oltre agli atti inesistenti e nulli anche quelli annullabili¹⁰⁷.

In pratica, si faceva coincidere l’area degli atti vietati con quella di tutti gli atti giuridicamente inefficienti, lasciando fuori soltanto le irregolarità che, in quanto tali, non incidono sulla produzione di effetti giuridici.

La ragione che ispirava questa interpretazione, estensiva, veniva ricercata nella funzione pubblicistica che svolge il notaio¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Ciò indipendentemente dal fatto che tale divieto fosse stato definito in modo positivo o negativo dalla legge o che fossero stati stabiliti dei requisiti essenziali da parte del legislatore oppure, ancora, che tale divieto fosse stato espresso attraverso la comminazione di una nullità o annullabilità di quell’atto da parte della legge. Cfr. Sent. Cass. Civ., 10/11/1992, n.12081; sent. Cass. Civ., 22/10/1990, n.10256; sent. Cass. Civ., 21/04/1983, n. 2745.

¹⁰⁸ PUCCINI, *la legge sul notariato*, Civitavecchia, 1880, 63; FALCIONI, *Manuale teorico pratico del notariato*, Torino, 1889, I, 167; DEGNI, *Commento alla legge*

A questa impostazione si contrapponeva quella dottrina che, invece, effettuava un'interpretazione più restrittiva del divieto di cui all'art 28, soffermandosi maggiormente sull'aspetto libero professionale che caratterizza l'attività notarile.

La dottrina di cui si discorre, in pratica, sosteneva che con la locuzione "atti espressamente proibiti" il legislatore avesse inteso far riferimento non già agli atti annullabili, inefficaci, o comunque irregolari, ma - esclusivamente - agli atti nulli¹⁰⁹.

Sul punto ha preso posizione la Suprema Corte di Cassazione la quale, con la sentenza 11 novembre 1997 n. 11128 (sentenza che costituisce la *leading case* alla quale sono seguite delle altre che hanno confermato questo

16 febbraio 1913, n. 89 sull'ordinamento del notariato, Roma, 1913, 75; STELLA RITCHER, *sui limiti delle attribuzioni notarili*, in *GCCC*, 1945, 99. Invero, secondo questa dottrina, il notaio in quanto pubblico ufficiale avrebbe lo scopo principale di tutelare nell'ordinamento la certezza dei rapporti giuridici; certezza che non può essere turbata dalla stipulazione di atti che non producono una piena, e definitiva, efficacia giuridica tra le parti.

¹⁰⁹ FALZONE, *dizionario del Notariato*, aggiornato a cura di CARUSI, Roma, 1954, 59; Lenzi, *il notaio e l'atto notarile*, Pisa, 1950, 202; GALLO-ORSI, *prolusione alla scuola del notariato*, Torino, 1963; MARTRA, *Notariato ed archivi notarili*, p. 377; Tondo, *intorno al divieto del notaio di ricevere atti contrari alla legge*, in *studi su argomenti di interesse notarile*, Roma, 1969, VOL I, 124; Dottrina che rimarca la natura eccezionale della regola espressa dall'art 28 n.1, L. 16/02/1913 n.89, sottolineando così l'impossibilità di una estensione analogica. Individua invece nell'art 27 della stessa legge, la regola generale.

indirizzo¹¹⁰), ha precisato che gli atti nulli ai sensi dell'art 28 legge notarile sono esclusivamente quelli proibiti “*in maniera inequivoca*” escludendo dal raggio d'azione della norma, in tal modo, tutti gli atti annullabili, inefficaci o affetti da nullità relativa¹¹¹.

Con questa sentenza, in particolare, la Suprema Corte di Cassazione accoglie quella soluzione secondo la quale l'articolo 28 della legge notarile si applica a tutti i vizi che danno vita a nullità assoluta dell'atto¹¹², ricomprendendo perciò, anche quelle ipotesi di negozio viziato da una nullità diversa dall'illiceità e lasciando fuori dal raggio d'azione, invece, quelle nullità formali che non hanno una diretta influenza sul contenuto del

¹¹⁰ Vd. Sent. Cass. civ., 1.2.2001, n. 1394; sent. Cass. civ., 4.11.1998, n. 11071; sent. Cass. civ., 4.5.1998, n.4441; sent. Cass. civ., 19.2.1998, n. 1766; per la giurisprudenza di merito, Vd. Tribunale Torino 6.10.2006.

¹¹¹ Secondo i giudici della Corte Suprema di Cassazione, in queste ipotesi, sussiste per il professionista soltanto l'obbligo di informare le parti sulla sussistenza e degli effetti che produce il vizio.

¹¹² Per la dottrina - vd. SILIQUINI CINELLI LUCA, *op. cit.* - il primo comma dell'art. 28 si riferisce esclusivamente agli elementi strutturali del negozio giuridico, quali ad esempio la condizione, l'onere, la prestazione, la causa e la motivazione; ritenendo fuori dal suo raggio d'azione: gli atti che si pongono in contrasto alle norme imperative concernenti gli aspetti negoziali diversi da causa, condizione, onere prestazione e motivazione, gli atti nulli per violazione del dettato dell'art. 138 legge notarile, gli atti *mortis causa*, gli atti posti in violazione degli articoli 54 e 57 legge notarile, e quegli atti che non sono espressamente o manifestamente contrari al buon costume

negozio¹¹³. Allo stesso modo sono esclusi quei vizi che comportano soltanto l'annullabilità o inefficacia dell'atto, salvo l'obbligo in capo al professionista di informare le parti.

Dalla decisione della Suprema Corte anzitutto si evince che il notaio deve fare da garante della bontà dell'operazione sostanziale sottesa all'atto ma, al contempo, sotto l'aspetto della validità formale dell'atto viene precisato che il controllo del notaio non può spingersi oltre certi limiti.

In altre parole, se il notaio si accorge che l'atto sia affetto di un vizio che lo rende annullabile o inefficace, ha il dovere di mettere a conoscenza i contraenti.

¹¹³ Invero, in merito alla questione della violazione di disposizioni recanti prescrizioni di forma - come ad es. gli art 54, 57 o 138 l. not - la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di chiarire che la violazione dell'articolo 28 non può riguardare questi casi, ma si verifica soltanto nell'ipotesi di nullità "sostanziali"; orientamento confermato anche da quella dottrina che - rilevando da un lato la circostanza secondo cui la scelta relativa alla forma del negozio è per le parti un onere e non un obbligo - sottolinea, che il problema relativo al vizio formale dell'atto non può essere considerato alla stregua di un atto "proibito" dalla legge ex art. 28; rileva inoltre la stessa dottrina, la normativa data dall'art. 58 della l. not. che disciplina le ipotesi della nullità documentale, e sottolinea come ai sensi dell'articolo in questione, alcune fattispecie vengano sanzionate in modo autonomo e osservando conseguentemente l'irragionevolezza del trattamento che si sarebbe verificata se il legislatore avesse inteso sanzionare contemporaneamente con una pena più grave ex art 28 della legge notarile, le stesse fattispecie previste dall'art 58.

Va tuttavia precisato che, dopo essere stati messi a conoscenza del vizio, i contraenti potranno comunque decidere di continuare verso la finalizzazione dell'operazione esonerando così il notaio da ogni tipo di responsabilità in merito¹¹⁴.

¹¹⁴ DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'articolo 28 legge notarile*, in, *RDP*, 2005, 281.

Bibliografia

AMATO G., *I limiti della libertà professionale in riv. not.* 1960.

ANGELONI F., *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990.

ANGELONI F., *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, ed. Giuffrè, 1999.

BIANCA C. MASSIMO, *Diritto civile, Vol. V: La responsabilità*, Milano, Giuffrè Ed., 2012.

BIANCA C. MASSIMO, *Diritto civile, Vol. IV, L'obbligazione*, Milano, Giuffrè Ed., 1995.

CANDIAN, *La responsabilità civile del notaio nella fase preparatoria dell'atto di trasferimento immobiliare*, in *Resp. Civ. e Prev.* 1984.

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958

DE CUPIS A., *il danno – teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979.

DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'articolo 28 legge notarile*, in, *RDP*, 2005.

DE GIOVANNI, *trent'anni di responsabilità civile del notaio nella giurisprudenza*, in, *VN*, 1973.

DI FABIO M., *L'atto di compravendita immobiliare*, UTET, 2015, Milano.

DI FABIO M., *Manuale di notariato*, Milano, Giuffrè Ed., 2007.

FALZONE, *dizionario del Notariato*, aggiornato a cura di CARUSI, Roma, 1954.

FERRI A. G., L. R. SANSEVERINO in *Commentario del Codice Civile* a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA Ed. Zanichelli, Roma, 1972

GALLO-ORSI, *prolusione alla scuola del notariato*, Torino, 1963;

GIRINO G., *La figura giuridica del notaio*, in *RN*, 1985

LENZI, *il notaio e l'atto notarile*, Pisa, 1950.

MONATERI P. G., *La responsabilità civile*, UTET, 2006.

MUSOLINO G., *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, 2005.

MUSOLINO G., *note minime in tema di responsabilità notarile verso il venditore di un immobile*, in *RN*, 2005 1067

PARADISO M., *corso di istituzioni di diritto privato*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014.

PETRELLI, *visure ipotecarie, responsabilità civile del notaio e limiti del danno risarcibile*, Milano, ed. Giuffrè 1994.

PROTETTI' – DE MARTINIS – DI ZENZO - *La legge notarile*, ed. Giuffrè, Milano, 2016.

RODOTA', *Le fonti d'integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969.

RODOTA', *Diligenza*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964.

STELLA RITCHER, *sui limiti delle attribuzioni notarili*, in *GCCC*, 1945.

SANTORO PASSERELLI, *voce professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. It.*, 1967, vol. XIV

SILIQUNI CINELLI L., *la responsabilità civile del notaio*, ed. IPSOA, Torino, 2011

SALOMONE, *le libere professioni intellettuali*, in Tratt. Galgano, L., Padova, 2010.

STANIZZI, *La responsabilità civile del notaio*, in *RN*, 1980.

TESTA, *La responsabilità contrattuale del notaio*, in *IP*, 2011

TONDO, *intorno al divieto del notaio di ricevere atti contrari alla legge*, in *studi su argomenti di interesse notarile*, Roma, 1969, VOL I, 124

TORRENTE A. – SCHELSINGER P., *Manuale di diritto privato*, Ed. Giuffrè, 2013.

VALLEBONA A. – CAGNASSO O., *Commentario del codice civile,*
UTET, 2014.

Giurisprudenza

Cass. 21/07/2012 n. 10297 in *Vita not.*, 2013.

Cass. 2/07/2010, n. 15726, in *notariato*, 2010.

Tribunale Bologna, sezione III, 27 novembre 2008, n. 3021 in *Riv. Not.* 2009

Cass. 19/05/2007 n. 6514, in, *RN* 2008.

Cass. 24/04/2006 n. 264, in *Riv. Not.* 2007.

Cass., 11.1.2006, n. 264 in *Riv. Not.* 2007

Cass. 29/03/2007, n. 7707, in *Impresa*, 2007, 6, 944.

Cass. 28/07/2005, n. 15781, in *GI* 2006, 1380

Cass. 13/1/2003, n. 309, *RN*, 2003.

Cass. 28/1/2003, n. 1228, *Gius*, 2003, 1204; *RN*, 2003, 1234 e 1235

Cass. 18/1/2002, n. 541, *GC*, 2002, I, 995

Cass. 19/01/2000, n. 566, *VN*, 2000, 503; *RN* 2003, 1234.

Cass. 15/6/ 1999, n. 5946, *RN*, 2000, 138

Cass. 15/06/1999, n. 5946, *RN*, 2000, 136

Cass., 6/04/1995, n. 4020, in *Giur. It.*, 1996, I, 1274

Cass. 12/05/1990, n.4111, *NGCC*, 1991, I, 774

Cass. 29/08/1987, n. 7127, *VN*, 1988, 365; *RN*, 1989, 418

Cass. 25/05/1981, n.3433, in *Mass. Giur. Iy.*, 1981, 856.

Cass 25/10/1978, n. 4847, *RN*, 1979, 163

Cass. 29/09/1973, n. 3298, in *Foro it.*, 1974, I, 678

Cass. 10/10/1972, n.3255, in *Vita not.*, 1973, 196.

Cass. 29/10/1971, n. 3066, *FI*, 1972, I, 651

Cass. 11/3/1964, n. 525. *RN*, 1964, 704

Cass. 6/12/1960, n. 3189, *GI*, 1962, I, 1, 425.

Cass. 1/8/1959, n. 2444 in *RN*, 1959,878

Cass. 11/5/1957, n. 1659, *BBTC*, 1957 II, 339-340.

Cass. 16/2/1957, n. 533 *FI*, 1957, I, 766.

A mio padre, mia madre.

Grazie.