

Commissione Protocolli

Regola n. 3 **Doveri del notaio in relazione all'autenticazione** **delle scritture private**

Il notaio, nell'esecuzione della prestazione relativa all'autenticazione della sottoscrizione delle scritture private ha l'obbligo inderogabile di controllo di legalità e liceità della scrittura stessa, ai sensi dell'art. 28 della legge notarile ed inoltre è tenuto a compiere anche quelle attività di ispezione, accertamento, informazione e chiarimento che derivano dagli usi negoziali, ai sensi dell'art. 1340 c.c. e che siano accessorie all'espletamento dell'incarico secondo i canoni della correttezza e diligenza prescritti dagli articoli 1175 e 1176 c.c.

Nel caso in cui al notaio è conferito il generico incarico di procedere alla redazione di un atto notarile, senza specificazione del tipo di forma da adottare, il notaio dovrà presumere che le parti abbiano fatto riferimento all'atto pubblico che costituisce lo strumento più idoneo a realizzare, riassumere e qualificare la prestazione notarile in tutti i suoi aspetti.

Qualora le parti intendano conferire al notaio un incarico limitato alla mera autenticazione delle sottoscrizioni di una scrittura privata redatta da terzi o dalle parti stesse, rinunciando all'attività di ispezione, accertamento, informazione e chiarimento, ciò dovrà risultare in modo espresso dalla scrittura o da un suo allegato, sotto forma di dichiarazione di parte. La presenza reiterata di incarichi di mera autenticazione delle sottoscrizioni - in assenza di ragioni di meritevolezza - costituisce rilevante indizio di un comportamento frettoloso e compiacente del medesimo notaio.

Il notaio avrà, in ogni caso, il dovere di accertare la legittimazione delle parti, richiesta dall'art. 54 del regolamento notarile e dall'autentica notarile dovranno risultare anche gli eventuali soggetti in nome e per conto dei quali è stata sottoscritta la scrittura e la giustificazione dei relativi poteri.

Ai fini del presente protocollo, non potrà ritenersi scrittura privata, redatta dalle parti stesse o da terzi, una scrittura incompleta e mancante dei requisiti minimi richiesti dalla legge perché si producano gli effetti voluti dalle parti, non potendosi ritenere tali quei documenti redatti in forma di minuta o di bozza che per la loro incompletezza o indeterminatezza, presuppongono una successiva stesura che, in considerazione di quanto sopra indicato, dovrà essere quella dell'atto pubblico; così come non potrà ritenersi, in nessun caso, conferito l'incarico di apporre la mera formula di autenticazione di sottoscrizione ad una scrittura privata, redatta dalle parti o da terzi, nei casi in cui, in considerazione della qualità delle parti ovvero del contenuto dello scritto, appare una manifesta ed evidente asimmetria informativa o di potere contrattuale che necessita una ulteriore attività di informazione e chiarimento da parte del notaio.

COMMENTO : Nell'ampio *genus* degli atti notarili possono ricomprendersi anche le scritture private con sottoscrizione autentica.

La disciplina della autenticazione della scrittura privata, risente di una certa frammentarietà dovuta soprattutto alla sua genesi storica. Tale istituto nasce, infatti, come atto di rilevanza marginale, utilizzata per fattispecie di importanza minore (ad esempio l'autentica delle girate dei titoli di crediti) e non di uso generalizzato nell'attività negoziale. Tant'è che la legge notarile nell'elencare le funzioni del notaio all'art.1 non fa alcuna menzione dell'autentica delle sottoscrizioni che trova, invece, la sua regolamentazione, in questo corpo di norme principali:

- in parte nell'art. 72 della legge notarile (16 febbraio 1913 n.89);
- in parte nell'art. 86 del regolamento del 10 settembre 1914 n.1326;
- in parte nella legge 2 aprile 1943 n.266 (norme sull'intervento dei testimoni negli atti notarili di autenticazione), recentemente riformata dalla legge 246/2005, nel senso di non ritenere più necessaria nell'autenticazione delle sottoscrizioni delle scritture private la presenza dei testimoni, se non nei casi in cui lo ritenga il notaio o una parte ne richieda la presenza;
- in parte negli articoli 2703 e 2704 del codice civile, in materia di prova documentale e nell'art. 2715, con riferimento alle copie delle scritture private depositate presso pubblici uffici;
- più recentemente nella legge 28 novembre 2005 n.246 che, nel dettare norme sul riassetto normativo e sulla semplificazione, all'art. 12 ha apportato modifiche di non poco rilievo alla disciplina della scrittura privata autenticata, prescrivendo l'obbligo di conservazione delle scritture private autenticate soggette a pubblicità commerciale ed immobiliare e l'impossibilità di apporre la formula di autentica alle scritture private nei casi previsti dall'art. 28 l.n.;
- infine nell'art. 474 n. 2 del c.p.c. che, nella stesura attualmente vigente (a seguito della modifica contenuta nell'art. 2, comma III, lett e, del d.l. 14 marzo 2005 n.35, conv. in legge 14 maggio 2005 n.80), prevede che la scrittura privata autenticata ha valore di titolo esecutivo relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in essa contenute.

Procedendo in un sintetico esame del quadro normativo esposto, l'art. 72 della legge notarile, nella vigente stesura, dispone che:

“L'autenticazione delle firme apposte in fine delle scritture private ed in margine dei loro fogli intermedi è stesa di seguito alle firme medesime e deve contenere la dichiarazione che le firme furono apposte in presenza del notaio e, quando occorrono, dei testi e dei fidefacienti, con la data e l'indicazione del luogo.

Quanto alle firme dei margini e dei fogli intermedi basterà che di seguito alle medesime il notaio aggiunga la propria firma.

Le scritture private, autenticate dal notaio, verranno, salvo contrario desiderio delle parti e salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare o commerciale, restituite alle medesime. In ogni caso però debbono essere prima, a cura del notaio, registrate a termini delle leggi sulle tasse di registro.”

L'art. 86 del regolamento detta, invece, una serie di prescrizioni, in ordine al contenuto della dichiarazione di autentica, specificando il significato di "foglio intermedio" e ribadendo la necessità che il notaio, così come prescritto dall'art. 2703 del c.c., attesti che le sottoscrizioni sono state apposte in sua presenza (ed eventualmente in presenza dei testimoni e dei fidefacienti).

Gli articoli 2702 e 2703 del codice civile, integrano la disciplina contenuta nella legge notarile e nel regolamento disponendo che il notaio deve attestare che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza, previo accertamento dell'identità della persona che sottoscrive e disponendo che la data della scrittura privata autenticata è certa e computabile riguardo ai terzi.

La legge di semplificazione 28 novembre 2005 n.246 e l'art. 472 n.2 del c.p.c., come già accennato, hanno invece dettato prescrizioni in ordine alla valenza privilegiata (in alcuni casi) della scrittura privata autenticata (titolo esecutivo relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute), separandola nettamente dalla semplice scrittura privata ed hanno prescritto precisi obblighi a carico del notaio (irricevibilità dell'atto nei casi previsti dall'art. 28 ed obbligo di conservazione delle scritture soggette a pubblicità immobiliare e commerciale) come diretto riconoscimento della nuova valenza e del nuovo ruolo, certamente non marginale, della scrittura privata autenticata, nella contrattualistica e nella circolazione dei beni.

Fin qui il quadro normativo espresso. Dottrina e giurisprudenza hanno poi integrato questo insieme frammentario di norme arricchendolo di interpretazioni più o meno condivise.

Così si è ritenuto ⁽¹⁾, sotto il profilo delle regole formale della scrittura privata autentica, che non siano applicabili le numerose prescrizioni previste dall'art. 51 della legge notarile per l'atto pubblico, quali: l'intitolazione (REPUBBLICA ITALIANA), l'indicazione del "locus loci" ⁽²⁾, la lettura dell'atto, l'allegazione della procura, il numero dei fogli di cui consta l'atto, l'applicazione degli articoli 54, 55, 56 e 57 della legge notarile ⁽³⁾, l'indicazione della data in tutte lettere.

Oggetto di indirizzi diversi, invece, prima dell'entrata in vigore della legge 246 del 2005, era l'applicabilità dell'art. 28 della legge notarile anche alle scritture private autenticate.

¹ ANSELMI, *Principi di arte notarile*, LIBRERIA FORENSE – Editrice, 1952, pag. 99 e segg., M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, GIUFFRÈ Editore, 1981, pag. 191. Sul punto l'opinione riportata è largamente maggioritaria e preferibile, tenuto anche conto della lettera dell'art. 86 r.n. che espressamente dispone che "*l'autenticazione delle firme apposte alle scritture private, giusta il disposto dell'art. 72 della legge, consiste in un'unica dichiarazione redatta in fine delle scritture stesse, senza altra formalità oltre a quelle prescritte dal detto articolo*".

² L'indicazione del locus loci, tuttavia, corrisponde ad un preciso dovere imposto dal codice di deontologia: (principio §b3).

³ Sulle motivazioni relative all'inapplicabilità, alla scrittura privata autentica, di una serie di disposizioni strumentali all'indagine sulla volontà prescritta per l'atto pubblico dall'ultimo comma dell'art. 47 della legge notarile, quali quelle contenute negli articoli 54, 55, 56 e 57 della legge notarile, relativamente alle formalità da osservare in presenza di persone che non conoscano la lingua italiana, di muti, sordi o sordomuti: cfr. G. PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la "sostanza" dell'atto pubblico notarile*, in *Rivista del Notariato* n. 1, 2006, pag. 75 e segg.

Nonostante un fronte compatto in dottrina e la Cassazione civile ⁽⁴⁾ avessero ritenuto pacifico che il notaio, anche nell'autenticazione delle scritture private, era tenuto al preventivo esame di liceità del contenuto della scrittura, al fine di accertarne l'assenza di disposizioni contrarie alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, una sentenza della cassazione penale a sezioni unite ⁽⁵⁾, aveva negato la possibilità del notaio di rifiutare l'apposizione dell'autentica in calce alla scrittura privata in presenza di un elemento ostativo di cui all'art. 28 della legge notarile, sulla base del rilievo che «*l'atto di autenticazione è del tutto autonomo rispetto alla scrittura privata e si concreta in un'attività meramente strumentale, di esternazione di un fatto giuridico il quale ha prodotto tutti i suoi effetti inter partes e che il notaio non potrebbe rifiutarsi di compiere senza violare l'art. 27 legge notarile.*»

L'estensione, espressa, delle prescrizioni dell'art. 28 l.n. anche alle scritture private, a seguito dell'entrata in vigore della legge 246 del 2005, relegano questa sentenza e la sua motivazione, in una dimensione storica, interessante al fine di comprendere l'evoluzione del pensiero giuridico in ordine alla considerazione ed all'inquadramento della scrittura privata autenticata, all'interno della più ampia problematica relativa alle garanzie documentali nel traffico giuridico.

Dubbi analoghi a quelli sussistenti per l'art. 28 l.n. riguardano l'applicabilità o meno alla scrittura privata autenticata dell'art. 54 reg.not. che fa divieto al notaio di “*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.

La migliore dottrina ⁽⁶⁾ ritiene che anche questa norma, così come l'art. 28 l.n., debba essere osservata dal notaio nell'attività di autenticazione delle scritture private. Tale interpretazione comportava, soprattutto nel passato, conseguenze di rilievo non indifferente, in quanto sino alla sentenza della cassazione dell'11 novembre 1997 n.11128, (che ha tracciato il solco ad un indirizzo

⁴ Cfr. l'ampia bibliografia citata in CNN notizie n.212 del 2005 , *Legge di semplificazione per il 2005. Le novità di interesse notarile*, a cura di GIOVANNI CASU e ANTONIO RUOTOLO: TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, pagg. 283-284; BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, in *Vita not.*, 1984, p. 41; G. PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, pagg. 1423-1426; BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, Torino, 1994, p. 426; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 1981, p. 189; FALZONE - ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, vol. I, Roma, 1973, p. 250; GIULIANI, *Dell'autenticazione di scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1951, p. 645; PAOLUCCI, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, Milano, 1990, pagg. 34-35; DETTI, *Natura del rapporto notarile. Irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di s.r.l. senza preventivo deposito del capitale versato*, in *Riv. not.*, 1964, p. 964; BUSANI, *Reato di lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 964; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987, p. 976 e la giurisprudenza civile Cass. civ. 22 marzo 1994, n. 2699, in *Riv. not.*, 1994, p. 1094.

⁵ Cass. 28 febbraio 1990, n. 2720, in *Giur. it.*, 1991, II, col. 229, con nota di ANNUNZIATA.

⁶ Cfr. G.CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano – Roma, 1996, pag. 391 e segg.; G. PETRELLI, *L'indagine della volontà cit.*, pag. 77 e segg.

giurisprudenziale univoco e che può attualmente considerarsi consolidato), si riteneva che la violazione dell'art. 54 del r.n., comportava una diretta violazione dell'art. 28 della l.n., con tutte le conseguenze sanzionatorie derivanti.

La rigorosa interpretazione dell'art. 54 del r.n. derivava da un altrettanto rigorosa interpretazione dell'art. 28 della l.n. tale da ricomprendere tra gli atti proibiti, non solo quelli affetti da nullità assoluta, ma anche quelli, affetti da altre patologie negoziali comportanti l'annullabilità dell'atto, la nullità relativa, l'inefficacia.

Il nuovo indirizzo interpretativo, sebbene abbia mitigato gli effetti della violazione dell'art. 54 del r.n., nulla ha aggiunto in ordine alla sua estensione o meno all'attività notarile diretta all'autenticazione della scrittura privata, così come la legge 246 del 2005 non ha esteso espressamente (come sarebbe stato opportuno in modo simmetrico con l'art. 28 della l.n.) il disposto dell'art. 54 anche a tale tipologia "minore" di atto notarile.

Nonostante la mancanza di un'espressa previsione normativa, tuttavia, è da ritenere, in sintonia con la migliore dottrina sopra indicata, che il disposto dell'art. 54 del r.n. sia applicabile estensivamente anche alle scritture private autentiche.

Questo sintetico inquadramento sistematico costituisce la premessa necessaria per analizzare sia gli aspetti sostanziali che differenziano la scrittura privata autenticata dall'atto pubblico, sia il contenuto della prestazione notarile nell'esecuzione del mandato relativo all'autenticazione di una scrittura privata e sia, infine, l'atteggiamento che il notaio deve assumere nella scelta della forma nel caso in cui sia genericamente richiesto di redigere un atto notarile.

L'atto pubblico è definito dall'art. 2699 del codice civile come quel documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da un altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove è formato.

La disciplina contenuta nel codice civile negli articoli 2699 e seguenti è diretta a regolamentare gli effetti (soprattutto sul piano probatorio) dell'atto pubblico.

E', infatti, espressamente previsto che l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri atti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. Sotto quest'aspetto va sottolineato che la particolare efficacia privilegiata dell'atto pubblico non si estende a tutto il suo contenuto ma, come più volte ribadito dalla cassazione ⁽⁷⁾, non attiene ai fatti enunciati come compiuti o conosciuti non nella contestualità della formazione dell'atto, ma in un momento anteriore. La valutazione dei fatti suddetti, ancorché compiuta dal pubblico ufficiale, non gode della forza probante privilegiata (si pensi alla cronistoria dei passaggi di proprietà intervenuti nel ventennio antecedente l'atto di trasferimento di un immobile).

⁷ Ex multis Cass. 17 dicembre 1990 n.11964 in Giustizia civile, 1991, I, 906; Cass., sez. II, 17-06-1999, n. 6018.

Gli effetti privilegiati di cui gode l'atto pubblico si accompagnano ad una serie di regole che attengono alla sua formazione, contenute nella legge notarile. Regole rigorose dirette a garantire, nella sostanza oltre che nella forma, la particolare solennità del documento definito come "atto pubblico".

La funzione che sicuramente caratterizza in modo più significativo l'atto pubblico notarile è probabilmente quella contenuta nell'ultimo comma dell'art. 47 della legge notarile, che nella stesura attualmente vigente dispone: "*Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto*".

All'interno della disposizione ora enunciata si rinvengono due prescrizioni poste a presidio della solennità dell'atto stesso:

- l'indagine della volontà da parte del notaio;
- la compilazione dell'atto curata sotto la direzione e responsabilità del notaio.

Le altre norme prescrittive di ulteriori regole e formalità da seguire nella redazione dell'atto pubblico possono essere considerate accessorie, complementari o, comunque, logicamente conseguenti agli enunciati contenuti nell'ultimo comma dell'art. 47 della legge notarile. Basti pensare, ad esempio, alle norme dettate in caso di intervento nell'atto pubblico di persone che non conoscono la lingua italiana, dei muti, dei sordi, dei sordomuti, etc.; norme queste che trovano la loro logica giustificazione all'interno di un sistema che pone in posizione centrale nella redazione dell'atto pubblico l'attività d'indagine svolta dal notaio e la necessità che lo stesso possa interagire con le parti negoziali seguendo regole certo a presidio e garanzia delle parti stesse ⁽⁸⁾.

Tralasciando l'approfondimento del secondo punto dell'art. 47 l.n. relativo alle modalità di compilazione dell'atto pubblico, per il cui approfondimento si rinvia al protocollo sull'indagine della volontà nell'atto pubblico, qualche precisazione è invece opportuna sul primo punto nell'economia del presente protocollo.

Va, innanzitutto osservato che l'indagine della volontà, da parte del notaio, si ricollega direttamente al disposto dell'art. 2699: "*l'atto pubblico è il documento redatto da un notaio*".

Dunque, il presupposto logico per consentire al notaio di redigere il relativo documento contenente la volontà negoziale delle parti o della parte ovvero la volontà dichiarativa della parte è che il notaio abbia indagato ed accertato quale sia la volontà stessa.

Il primo problema è chiarire se la volontà che il notaio è tenuto ad accertare sia la mera volontà della dichiarazione ovvero una volontà consapevole, una volontà, in altri termini, formatasi, all'esito della piena consapevolezza di quegli

⁸ In modo efficace G.PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti ...*, op. cit., pag.76, afferma che le suddette norme hanno la funzione di assicurare lo svolgimento di una corretta indagine della volontà ad opera del notaio, e quindi di assicurarsi che il contenuto dell'atto rispecchi tale volontà. E' allora evidente che tali disposizioni non trovino applicazione laddove quest'indagine della volontà non è prevista inderogabilmente, come nel caso della scrittura privata autenticata. Cfr. anche, G.PETRELLI, *op e loc. cit.* nota 118, per la bibliografia sul punto.

elementi, di fatto e di diritto, che in modo più o meno significativo possono influire sulla determinazione soggettiva della parte.

Il verbo usato dal Legislatore: “indagare”, la cui formazione etimologica è composta dai termini “*ENDON*” (entro) ed “*AGERE*” (spingere), non lascia alcun dubbio che l’attività del notaio non può fermarsi all’acquisizione superficiale della dichiarazione resa dalle parti; al contrario dovrà valutare l’intima convinzione e determinazione delle parti di realizzare uno specifico “interesse”, nella consapevolezza e nella ragionevole valutazione di quelle circostanze influenti ai fini di una libera determinazione del volere.

A monte, quindi, o forse, più precisamente, in sintonia con l’attività di indagine da parte del notaio sussiste un’attività di informazione in ordine agli aspetti e vicende della fattispecie che vanno valorizzati nella determinazione finale dell’intento perseguito dalle parti.

Quest’aspetto non è certamente trascurabile o di secondo piano nello svolgimento della prestazione professionale del notaio, tenuto in debito conto, che uno dei motivi fondamentali che caratterizzano le professioni in genere e ne giustificano la relativa regolamentazione è individuato nella cd. asimmetria dell’informazione tra clienti e prestatori di servizi.

Nella comunicazione della Commissione europea del 9 febbraio 2004 sulle professioni, testualmente si afferma che “ *caratteristica essenziale dei servizi professionali è che gli operatori debbono disporre di un livello elevato di conoscenze tecniche. I consumatori, che possono essere sprovvisti di tali conoscenze, hanno pertanto difficoltà a giudicare la qualità dei servizi che acquistano. I servizi professionali sono “credence goods”, ovvero beni la cui qualità non può essere giudicata facilmente né con l’osservazione precedente né, in taluni mercati, con il consumo o l’uso.*”

Va subito precisato, che nell’attività che possiamo, genericamente definire d’informazione o, comunque, diretta a colmare l’asimmetria informativa del cliente non rientra qualunque fatto e circostanza che possa essere determinante nell’assetto finale degli interessi delle parti, ma solo ciò che rientra nelle cognizioni tecniche proprie dell’attività notarile.

Sarà, pertanto, ragionevole ritenere che il Notaio dia al cliente tutti i chiarimenti necessari in presenza di un titolo di provenienza che presenta profili patologici che possono mettere a rischio la stabilità degli effetti che l’atto deve produrre, così come sarà altrettanto ragionevole ritenere che il notaio debba informare le parti dell’esistenza di una formalità pregiudizievole iscritta nei pubblici registri o delle conseguenze che possono derivare dalla mancata annotazione di una formalità genericamente pregiudizievole, o degli effetti che possono essere prodotti, nella circolazione del bene, da una provenienza donativa. Al contrario, esulterà dall’attività del notaio tutto ciò che attiene alla convenienza economica dell’affare, ovvero ad indagini che presuppongono cognizioni tecniche proprie di altri professionisti (si pensi all’accertamento peritale relativo alla sussistenza di un abuso urbanistico ed alla misura della sua incidenza rispetto a quanto oggetto di concessione). Anche in questi ultimi casi l’opera del notaio non sarà del tutto assente ma sarà diretta, ove si riscontrino manifeste anomalie

cognitive nei clienti, ad invitare gli stessi a rivolgersi a professionisti qualificati per gli accertamenti e verifiche più opportune a presidio di una vera e sostanziale “libertà del volere” finalizzata ad assicurare il concreto e stabile perseguimento degli interessi voluti dai contraenti.

Il processo indagatorio compiuto dal notaio, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 47 l.n. è, sotto più di un aspetto simmetrico alla procedura istruttoria che normalmente è svolta dall’autorità giudiziaria nell’accertamento dei fatti di causa.

Gli obiettivi finali o più precisamente le finalità sono diverse, sebbene entrambi siano accomunati dalla medesimo intento di accertare la verità: la verità storica dei fatti nel processo giudiziario, la verità del volere attuale ed in formazione nel procedimento notarile ⁽⁹⁾; in un’ottica anche di natura “antiprocedurale”, intesa quest’ultima come ideale definitiva stabilizzazione della composizione degli interessi delle parti in un quadro di equità, correttezza e trasparenza.

Si accompagna all’attività sopra accennata di indagine della volontà, l’ulteriore profilo attinente alla cd. funzione di adeguamento, definita da D’Orazi Flavoni⁽¹⁰⁾, come congrua aderenza dell’intento empirico manifestato dalle parti ai paradigmi offerti dall’ordinamento.

Al di là delle critiche mosse a questa definizione, di carattere più filosofico che giuridico, all’interno di questa funzione è racchiusa l’essenza della funzione notarile: indagine della volontà; attività d’informazione diretta ad un accordo negoziale corretto, equo e trasparente; attività di suggerimento e consulenza in ordine agli strumenti giuridici più adeguati per realizzare gli intenti pratici voluti dalle parti; attività cd. di “controllo di legalità” relativa al contenuto dell’accordo nella sua complessità e nelle singole clausole e, quindi, verifica che non ci siano profili di contrarietà alla legge, al buon costume ed all’ordine pubblico, secondo quanto espressamente disposto dall’art. 28 della l.n.

Va ricordato e sottolineato che le conseguenze che la legge ricollega alla mancata indagine della volontà da parte del notaio sono particolarmente gravi in quanto sanzionate dall’art. 58 della legge notarile con la nullità dell’atto pubblico ⁽¹¹⁾.

Gli aspetti sopra elencati, sebbene siano stati oggetto di approfondito esame nel protocollo sull’indagine della volontà delle parti nell’atto pubblico, a cui si

⁹ Cfr. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Riv. trim dir e proc. civ.* 1955, I, pag. 265 e segg. il quale osserva: “L’altra conoscenza, quella della volontà delle parti è veramente l’oggetto specifico della professione del notaio, e vorrei dire la sua arte, ciò che fa il notaio e fa ciascun notaio diverso dall’altro. Perché specifico? Anche l’avvocato conosce, anche il giudice conosce. Ma l’avvocato conosce per far conoscere, e il giudice conosce secondo quello che gli è fatto conoscere; sono conoscenze l’una e l’altra imperfette, per non dire sospette. Il notaio soltanto conosce, ed è chiamato a conoscere, secondo verità, diciamo meno equivocamente conosce e deve conoscere la verità del volere. Ed è questo un compito grave, di cui ciascuno di voi ha quotidiana e spesso dolorosa esperienza.”

¹⁰ Cfr. D’ORAZIO FLAVONI, *La responsabilità civile nell’esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici raccolti a cura del Consiglio Notarile di Roma*, Roma, 1965, pag.965 e seg.

¹¹ M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, cit, pag. 205.

rinvia integralmente, sono comunque, utili per evidenziare la diversa tipologia di attività che è svolta dal notaio al quale è conferito l'incarico di autenticazione delle sottoscrizioni in una scrittura privata.

La giurisprudenza ha costantemente ribadito la netta separazione dell'attività svolta dal notaio nell'atto pubblico rispetto all'attività dal medesimo svolta nell'autenticazione della scrittura privata.

Ciò è comprensibile perché, nella considerazione "storica" del legislatore, l'opera del notaio nelle due attività era significativamente diversa; nel primo caso, diretta alla redazione dell'intero atto, nel secondo caso, diretta alla mera certificazione dell'apposizione delle sottoscrizioni alla sua presenza, previo accertamento dell'identità dei sottoscrittori stessi.

La crescente considerazione del Legislatore verso la scrittura privata autenticata (e verso l'attività connessa alla mera autenticazione delle firme) hanno allontanato sempre di più questo tipo di documento dalla semplice scrittura privata per avvicinarlo, sotto più di un aspetto, all'atto pubblico.

Ciò in considerazione sia del ruolo fondamentale che anche questa tipologia di documento concorre a svolgere nel regime della circolazione dei beni e della pubblicità, sia in funzione del riconoscimento della sua particolare efficacia privilegiata (titolo esecutivo) in alcune ipotesi,.

Estremamente significativa di questa nuova considerazione del legislatore per questa particolare forma di documentazione giuridica è la norma di nuova emanazione (contenuta nel più volte citato art. 12 della legge 246 del 2005) che ha imposto l'obbligo di conservazione delle scritture private autenticate soggette a pubblicità commerciale ed immobiliare. Infatti tale obbligo è direttamente connesso sia all'opportunità che il documento cartaceo sia conservato in un archivio sicuro, quale è quello notarile, e sia all'opportunità di assoggettare anche tali atti alle ispezioni ordinarie biennali da parte dell'archivio notarile competente, oltre che ad eventuali ispezioni straordinarie (artt. 127 e seguenti della legge 16 febbraio 1913, n. 89).

Le finalità pubblicistiche, che il legislatore ha inteso tutelare mediante la forma notarile, trovano, infatti, soddisfacimento non solo nel controllo di legalità che il notaio deve effettuare a norma dell'art. 28 della legge notarile, ma anche mediante la successiva attività di vigilanza ad opera dei competenti organi dello Stato (vigilanza che è una peculiarità assoluta, propria degli atti notarili, a cui non sono soggetti altri pubblici ufficiali roganti, ai quali - proprio per tale motivo - solo in via eccezionale l'ordinamento attribuisce competenza per l'autenticazione o il ricevimento di atti particolari) ⁽¹²⁾.

Le differenze, tuttavia, tra la scrittura privata e l'atto pubblico permangono e valgono, comunque, a separare qualitativamente le due tipologie di atto notarile.

Il punto critico di separazione delle due forme di documentazione giuridica è rappresentato proprio dall'essenzialità ed inderogabilità dell'indagine della

¹² Sul punto cfr. G.PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti ...*, op.cit, pag. 74

volontà che costituisce l'essenza dell'atto pubblico e spiega perché l'ordinamento imponga questa forma solenne in tutti i casi in cui gli interessi coinvolti nella stipula non sono disponibili dalle parti, o perché le parti stesse meritano di essere particolarmente "protette" ovvero quando importanti interessi di terzi esigono una particolare "affidabilità" della documentazione⁽¹³⁾.

Se può ritenersi fatto pacificamente acquisito che l'elemento idoneo a qualificare la sostanziale differenza nell'ambito della prestazione svolta del notaio nelle due tipologie di documento è l'indagine della volontà, vanno, a questo punto, individuati con precisione gli elementi caratteristici della prestazione notarile nell'attività di autenticazione delle scritture private.

L'elenco delle situazioni che possono verificarsi nella pratica è sicuramente vasta ed articolata, tuttavia, è possibile tipizzare, quanto meno alcune categorie generali di situazioni ricorrenti, alle quali riferire un comportamento del notaio che è ragionevole pretendere in funzione di una prestazione che, anche per questa attività, deve corrispondere ad uno standard qualitativo apprezzabile.

In una ideale gamma di fattispecie che possono presentarsi al notaio possiamo, quindi distinguere:

- l'ipotesi in cui al notaio sia presentata una scrittura privata redatta in modo completo e definitivo dalle parti con l'ausilio e l'assistenza di altri professionisti qualificati;
- l'ipotesi in cui al notaio sia presentata una scrittura privata redatta dalle parti, senza l'ausilio e l'assistenza di altri professionisti qualificati, in un contesto in cui appare manifesto che esistano asimmetrie di carattere informativo nelle parti ovvero asimmetrie di potere contrattuale che richiedono un intervento quanto meno di informazione e chiarimento da parte del professionista;
- l'ipotesi in cui al notaio sia presentata una scrittura che non presenta i caratteri della completezza e della definitività, ma corrisponda più che altro ad una bozza contenente indicazione da sviluppare all'interno di un più articolato assetto d'interessi;
- l'ipotesi in cui al notaio non sia presentato alcun documento da autenticare, ma venga genericamente conferito l'incarico di predisporre un atto notarile che produca determinati effetti;
- l'ipotesi in cui al notaio non sia presentato alcun documento, ma gli venga conferito l'espresso incarico di redigere una scrittura privata da sottoporre ad autentica da parte dello stesso notaio ovvero da parte di più notai, dovendosi l'accordo perfezionare in tempi diversi;
- l'ipotesi in cui non sia presentato alcun documento al notaio, ma si chieda il suo intervento nella predisposizione di un accordo negoziale in sinergia e collegamento con altri professionisti, nell'ambito di sistemazioni complesse che richiedono o la composizione d'interessi in una fase già contenziosa, più o meno avanzata, ovvero il contributo di diverse professionalità in considerazione delle cognizioni tecniche necessarie per addivenire all'accordo negoziale finale.

Probabilmente all'interno di queste ipotetiche fattispecie può articolarsi un'ulteriore casistica. Tuttavia, già da questo quadro ricostruttivo emergono con

¹³ Così G.PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti ... cit*, pag.78-79.

chiarezza delle differenze sostanziali tra ciò che può essere ragionevolmente preteso dal notaio in determinate fattispecie rispetto ad altre fattispecie in cui è legittimo presumere un diverso impegno da parte del notaio stesso.

Innanzitutto una prima attività che deve sempre accompagnare la prestazione del notaio è quella relativa al controllo di legalità. Come abbiamo già accennato, a seguito della legge 246 del 2005 (riassetto normativo e semplificazione) è stato espressamente estesa l'applicazione dell'art. 28 l.n. anche alle scritture private autentiche e pertanto:

«Il notaio non può ricevere o autenticare atti:

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

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

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

Sui dubbi vigenti, prima dell'entrata in vigore della suddetta modifica normativa, abbiamo anche già accennato e la questione appare più di carattere storico che attuale. Ciò che invece, va sottolineato è il fatto che, per quanto riguarda questo specifico aspetto, cliente e notaio possono concordare solo l'aspetto relativo al conferimento dell'incarico restando interamente disciplinato dalla legge il contenuto relativo a quest'attività che si ricollega direttamente al ruolo ed alla funzione pubblica svolta dal notaio.

All'interno del "controllo di legalità", inteso come contenuto tipico, legale ed inderogabile della prestazione notarile, trovano spazio, a fianco al controllo diretto alla verifica di contenuti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, anche quelle ulteriori attività accessorie ed intimamente connesse con un corretto assolvimento della funzione pubblica demandata al notaio.

Così come rientra nel contenuto minimo legale, collegabile alla funzione pubblica svolta dal notaio l'accertamento della capacità di agire della parti e la volontarietà dell'atto da compiere che come esattamente osservato ⁽¹⁴⁾: *“è indispensabile al fine di consentire l'imputazione della scrittura privata autenticata ai sottoscrittori, tenendo conto del “crisma di legalità” che l'autenticazione – sia pure in misura inferiore all'atto pubblico – assicura.”*

Il contenuto del mandato professionale conferito al notaio, oltre questa soglia minima, è lecitamente concordabile tra le parti. Più correttamente è da ritenere legittimo che il cliente, nella consapevolezza dell'attività necessaria ed opportuna che deve essere svolta per la piena realizzazione dei suoi intenti

¹⁴ G. PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti ...*, op. cit., pag. 76.

pratici ed aspettative giuridiche, conferisca un mandato più o meno ampio al notaio.

E' possibile, anche se poco probabile, che il mandato conferito al notaio sia scritto e presenti un' articolata serie di incarichi, obiettivi, richieste che il cliente chiede siano eseguiti.

E' invece più probabile e più rispondente alla realtà pratica che il cliente conferisca un generico incarico al notaio di redigere un atto notarile per la realizzazione di uno specifico interesse.

In quest'ultimo caso non può sorgere alcun dubbio che il notaio, in ottemperanza all'art. 46 del codice deontologico il quale espressamente dispone che : *“L'atto pubblico costituisce la forma primaria e ordinaria di "atto notarile", che il Notaio deve generalmente utilizzare nella presunzione che ad esso le parti facciano riferimento quando ne richiedono l'intervento, se non risulti una loro diversa volontà e salvo la particolare struttura dell'atto”* non potrà scegliere la forma della scrittura privata autentica, essendo, invece, doverosa la scelta della forma dell'atto pubblico.

E' da considerare scorretto, poco dignitoso e deontologicamente inaccettabile il comportamento del notaio che per sottrarsi a responsabilità professionali, per evitare l'espletamento di attività istruttorie, per sottrarre la propria attività all'ispezione demandata al Conservatore degli Archivi Notarili o per effettuare concorrenza tariffaria, scelga o suggerisca alle parti di optare per la forma della scrittura privata autenticata.

Nell'autenticare una scrittura privata, il notaio, per consentire la verifica della non ricorrenza dell'ipotesi appena descritta, in assenza di altri indici univoci, provvederà, pertanto, a farsi conferire un mandato espresso rappresentativo della volontà consapevole della parte di utilizzare una forma diversa da quella tipica notarile.

Assimilabili all'ipotesi del conferimento di un incarico generico alla redazione di un atto notarile sono le fattispecie in cui al notaio non è consegnata una scrittura redatta in modo completo e definitivo, ma sono consegnate delle scritture in formato di bozza, contenenti, più che l'accordo raggiunto dalle parti o la volontà negoziale della parte, indicazioni su aspetti particolari che si intendono disciplinare all'interno dell'atto notarile.

Si tratta, quindi, di documenti sui quali per la loro incompletezza e provvisorietà non consentono l'apposizione della formula dell'autentica, ma richiedono un'ulteriore attività di acquisizione di dati, di verifica e valutazione di fatti, di informazione, di chiarimento, di formazione della volontà negoziale. Anche in quest'ipotesi il notaio dovrà presumere che l'incarico conferito sia riferito alla stesura di un atto pubblico e non alla mera autenticazione della scrittura privata.

La carenza di volontà negoziale consapevole e definitiva dovrà, altresì, presumersi anche in quei casi in cui, la scrittura privata, sebbene apparentemente presenti requisiti formali minimi per produrre effetti giuridici, abbia un contenuto palesemente incongruo rispetto agli interessi da realizzare

ovvero sia presentata al notaio da soggetti che appaiono in modo manifesto sforniti di quelle informazioni minime necessarie per concludere un accordo improntato alla reciproca correttezza, equità e trasparenza.

In questi casi in cui è presente una manifesta asimmetria informativa, come anche nelle ipotesi in cui è presente una manifesta asimmetria di potere contrattuale, il notaio non potrà sottrarsi al suo dovere di informazione e chiarimento che, comunque, sono connotati di qualunque prestazione notarile secondo i canoni della correttezza e diligenza espressi dagli artt. 1175 e 1176 c.c.

Delineati i casi in cui è da presumere che l'incarico conferito non attenga alla redazione di una scrittura privata autentica, ma riguardi la redazione di un atto pubblico e chiarito il contenuto minimo (fissato dalla legge) del mandato conferito al notaio relativamente a questa tipologia di documento è da accertare quali siano le ulteriori attività che è ragionevole presumere siano contenute nel mandato conferito al notaio.

Va, innanzitutto, precisato che le ulteriori attività cui è tenuto il notaio nell'esecuzione della prestazione notarile relativa alla autenticazione della scrittura privata possono trovare la loro fonte o in un espresso accordo tra la parte ed il notaio ovvero possono derivare da quegli usi e prassi negoziali che automaticamente integrano il contenuto del mandato, se non risulta che non sono stati voluti dalle parti (art. 1340 c.c.) ⁽¹⁵⁾, ovvero possono considerarsi obblighi accessori che trovano la loro fonte nel dovere di correttezza che il notaio deve mantenere nell'adempimento della prestazione notarile, ai sensi dell'art. 1175 c.c. e che sotto altro aspetto, consentono di valutare, nel suo complesso, come diligente la prestazione resa, ai sensi dell'art. 1176 c.c. ⁽¹⁶⁾.

Il contenuto del mandato, la complessità della prestazione e la diligenza che il notaio deve prestare, in modo empirico, possono ritenersi inversamente proporzionale al grado di completezza della scrittura presentata al notaio per l'apposizione della formula di autentica, all'iter istruttorio che è ha preceduto la redazione della scrittura (intervento e/o consulenza di altri professionisti, presenza di cognizioni tecnico-professionali nelle parti, attività istruttoria svolta da altri professionisti, etc.), alla qualità ed al grado culturale dei contraenti.

Talché può verificarsi che parti avvedute presentino una scrittura privata che costituisce il momento finale di un lungo percorso di trattative, svolte anche con l'ausilio di altri tecnici e professionisti, per l'apposizione della sola formula di

¹⁵ Cfr. G.CASU, commento alla sentenza della cass, 15 giugno 1999 n.5946, in *Rivista del Notariato*, anno 2000, pag.143; CNN, *Obbligo del notaio di procedere a preliminari indagini (cd. visure) catastali ed ipotecarie sulla concreta situazione giuridica del bene*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, IX, 1973, pag. 103.

¹⁶ Nello stesso senso la conclusione a cui giunge lo studio n. 7 approvato in data 25 marzo 2004 dal Consiglio Notarile di Cuneo, Alba, Mondovì e Salluzzo secondo cui "l'obbligo di informazione a carico del notaio discende non certo dalla lettura, ma dal dovere di adeguamento che, come è stato ampiamente dimostrato, è obbligo del tutto autonomo da quello della lettura. Il notaio è tenuto all'obbligo di informazione e chiarimento indipendentemente dalla lettura dell'atto e degli allegati. Ciò vale sia per gli atti pubblici che per le scritture private, e tanto basta per confermare l'inapplicabilità, per entrambi, e per i relativi allegati, dell'art. 1341 cpv."

autentica e le stesse parti, in modo consapevole e comprensibile, non chiedano che siano espletati altri accertamenti o verifiche che non siano quelli che attengano al cd. “controllo di legalità”.

La giurisprudenza della Suprema Corte in un suo pronunciato ha ritenuto che “nel caso in cui il notaio si sia limitato alla mera autenticazione di una scrittura privata, il cui contenuto sia stato da altri o dagli stessi predisposto, non è tenuto ad effettuare le visure ipotecarie a meno che non gli sia stato conferito incarico espresso ⁽¹⁷⁾”.

Sul punto va precisato che anche nel caso in cui la scrittura sia stata predisposta da professionisti qualificati è, comunque, necessario che il notaio interagisca personalmente con le parti al fine di illustrare il contenuto e le conseguenze dell’atto, senza limitarsi ad un asettico confronto con i soli professionisti delle parti. Ciò perché il notaio, in assenza di un espresso incarico limitato alla mera autenticazione delle sottoscrizioni, dovrà svolgere la prestazione professionale con diligenza e correttezza sottoponendo la scrittura, ancorché predisposta da professionisti, ad un’accurata verifica al fine di riscontrare l’esatta corrispondenza del testo redatto alla reale volontà ed ai concreti interessi perseguiti dalle parti. La verifica sarà tanto più accurata nei casi in cui ci sia una manifesta asimmetria contrattuale come, ad esempio, nell’ipotesi in cui solo alcuni contraenti siano assistiti da professionisti di parte ovvero la scrittura sia stata predisposta da un professionista di parte.

A diversa conclusione, partendo da questo ragionamento e portandolo ad ulteriori conseguenze, deve giungersi, per le ipotesi in cui non ci si trovi in presenza di una richiesta di mera autenticazione o perché le parti non hanno prodotto alcuna scrittura al notaio ovvero perché la scrittura prodotta non rappresenta un documento con carattere di completezza idoneo a produrre effetti negoziali ovvero perché, per la qualità dei contraenti e manifestamente evidente che ci si trovi in presenza di una asimmetria informativa o di potere contrattuale che necessita, da parte del notaio, una doverosa attività di informazione e chiarimento.

L’ulteriore ipotesi in cui al notaio, pur non essendo stato presentato alcun documento da sottoporre ad autentica, sia conferito l’incarico di redigere l’accordo negoziale sotto forma di scrittura privata da sottoporre a successiva autentica, richiede il rilascio di un mandato espresso per sgombrare il campo da ogni dubbio relativo alla reali intenzioni della parti e, quindi, per non violare il disposto dell’art. 46 del codice deontologico, di cui si è detto in precedenza.

Pochi dubbi che in quest’ipotesi, il notaio, sebbene non sia tenuto ad indagare la volontà delle parti, così come prescritto dall’art. 47 l.n. per gli atti pubblici, sarà pur sempre necessario che svolga tutte quelle attività istruttorie che rientrano nella normale prassi notarile e che corrispondono a quelle ragionevoli aspettative delle parti.

Anche questo aspetto corrisponde ad un preciso indirizzo della Suprema Corte che in più di un’occasione ha affermato che, quando le parti si rivolgono ad un

¹⁷ Testualmente nel senso indicato Cass. 23 dicembre 2004; cfr. altresì, Cass. 6 aprile 1995 n.4020 e cass. 22 marzo 1994 n.2699, 23 dicembre 2004,

notaio per ottenere la sua consulenza in relazione ad un contratto, mirano ad assicurarsi che il contratto sia non solo formalmente perfetto, ma anche idoneo a produrre il risultato pratico perseguito; talché è stata riconosciuta una colpa professionale, ai sensi dell'art. 1176 c.c., quella del notaio che non prospetti all'acquirente l'opportunità di effettuare le visure ipotecarie al fine di accertare la libertà dell'immobile, oggetto della promessa di trasferimento, da trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli ⁽¹⁸⁾.

All'interno di quest'ottica è possibile presumere che l'incarico conferito al notaio comprenda, salvo diverso accordo espresso, un generico dovere d'informazione, di chiarimento, di verifica mediante ispezione nei pubblici registri, di acquisizione di documenti, rapportato alle ragionevoli aspettative delle parti che conferiscono l'incarico stesso al notaio, indubbiamente non limitato alla mera apposizione dell'autentica notarile, ma rivolto al compimento di una più complessa attività di predisposizione di un regolamento contrattuale che produca effetti giuridici stabili e definitivi, da valutarsi anche nell'ottica "antiprocedurale" propria dell'attività notarile.

In questi casi sarà certamente possibile un accordo diretto a regolamentare diversamente la prestazione notarile, accordo legittimo e da valutare non tanto in una prospettiva di esonero da responsabilità rispetto ad obblighi giuridici cui è tenuto il notaio, ma piuttosto da valutare nella prospettiva di una più precisa individuazione degli obblighi e doveri cui è tenuto il notaio nell'espletamento dell'incarico conferito.

L'accordo, tenuto conto anche della qualità delle parti, non potrà in nessun caso determinare "*un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*" rischiando altrimenti di essere sanzionato come vessatorio, ai sensi degli articoli 33 e segg. del d.lgs. 6 settembre 2005 n.206 (codice del consumo).

¹⁸ Cfr.: Cass. 21 aprile 2000 n.5232, in *Rivista del Notariato*, anno 2000, pag.1267; cass. 10 ottobre 1995 n.10842.