

*parte acquirente la opportunità di far effettuare da terzi tali visure o di richiedere le certificazioni di cui all'art. 2673 c.c. (1).*

[Cass., Sez. II civ., 20 gennaio 1994, n. 475 — Pres. Volpe — Rel. Triola — Molinari Raimondi (avv.ti Appella, De Vecchi) - Spadetto (avv. Biasotti Mogliazza)].

## II

**NOTAIO E ATTO NOTARILE — Vendita per scrittura privata autenticata — Scrittura prodotta dalle parti — Omessa effettuazione delle visure ipocatastali — Responsabilità del notaio — Non sussiste.**

*Nel caso di autentica su scrittura privata di vendita prodotta dalle parti, a carico del notaio è escluso ogni obbligo di effettuare le visure ipocatastali, a meno che allo stesso non sia stato conferito specifico incarico (2).*

[Cass., Sez. III civ., 22 marzo 1994, n. 2699 — Pres. Iannotta — Rel. Favara — Delfino Bianco s.r.l. (avv.ti. Castellano e Piétranconi) c. R.A.S. s.p.a. (avv. Spadafora) e Capasso (avv. Cesaro)].

(1-2) Cass. 475/1994 è pubblicata in *questa Rivista*, 1994, p. 136; Cass. 2699/1994 è pubblicata in *questa Rivista*, 1994, p. 1094. Si pubblica il relativo commento del Notaio Gaetano Petrelli.

**Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità.**

SOMMARIO: 1. Le sentenze della Corte di Cassazione 22 marzo 1994, n. 2699 e 20 gennaio 1994, n. 475. — 2. Scrittura privata autenticata e art. 28 L. not. — 3. Scrittura privata autenticata e « funzione di adeguamento ». — 4. Scrittura privata autenticata e art. 54 Reg. not. — 5. La responsabilità del notaio. — 6. *Segue*: le visure ipotecarie. — 7. I reali criteri discretivi tra atto pubblico e scrittura privata autenticata. — 8. Le norme di deontologia professionale.

1. *Le sentenze della Corte di Cassazione 22 marzo 1994, n. 2699 e 20 gennaio 1994, n. 475.*

Con la pronuncia in data 22 marzo 1994, n. 2699 la Corte di Cassazione ritorna, a distanza di appena due mesi da una precedente decisione sullo stesso argomento (1), sul tema della responsabilità notarile per omissione o inesattezza di visure ipotecarie, nell'ipotesi particolare in cui l'attività del notaio non si sia estrinsecata nella redazione di un atto pubblico, bensì nell'autenticazione delle sottoscrizioni di una scrittura privata di compravendita, il cui testo era già stato predisposto dai contraenti.

In relazione ad una tale fattispecie, la Corte di Cassazione, richiamata la giurisprudenza secondo la quale « l'obbligo di procedere al preventivo accertamento della libertà del bene mediante le così dette visure ipotecarie e catastali non è subordinato al conferimento di uno specifico incarico, ma rientra nei doveri professionali del notaio incaricato della preparazione e della stesura di un atto pubblico di trasferimento

immobiliare, a meno che non sia stato espressamente dispensato per ragioni di urgenza o per altri motivi », trae il principio che « l'obbligo di procedere al preventivo accertamento della libertà del bene sussiste unicamente quando al notaio venga conferito l'incarico di preparare e redigere un atto pubblico di vendita, nei casi, quindi, in cui egli dirige personalmente la compilazione integrale dell'atto previa indagine della volontà delle parti in modo da tradurre la volontà stessa in uno strumento negoziale idoneo a conseguire i risultati voluti (art. 47, L. 89/1913), e non quando egli si limiti alla autentica delle firme delle parti contraenti poste in calce ad una *scrittura privata, peraltro già predisposta*, come in concreto, dagli stessi contraenti ». La Corte prosegue quindi affermando che « è noto, infatti, che l'autenticazione non attribuisce alla scrittura, che resta privata, alcun particolare valore ulteriore rispetto a quello che avrebbe di per sé, ma la fornisce solamente di specifiche caratteristiche, in quanto ne rende incontestabile la paternità ... L'autentica, quindi, costituisce atto di certificazione autonomo e indipendente dal documento certificato ». Si sostiene, pertanto, che solo quando il notaio redige un atto pubblico le parti intendono « procurarsi quella collaborazione tecnico-giuridica che dia loro certezza di un atto valido ed efficace ».

La stessa Corte, poi, sottolinea che « tuttavia, non può escludersi l'obbligo in tale ipotesi per lo stesso notaio di verificare il contenuto della scrittura onde accertare che la stessa non contenga disposizioni contrarie alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico, come evincesi dal contenuto dell'art. 28 della legge dinanzi citata ».

La citata pronuncia si discosta quindi parzialmente dalla precedente sentenza della Corte Suprema 20 gennaio 1994, n. 475 (2), la quale distingue più incisivamente « l'ipotesi in cui l'attività svolta dal notaio si limiti alla pubblica certificazione, nel senso che allo stesso viene richiesta soltanto la autenticazione delle sottoscrizioni apposte in sua presenza in calce ad un documento predisposto dalle parti o da altro professionista (avvocato, commercialista, ecc.), da quella in cui il notaio sia stato incaricato, quale professionista esperto nella relativa materia, della stesura del contratto, la cui conclusione a mezzo di scrittura privata autenticata sia la conseguenza di una sua scelta ». Di conseguenza, secondo la stessa sentenza, « Nella prima ipotesi nessun dubbio può esistere, tenuto conto dei limiti della prestazione che gli è stata richiesta, in ordine al fatto che il notaio *non è tenuto* alla effettuazione delle c.d. visure ipotecarie. Una differente soluzione si impone con riferimento alla seconda ipotesi ... incorre in colpa professionale il notaio che, *incaricato della redazione* di un contratto di vendita immobiliare, scelga la forma della scrittura privata autenticata, non effettui le visure ipotecarie o quanto meno non prospetti alla parte acquirente la opportunità di far effettuare da terzi tali visure ».

La Suprema Corte, quindi, prende posizione su due questioni di estrema rilevanza per l'attività notarile: il fondamento e la portata dell'obbligo notarile di effettuare le c.d. visure ipotecarie e catastali, ed il ruolo del notaio nell'autentica delle sottoscrizioni di una scrittura privata. La valutazione delle argomentazioni e delle conclusioni della Corte richiede, peraltro, una previa analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul ruolo, le funzioni e l'efficacia della scrittura privata autenticata nel vigente ordinamento giuridico.

## 2. *Scrittura privata autenticata e art. 28 L. not.*

L'art. 28, comma 1, n. 1 L. not., come è noto, dispone che « Il notaio non può ricevere atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico ». Nell'interpretazione della norma, dottrina e giurisprudenza sono attestate su posizioni nettamente divergenti: mentre la dottrina, in prevalenza, afferma l'applicabilità della norma stessa, oltre che all'atto pubblico, anche all'autenticazione di scrittura privata (3), la giurisprudenza risulta prevalentemente orientata in senso opposto (4), con l'eccezione della sentenza della Cass. 2699/1994.

A sostegno della tesi negatrice dell'applicabilità dell'art. 28 L. not. alle scritture private autenticate, si afferma:

— che l'art. 28 si riferisce all'attività notarile consistente nel « ricevere atti »; termine, questo, non estensibile alla funzione di autenticazione (5);

— che l'art. 86 del Regolamento Notarile, nell'escludere ogni altra formalità oltre a quelle prescritte dall'art. 72 L. not., costituirebbe espressione di un principio di netta autonomia della disciplina della scrittura privata autenticata rispetto a quella dell'atto pubblico (6);

— che l'intervento del notaio autenticante avviene in un momento successivo a quello del perfezionamento della scrittura privata (perfezionamento rispetto al quale il notaio sarebbe estraneo), quando cioè il negozio giuridico si è già concluso con l'avvenuto incontro dei consensi (7);

— che quindi l'autenticazione costituisce un atto di « mera certificazione » dell'avvenuta sottoscrizione, distinto ed autonomo rispetto alla scrittura privata, che è un atto completamente diverso ed imputabile solo ai contraenti (8).

Si tratta peraltro, come è evidente, di affermazioni contestabili, in quanto il mero dato letterale dell'art. 28 L. not. non è assolutamente decisivo, e la disposizione dell'art. 86 R.N. si riferisce esclusivamente ai profili formali dell'autentica (9). Inoltre, già sotto un profilo logico-formale non è esatto che il negozio giuridico contenuto nella scrittura privata sia già perfezionato prima dell'intervento del notaio, essendo evidente che, se le sottoscrizioni vengono apposte solo alla presenza del pubblico ufficiale e non prima, è solo in quel momento che il negozio si conclude.

Ben più pregnanti sono le argomentazioni adottate dai fautori della tesi opposta. L'esigenza di estendere il controllo di legalità da parte del notaio anche agli atti autenticati deriva da una serie di specifici indici normativi, e dai principi generali:

a) in primo luogo, si fa — esattamente — riferimento al carattere unitario della funzione notarile, sia che questa si espliciti nel ricevimento di un atto pubblico, sia che consista nell'attività di autenticazione. Unitarie sono infatti le ragioni dell'intervento notarile, sintetizzabili nell'esigenza di dare forma autentica alle convenzioni private, quale presupposto per la loro conoscibilità e pubblicità (10); nella necessità di sottoporre ad un filtro di legalità le convenzioni stesse, onde consentire l'ingresso nell'ordinamento ai soli negozi meritevoli di tutela e non confliggenti con gli interessi tutelati dall'ordinamento stesso (11); nell'esigenza di fornire un ausilio tecnico-giuridico alle parti che, spesso sprovviste di adeguata competenza, vogliono raggiungere un determinato risultato pratico, anche in funzione « antiprocessuale » (12);

b) esatta è altresì l'osservazione che anche gli atti autenticati dal notaio — al pari degli atti pubblici — sono dotati di quel « crisma di ufficialità » (13) che determina l'immissione nel commercio giuridico di convenzioni idonee ad ingenerare affidamento ed apparenza di liceità, per cui si pone l'esigenza di tutela dei terzi in buona fede, in funzione della quale risulta necessario il controllo di legalità;

c) lo strumento della scrittura privata autenticata ha subito una notevole evoluzione a partire dal 1913, data di emanazione della vigente legge notarile: da istituto di ridottissima rilevanza pratica si è trasformato in uno strumento di quotidiana applicazione anche per convenzioni di rilevante importanza economica, causa la minore presenza di vincoli formali, e la maggiore duttilità, tale, ad esempio, da consentire facilmente la contrattazione tra assenti; cosicché si è potuta affermare l'esistenza, oggi, di un unitario e comune carattere della funzione notarile nella materia negoziale, tale da far ricomprendere nella espressione legislativa « ricevere atti tra vivi » entrambe le forme (atto pubblico ed autentica di scrittura privata) di possibile esplicazione dell'attività del notaio (14);

d) oltre che dalla prassi, l'utilizzabilità in via concorrente, e con caratteristiche di totale equipollenza, di atto pubblico e scrittura autenticata per la maggior parte dei tipi negoziali (15), si desume da una pluralità di indici normativi, che equiparano

i due strumenti formali: basti pensare — a titolo esemplificativo — a tutte le norme relative ai requisiti di idoneità del titolo negoziale ai fini della pubblicità (art. 2657 c.c. per la trascrizione immobiliare; art. 2835 c.c. per l'iscrizione ipotecaria; art. 252 c. nav. per pubblicità relativa alle navi; art. 867 c. nav. per la pubblicità relativa agli aëromobili; artt. 6 e 13, R.D. 29 luglio 1927, n. 1814 relativamente alla pubblicità degli autoveicoli; art. 67, R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 sui diritti di brevetto; art. 50, R.D. 21 giugno 1942, n. 929 sui marchi registrati; artt. 2296, 2479; ult. comma, 2556, comma II c.c. per la pubblicità commerciale).

Altre norme si rinvengono poi nei più svariati campi: si pensi — sempre a titolo esemplificativo — alla forma prescritta per gli atti relativi alle imprese familiari (art. 5, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917); alla disciplina dei beni pignorabili nell'ambito della procedura coattiva di riscossione delle imposte dirette (art. 65, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602); alla scelta del tutore (art. 48 c.c.); alla procura per l'assenso all'adozione (art. 311 c.c.);

e) l'inapplicabilità del controllo di legalità *ex* art. 28 L. not. alla scrittura privata autenticata avrebbe quale effetto quello di fornire un comodo espediente al notaio che voglia — magari anche su richiesta delle parti contraenti — aggirare la normativa di ordine pubblico e quindi confezionare un atto illecito, senza subirne le relative conseguenze in termini di responsabilità (16);

f) l'autentica « negoziale », così come l'atto pubblico, sono riservati alla competenza esclusiva del notaio, proprio in funzione della particolare preparazione tecnico-giuridico dello stesso, che esercita la propria funzione in regime di monopolio, a seguito di un concorso pubblico e di una rigorosa selezione, e con la sottoposizione degli atti ad ispezioni periodiche; il tutto nel quadro di una attribuzione esclusiva della funzione di ricevere ed autenticare atti negoziali ai soli soggetti in possesso di una competenza idonea a consentire loro quel controllo di cui l'art. 28 fa menzione (17);

g) l'esigenza di un controllo notarile del contenuto della scrittura privata autenticata discende poi da una serie di norme specifiche: il notaio deve — previo necessario esame del contenuto della convenzione — registrare l'atto, e quindi richiedere alle parti la relativa imposta; iscrivere l'atto a repertorio; trascriverlo presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari, ecc. (18);

h) a norma dell'art. 2702 c.c., la scrittura privata autenticata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta. La dottrina ha rilevato che tale efficacia probatoria deve intendersi riferita alla provenienza anche in senso volontaristico del documento, nel senso che investe anche la « volontarietà » dell'atto, se non la volontà ad esso sottostante (19). Da ciò l'esigenza che il notaio verifichi una tale volontarietà, con i connessi profili di imputabilità e capacità di agire;

i) atto pubblico e scrittura privata sono equiparati da numerose norme civili e fiscali, sotto il profilo degli adempimenti conseguenti all'atto (20): così il notaio (sia rogante che autenticante) è ugualmente tenuto a trascrivere l'atto nei Registri Immobiliari (art. 2671 c.c., e art. 6, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347); a depositare per l'iscrizione nel Registro delle Imprese l'atto traslativo di quote di S.r.l. (art. 2479 c.c.) o di aziende (art. 2556 c.c.), e, in quest'ultimo caso, ad effettuarne comunicazione al Questore (art. 7, legge 12 agosto 1993, n. 310); ad inviare copia dell'atto al Comune (art. 18, L. 47/1985) e all'Ufficio Imposte (art. 3, comma 13-ter, L. 165/1990); a registrare l'atto e pagare la relativa imposta (art. 10, lett. b)), e art. 57, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131); al pagamento dell'imposta INVIM (art. 5, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643); alla richiesta della voltura catastale (art. 3, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650).

Uniche eccezioni, a quanto risulta (probabilmente a causa di un difetto di coordinamento), sono:

— la norma dell'art. 2296 c.c., in tema di società in nome collettivo, riferibile, in virtù del richiamo dell'art. 2315 c.c., anche alle società in accomandita semplice, in base alla quale il notaio è obbligato a depositare l'atto presso il Registro delle Imprese solo se si tratta di atto pubblico;

— la norma dell'art. 36 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, relativa all'obbligo di invio all'Ufficio Imposte degli atti costitutivi e modificativi di società ed enti: si prevede l'obbligo del pubblico ufficiale « che ha ricevuto l'atto » solo « nei casi in cui è richiesto l'atto pubblico »;

l) con riferimento all'ambito di applicazione della disposizione dell'art. 28, comma II, nn. 2 e 3 L. not., che vieta al notaio di ricevere atti di cui siano parti (o che interessino) determinati soggetti a lui legati da vincoli di parentela, affinità, coniugio, giurisprudenza e dottrina hanno senz'altro equiparato l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata (21);

m) un argomento decisivo nel senso dell'applicabilità dell'art. 28 all'autenticazione delle scritture private è oggi contenuto nell'art. 21 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, a norma del quale « Il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli artt. 17 e 18 e non convalidabili costituisce violazione dell'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, e successive modificazioni, e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima » (22);

n) un ultimo argomento è, infine, quello che può trarsi dalla vigente tariffa notarile (approvata, a norma della legge 5 marzo 1973, n. 41, con D.M. 30 dicembre 1980, modificato con D.M. 30 novembre 1982 e con D.M. 5 giugno 1987). Confrontando gli artt. 3 e 4 della tariffa medesima (relativi rispettivamente agli onorari graduali per gli atti pubblici e per l'autenticazione di firme), si riscontrano solo lievissime differenze, che sicuramente non giustificano una prestazione professionale diversa nelle due fattispecie. Per il resto, le disposizioni dei capi I, II e III del titolo II della tariffa contengono previsioni identiche per le due tipologie di atti (23).

### 3. Scrittura privata autenticata e « funzione di adeguamento ».

L'art. 47, comma III L. not. (« Spetta al notaio soltanto d'indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto ») costituisce il fondamento della c.d. funzione di adeguamento del notaio, che consiste, secondo la dottrina, nell'attuare una « collimazione tra fattispecie concreta voluta dalle parti e fattispecie astratta emergente dalle disposizioni di legge » (24), e che presuppone, quindi, un'attività creativa del notaio, il quale quindi si pone come « coautore » del regolamento negoziale (25).

La recente dottrina ha ulteriormente approfondito il contenuto e la portata della citata funzione di adeguamento, ex art. 47, comma III L. not., individuando in essa:

— l'attenta interpretazione della volontà delle parti, dirette a consentire la realizzazione del risultato programmato dalle parti stesse, anche in funzione « antiprocedurale », in quanto tendente alla prevenzione di ogni lite ed all'impedimento di vizi di ogni tipo (vizi del volere, rescissione, inefficacia, ecc.), anche non ricompresi nell'art. 28 L. not.;

— il dovere di chiarimento di tutte le conseguenze ed implicazioni dell'atto pubblico, avente lo scopo di favorire la riflessione dell'autore del negozio (funzione di protezione);

— il dovere di « imparzialità sostanziale », con la connessa tutela del contraente debole;

— il tendenziale assorbimento dell'integrale volontà negoziale nel testo dell'atto notarile (funzione garantista), con la conseguente invalidità della *relatio* (formale o sostanziale) che trascenda dati meramente fattuali e che investa l'assetto programmatico degli interessi negoziali (26).

Proprio in considerazione di tali profili, alcune norme di legge impongono l'e-

clusiva forma dell'atto pubblico per determinati tipi di atti, in funzione dell'esigenza di richiamare l'attenzione delle parti ed indagare approfonditamente la loro volontà in connessione con la particolare importanza dell'atto (donazioni, convenzioni matrimoniali) (27), ovvero dell'esigenza di approntare, attraverso un rigoroso controllo ed un'attenta indagine della volontà delle parti, un atto al riparo da invalidità ed impugnative (società di capitali, persone giuridiche) (28).

L'inadempimento all'attività di adeguamento da parte del notaio nella redazione dell'atto pubblico — e quindi, ad esempio, la « imposizione » del contenuto contrattuale da parte di un soggetto diverso dal notaio, al di fuori dell'ipotesi eccezionale dell'art. 1341 c.c. — avrebbe come conseguenza la nullità dell'atto pubblico stesso, in base al combinato disposto degli artt. 47, comma III, e 58, n. 4 L. not. (29).

Intesa in tale ampio significato, l'attività di adeguamento è unanimemente ritenuta estranea all'attività notarile di autenticazione: con quest'ultima il notaio è tenuto sicuramente a verificare la volontarietà dell'atto, e quindi la paternità in senso giuridico del documento che autentica, ma non ha — in quanto pubblico ufficiale autenticante — l'obbligo pregnante di trasformare la volontà grezza delle parti in negozio giuridico compiuto e perfetto, né in generale, l'obbligo di accertare la corrispondenza del contenuto dell'atto all'effettiva volontà delle parti (30).

Senonché, da quanto sopra non può evincersi la conclusione che il notaio autenticante sia — in contrapposizione al notaio autore dell'atto pubblico — mero certificatore dell'avvenuta apposizione delle sottoscrizioni in sua presenza. La peculiarità della figura del notaio — che rimane tale anche quando autentica delle scritture private — è quella di cumulare in sé le posizioni di pubblico ufficiale e di libero professionista, che agisce in virtù di un contratto d'opera professionale stipulato con i contraenti; contratto d'opera in base al quale i soggetti che si sono affidati al notaio tendono — in base alla prassi ormai acquisita — a conseguire un determinato risultato, e ciò a prescindere dalla forma dell'intervento notarile (31). Se quanto sopra corrisponde a verità, è evidente che il notaio a cui sia affidato l'incarico di autenticare una scrittura privata già predisposta dalle parti non può esimersi dal generale obbligo di consulenza che si ritiene fargli capo in base ai principi generali. Ed infatti:

— l'applicazione del criterio di diligenza *ex art. 1176 c.c.* comporta che il notaio debba eseguire la prestazione demandatagli applicando alla fattispecie concreta le proprie cognizioni ed eseguendo in genere la prestazione demandatagli da « buon professionista »; tale non può evidentemente definirsi colui che si limita a certificare, e al limite a verificare la legalità estrinseca del negozio, senza valutarne i riflessi in termini di piena efficacia (32);

— l'applicazione dei principi di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.* comporta l'esigenza che il notaio non si fermi ad una pedissequa applicazione degli artt. 72 e 78 L. not.; egli dovrà invece attivarsi affinché le parti che a lui si sono rivolte possano conseguire, attraverso la sua opera, il risultato utile che si erano proposte (33); il notaio dovrà quindi esaminare la scrittura privata predisposta dalle parti, ed informare le stesse di tutte le conseguenze giuridiche, civilistiche, fiscali, e di diverso tipo che possano derivare dall'impostazione data dalle parti; fermo restando che — se a seguito di tale informativa le parti persistano nell'originaria intenzione (lecita) — il notaio dovrà autenticare quanto gli viene proposto;

— un ruolo decisivo rivestono poi le c.d. clausole d'uso, che arricchiscono il contratto d'opera professionale tra le parti ed il notaio di tutti quegli elementi che consuetudinariamente vengono a farne parte, a norma dell'art. 1340 c.c. Se, quindi, la prassi delle contrattazioni è nel senso che il notaio autenticante si faccia carico di determinate incombenze, oneri, adempimenti, essi diverranno obbligatori per lo stesso, ad integrazione di quanto disposto dalla legge e dall'autonomia dei contraenti nel caso specifico (34).

In definitiva, può concludersi nel senso che:

— il notaio è sicuramente consulente delle parti, nel senso più pieno del termine, nell'atto pubblico, in quanto pubblico ufficiale ed a norma dell'art. 47, comma III, L. not., con la conseguenza che la violazione di tale sua funzione può riflettersi (ex art. 58, n. 4, L. not.) sulla stessa validità dell'atto pubblico;

— il notaio è consulente delle parti anche quando autentica una scrittura privata, in quanto libero professionista vincolato da un contratto d'opera professionale e quindi dagli obblighi di diligenza e correttezza, nonché dagli usi negoziali. La violazione di tali obblighi non incide peraltro sulla validità della scrittura autenticata, ma unicamente sulla responsabilità del notaio stesso.

#### 4. Scrittura privata autenticata e art. 54 Reg. not.

Con riferimento al disposto dell'art. 54 Reg. not., che impone al notaio l'obbligo di accertarsi che le persone che intervengono all'atto siano regolarmente autorizzate e assistite, e che ha quindi un peculiare rilievo per il controllo dei poteri di rappresentanza, la dottrina ha senz'altro esteso il potere-dovere di controllo del notaio anche alle scritture private autenticate (35).

Il tentativo, da parte di qualche autore (36), di limitare quanto sopra alla rappresentanza legale ed organica non può dirsi riuscito, ed è stato infatti sottoposto a convincente critica (37): non ha infatti alcun peso l'argomento che l'indicazione della qualità di rappresentante volontario farebbe parte del contenuto della scrittura privata, mentre il notaio si limita ad autenticare la sottoscrizione della persona presente, in quanto non si vede alcuna differenza, sotto questo profilo, tra le due fattispecie di rappresentanza.

#### 5. La responsabilità del notaio.

L'esigenza che il comportamento del notaio sia valutato — in termini di obbligatorietà e di responsabilità — secondo identici criteri sia nell'ipotesi di atto pubblico che di autenticazione di scritture private deriva, come è evidente e come sopra rilevato, dalla stessa necessità di impedire l'elusione della normativa di ordine pubblico che regola l'attività negoziale.

L'equiparazione è in alcuni casi espressamente sancita dalla legge. Così, gli artt. 17, 18, 40 e 21 della legge 47/1985, sopra richiamata, assoggettano il notaio ad identici obblighi, ed identiche sanzioni in caso di ricevimento ed autenticazione di atto nullo e non convalidabile. Allo stesso modo, l'art. 3, commi 13-ter e 13-quater del D.L. 27 aprile 1990, n. 90, convertito in legge 26 giugno 1990, n. 165 (relativamente alle dichiarazioni in tema di reddito dei fabbricati) equipara ai fini della nullità e dell'obbligo di denuncia penale del pubblico ufficiale (ex art. 331 c.p.p.), l'atto pubblico e la scrittura autenticata. Identica soluzione è stata adottata dalla recente normativa in tema di cessioni di aziende e di quote di s.r.l.; l'art. 7, comma II, della legge 12 agosto 1993, n. 310 assoggetta il notaio alle sanzioni di cui all'art. 147 L. not. in tutti i casi di suo intervento (rogito o autentica).

Altre volte, l'equiparazione del regime di responsabilità è stata sancita dalla giurisprudenza. Così, ad esempio, è stata ritenuta applicabile la sanzione ex art. 138 L. not. al notaio che non abbia inserito la rinuncia ai testi nell'autentica (38). Quanto poi alla responsabilità penale, la giurisprudenza ha spesso differenziato la fattispecie dell'autenticazione da quella dell'atto pubblico notarile (39), argomentando essenzialmente dalla natura di « mera certificazione » dell'autentica, dalla sua estrinsecità rispetto al contenuto del negozio che integrerebbe la fattispecie di responsabilità penale, e dal previo perfezionamento del negozio stesso, rispetto al momento in cui avverrebbe l'autentica. Dette argomentazioni sono state sottoposte a critica (v. supra, par. 2), alla quale si rinvia. La valutazione circa la sussistenza di una eventuale responsabilità penale del notaio per concorso in reati (ad es. lottizzazione abusiva) commessi

attraverso lo strumento negoziale dovrà essere quindi effettuata caso per caso, senza che abbia alcun rilievo la forma giuridica adottata per la stipula.

#### 6. *Segue: le visure ipotecarie.*

Con riferimento allo specifico problema della responsabilità per omissione di visure ipotecarie, la sentenza della Cass. 2699/1994 — pur sviluppando autonome considerazioni in relazione all'ipotesi di autentica notarile — si allinea all'orientamento giurisprudenziale, inaugurato con la sentenza della Corte di Cassazione 25 ottobre 1972, n. 3255 (40), che fonda lo specifico obbligo notarile di effettuare le visure sull'obbligo di diligenza nella preparazione dell'atto da stipulare, atto che presuppone, secondo la stessa Corte, un'adeguata attività preparatoria tendente a verificare la libertà del bene e ad assicurare, quindi, il risultato utile della prestazione notarile. La sentenza 3255/1972 precisa quindi: « non è superfluo considerare che i trasferimenti immobiliari possono farsi per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1350, n. 1 c.c.) e che, se le parti scelgono la prima forma, sottoponendosi al relativo più gravoso onere di spesa, lo fanno anche per procurarsi quella collaborazione tecnico-giuridica del notaio che dia loro, se non la certezza, il ragionevole affidamento di una consacrazione fedele ed efficace delle loro volontà e dei loro patti ».

Quest'ultima riflessione della Corte di Cassazione viene poi tralaticamente ripetuta in numerose altre sentenze (41), sulla scorta delle quali viene ora — da Cass. 2699/1994 — ricavato uno specifico principio riferito alle scritture private autenticate.

Non è peraltro difficile confutare le surriportate affermazioni della S.C. Infatti:

— se il riferimento al meno gravoso onere di spesa per le parti si riferisce alla scrittura privata non autenticata, è evidente che il paragone è assolutamente incongruente, in quanto senza la forma autentica non è possibile neanche accedere alla pubblicità immobiliare (art. 2657 c.c.); fine, quest'ultimo, sicuramente prioritario nella valutazione delle parti;

— se invece la Corte intendeva riferirsi alla scrittura privata autenticata, è evidente, da un esame della tariffa notarile vigente, che la differenza di onorari rispetto all'atto pubblico è oggi talmente irrisoria da non compensare assolutamente l'ulteriore intervento di consulenza, assistenza e indagine anche ipotecaria, che la Corte ritiene qualificante ai fini della diversa responsabilità. In realtà, si ha l'impressione che la Cassazione non riesca a svincolarsi dalla primitiva impostazione, risalente alla sentenza di Cass., 1 agosto 1959, n. 2444 (42), ed efficacemente criticata dalla dottrina (43), che riconnetteva alla funzione istituzionale del notaio l'attività di indagine ipotecaria. Nonostante, cioè, dalla sentenza del 1972 in poi si siano poste le basi per il collegamento dell'obbligo in questione con l'attività del notaio quale libero professionista (da cui la natura contrattuale della responsabilità e la possibilità di concordare dispensa delle parti dell'atto), la giurisprudenza — contraddittoriamente — continua a ritenere l'attività di indagine ipotecaria strettamente inerente all'attività di indagine della volontà e di predisposizione dell'atto *ex art. 47 L. not.*: cioè, in una parola, all'attività di adeguamento che costituisce caratteristica pregnante della funzione notarile.

Né meno erronea deve ritenersi l'individuazione — da parte della prevalente giurisprudenza (44) — del fondamento dell'obbligo in oggetto nel criterio di diligenza *ex art. 1176 c.c.*: la diligenza non è infatti la fonte di autonomi obblighi, bensì solamente criterio di valutazione di un comportamento, la cui obbligatorietà si dà per presupposta (45).

Pur non potendo, in questa sede, debitamente approfondire il problema del fondamento giuridico della responsabilità notarile (46), si può comunque accogliere quella ricostruzione dottrinale che individua la fonte dell'obbligo di visure ipotecarie nel meccanismo di integrazione del contratto d'opera professionale mediante gli usi (art. 1340 c.c.) (47). La prestazione in oggetto, cioè, è obbligatoria se e nei limiti in



cui può ritenersi entrata consuetudinariamente nel contenuto del contratto d'opera professionale tra le parti ed il notaio.

Ma se questa è la conclusione, è evidente che nessun rilievo può avere per l'individuazione di una responsabilità notarile la forma, pubblica o privata, dell'atto stipulato, ovvero la predisposizione del contenuto dello stesso da parte del notaio o di terzi (salvo che, ovviamente, la partecipazione di un terzo consulente delle parti possa essere considerata — nella concreta fattispecie — quale dispensa per il notaio dall'obbligo di eseguire personalmente gli accertamenti ipotecari): sarà necessario valutare — ed è ovviamente un problema di prova — se la prassi negoziale di affidare al notaio l'incombente in oggetto possa ritenersi estensibile ai casi in oggetto.

#### 7. I reali criteri discretivi tra atto pubblico e scrittura privata autenticata.

Le riflessioni di cui sopra hanno portato ad escludere che la scrittura privata autenticata sia caratterizzata da una diversa disciplina rispetto all'atto pubblico, sotto il profilo del controllo di liceità del regolamento negoziale e della responsabilità notarile, anche ai fini della esecuzione di visure ipotecarie.

Vi sono senz'altro, invece, degli altri criteri distintivi di perdurante validità:

a) un primo, principale profilo di differenziazione è dato dalla c.d. funzione di adeguamento, presente in senso pieno solo nel ricevimento dell'atto pubblico (v. supra, par. 3). Applicando al profilo in esame le conclusioni della recente dottrina in materia (48), possono evidenziarsi importanti differenze:

— solo nell'atto pubblico la mancata indagine di volontà da parte del notaio, nell'ampia accezione descritta dalla dottrina, può determinare, ex artt. 47, comma 3 e 58, n. 4 L. not., la nullità dell'atto;

— solo nell'atto pubblico deve ritenersi vietata, a pena di nullità, la *relatio*, sia formale che sostanziale, che investa l'elemento programmatico negoziale;

— allo stesso modo, solo nell'atto pubblico deve ritenersi limitata la possibilità che elementi essenziali del programma negoziale siano contenuti in un allegato, anziché nell'atto notarile;

— secondo la giurisprudenza, all'atto pubblico (e non alla scrittura autenticata) sarebbe inapplicabile la disposizione dell'art. 1341 c.c., in quanto — a seguito dell'intervento notarile — le clause dell'atto non sarebbero qualificabili come « predisposte da uno dei contraenti » (49);

— solo nell'atto pubblico è richiesta la lettura a pena di nullità, proprio in funzione del controllo della corrispondenza tra volontà delle parti e compilazione dell'atto.

b) l'efficacia probatoria: la scrittura privata autenticata fa piena prova, fino a querela di falso, solo della provenienza del documento da chi lo ha sottoscritto (art. 2702 c.c.), mentre l'atto pubblico fa piena prova anche (art. 2700 c.c.) della provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha formato, delle dichiarazioni delle parti, degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti; in breve, fa piena prova dell'intera sequenza procedimentale della sua formazione (50). Quindi, ad esempio, l'efficacia probatoria dell'atto pubblico investe il pagamento del prezzo avvenuto dinanzi al notaio, dichiarazioni di scienza da lui verbalizzate, ecc.

c) l'efficacia di titolo esecutivo: a norma dell'art. 474, n. 3, c.p.c., gli « atti ricevuti da notaio » sono titoli esecutivi relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute (51). Da cui la particolare utilità della forma dell'atto pubblico per la stipula di mutui, di compravendite con prezzo dilazionato, ecc.

d) in una serie di fattispecie, normativamente previste, l'atto pubblico costituisce la forma esclusiva utilizzabile *ad substantiam*. Senza pretesa di completezza, possono ricordarsi: la costituzione di associazioni e fondazioni (art. 14 c.c.); la procura per la celebrazione del matrimonio (art. 111 c.c.); le convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.); il riconoscimento del figlio naturale (art. 254 c.c.); la riabilitazione

dell'indegno (art. 466 c.c.); l'accettazione di eredità con beneficio d'inventario (art. 484 c.c.); la rinuncia ad eredità (art. 519 c.c.); la donazione (art. 782 c.c.); l'atto costitutivo di società per azioni (art. 2328 c.c.), di società a responsabilità limitata (art. 2475), di società cooperativa (art. 2518 c.c.); l'atto di fusione (art. 2504 c.c.); i verbali di inventario e di assemblea in genere; le convenzioni urbanistiche ex art. 35, L. 865/1971;

e) altra fondamentale differenza è data dalle regole formali dettate dagli artt. 47 ss. L. not., valide solo per l'atto pubblico e non per la scrittura autenticata: così, ad esempio, la dottrina esclude concordemente che siano obbligatori, nella scrittura privata autenticata, l'allegazione della procura; l'osservanza delle norme dell'art. 51 L. not., delle norme sulle postille, ecc.; l'applicabilità delle norme formali degli artt. 54 ss. L. not. in caso di intervento in atto di ciechi, sordi, sordomuti, persone che non conoscono la lingua italiana (52).

f) vi è poi la normativa sulla conservazione degli atti presso il notaio: mentre l'atto pubblico deve essere conservato, salve le ipotesi espressamente previste, l'originale della scrittura privata autenticata viene, di regola, rilasciato alle parti, o utilizzato per la pubblicità immobiliare o commerciale. Ciò può determinare abusi, in quanto la mancata conservazione in originale impedisce il controllo in sede ispettiva che è una delle garanzie fondamentali per la corretta esplicazione della funzione notarile. Perciò il progetto di riforma dell'ordinamento del notariato (in corso di predisposizione da parte della commissione « Funzione Notarile » del Consiglio Nazionale del Notariato) prevede — anche per le scritture autenticate — l'obbligo di conservazione da parte del notaio (53).

g) la scrittura privata autenticata è infine lo strumento che consente — con maggiore duttilità di forme e con l'adempimento di una sola formalità di registrazione — di stipulare contratti tra assenti, possibili anche con la forma dell'atto pubblico (arg. ex art. 782, comma II, c.c.), ma a prezzo di maggiori formalità.

#### 8. Le norme di deontologia professionale.

Sotto il profilo dell'osservanza delle norme di deontologia professionale, già da tempo la dottrina aveva osservato che la scelta, da parte del notaio, della forma della scrittura privata autenticata, a fronte di un orientamento giurisprudenziale tendente a limitarne la responsabilità, può costituire violazione della deontologia notarile e, anche, della diligenza professionale (54).

Un evento importante è quindi, sotto il profilo in esame, l'emanazione da parte del Consiglio Nazionale del Notariato — in applicazione del potere di cui alla legge 27 giugno 1991, n. 220 — dei « Principi di deontologia professionale dei notai » (pubblicati sul supplemento ordinario n. 105 alla G.U. n. 165 del 16 luglio 1994).

Al punto b.3.1. di detti principi (« Della forma degli atti »), si pone in rilievo come il ricorso sistematico alla scrittura privata autenticata « riferibile alla sola iniziativa del notaio, viene a porsi in contrasto con l'esigenza deontologica di perseguire la migliore qualificazione della complessiva prestazione notarile, anche con riguardo al contenuto dell'atto ». Conseguentemente, sono state dettate le seguenti regole prescrittive:

a) 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.

b) L'atto di "autenticazione delle firme" della scrittura privata comporta in ogni caso per il notaio l'obbligo di tenere i seguenti comportamenti e di osservare le seguenti prescrizioni:

b1) Controllare la legalità del contenuto della scrittura e la sua rispondenza

alla volontà delle parti, anche mediante la sua lettura alle stesse prima delle sottoscrizioni.

b2) Per gli atti soggetti a pubblicità immobiliare o commerciale, accertarsi della volontà delle parti di restituzione della scrittura autenticata, facendone menzione nell'autentica.

b3) Indicare nell'autentica e nel repertorio il luogo del Comune nel quale l'atto è autenticato ».

Tralasciando, in questa sede, l'esame di alcune norme (come, ad esempio, la prescrizione del *locus loci*) giustificate dall'esigenza di reprimere prassi abusive o illecite, le prescrizioni deontologiche surriportate suggeriscono le seguenti riflessioni;

— le norme di cui sopra sono immediatamente precettive, e non abbisognano, quindi (a differenza di altre prescrizioni contenute nei medesimi « principi »), di alcun intervento dei singoli Consigli Notarili per la loro entrata in vigore;

— i notai che non osservino le superiori prescrizioni sicuramente « mancano ai propri doveri », ai sensi dell'art. 135 L. not., e possono essere sanzionati disciplinarmente, ai sensi dell'art. 147 L. not. (55);

— non può considerarsi rimessa alla scelta del notaio l'utilizzazione della forma della scrittura autenticata in luogo dell'atto pubblico: un comportamento del genere (cui si riferisce espressamente la citata Cass. 475/1994) deve ritenersi oggi sicuramente in violazione delle norme di deontologia professionale;

— il notaio che inserisca nell'autentica la menzione della volontà delle parti di restituzione della scrittura privata, senza che vi sia una richiesta in tal senso (verbale o scritta) commette il reato di falso ideologico in atto pubblico, in quanto « attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese » (art. 479 c.p.);

— sono stati sottratti all'applicazione delle succitate norme deontologiche quegli atti, di minore importanza economica, che « per struttura o modalità di conclusione sono ordinariamente redatti in forma di scrittura privata (ad es. dichiarazioni di vendita di autoveicoli, procure speciali, consensi a cancellazione di ipoteca) ».

GAETANO PETRELLI

(1) Cass., 20 gennaio 1994, n. 475, in *questa Rivista*, 1994, p. 136.

(2) Cit. alla nota 1.

(3) Affermano l'applicabilità dell'art. 28 L. not. alle scritture private autenticate: BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, p. 170 ss.; BUSANI, *Reato di lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio*, in *Corriere giur.*, 1990, p. 963; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *questa Rivista*, 1987, p. 976; GIRINO, *Le funzioni del notaio*, in *questa Rivista*, 1983, p. 1083; DI FABIO, *Manuale di Notariato*, Milano, 1981, p. 189; TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 284; MORELLO-FERRARI-SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, p. 205; FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario del Notariato*, I, p. 250; LASAGNA, *Il notaio e le sue funzioni*, Genova, 1966, p. 311; GIULIANI, *Dell'autenticazione di scrittura privata*, in *questa Rivista*, 1951, p. 645. *Contra*: PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, p. 273 ss., spec. p. 276, ove l'osservazione (sulla stessa linea della giurisprudenza citata alla nota successiva) che « L'atto che si vieta al notaio è quello che egli "riceve", il che non si verifica nelle autenticazioni, in cui al notaio si chiede soltanto una attestazione comunque estranea a dichiarazioni delle parti ... l'attestazione della sottoscrizione è ovviamente insuscettibile, da sola, di ledere l'ordine pubblico od il buon costume ed in definitiva, a meno che, ripetiamo, non sia espressamente vietata, di ledere alcun interesse; nulla toglie e nulla aggiunge, la sottoscrizione, al contenuto dell'atto che la parte o le parti hanno già formato ».

(4) In giurisprudenza, per la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 28 L. not., ed in genere del controllo di liceità da parte del notaio relativamente alle scritture private autenticate, Trib. Milano, 2 ottobre 1959, in *questa Rivista*, 1960, p. 680; Trib. Milano, 6 novembre 1959, in *questa Rivista*, 1960, p. 684; Cass. pen., 12 gennaio 1982, in *questa Rivista*, 1982, p. 588, e in *Vita not.*, 1983, p. 1007; Cass. pen., 6 aprile 1982, in *questa Rivista*, 1982, p. 588; Cass. pen., 20 giugno 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 1049; Cass. pen., 3 febbraio 1990, in *Corr. giur.*, 1990, p. 963; Cass., Sez. Un. pen., 28 febbraio 1990, in *Foro amm.*, 1990, p. 604.

(5) Cass. pen., 20 giugno 1983, cit., p. 1050 (ed in genere le sentenze citate alla nota precedente); PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, cit., p. 274 ss.

(6) Cfr. giurisprudenza citata alla nota 4). per l'irrilevanza degli artt. 72 L. not. e 86 R.N. sotto il profilo in esame, BUSANI, *op. cit.*, p. 964 ss.; BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., II, p. 427.

(7) Cass. pen., 6 aprile 1982, cit.; PACIFICO, *Le invalidità*, cit., p. 276.

(8) Cfr. le sentenze citate alla nota 4; PACIFICO, *Le invalidità*, cit., p. 275.

(9) BOERO, *La legge notarile commentata*, loc. ult. cit.

(10) Sull'atto notarile come strumento di conoscibilità e pubblicità, MARICONDA, *Atto pubblico*, in *questa Rivista*, 1987, p. 254-255.

(11) BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., II, p. 427.

(12) Sulla funzione del notaio, v. DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., p. 79 ss.

Sottolinea il carattere unitario della funzione notarile, in particolare, BARONE, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e funzione notarile — in particolare: l'autenticazione notarile*, in *Vita not.*, 1982, p. 1460 ss.

(13) In tal senso, TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 283.

(14) Sull'evoluzione dell'istituto dell'autenticazione, DI FABIO, *Manuale di Notariato*, Milano, 1981, p. 188; BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., II, p. 426; FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario del Notariato*, I, p. 247; BARONE, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e funzione notarile — in particolare: l'autenticazione notarile*, in *Vita not.*, 1982, p. 1455 ss.; D'AMICO, *Legittimità degli atti negoziali portanti frazionamenti fondiari*, in *Vita not.*, 1983, p. 934.

(15) Nel senso della piena equipollenza e concorrenzialità, v. in particolare TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 287.

(16) BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., p. 426.

(17) BOERO, *op. ult. cit.*, p. 427.

Per il principio di esclusività della funzione notarile con riferimento agli atti negoziali, POET, *La esclusività della funzione del ricevere atti negoziali nella tradizione e nella struttura del notariato*, in *questa Rivista*, 1965, p. 437 ss.; MORELLO, *Le limitazioni all'esclusività della funzione notarile in Italia*, in *questa Rivista*, 1974, p. 922 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, (estensore TONDO), *Sulla competenza dei segretari comunali alla rogazione di atti negoziali*, in *Studi e Materiali*, I, Milano, 1986, p. 30 ss.; ID., *Pubblicità dell'atto modificativo di società di persone*, loc. ult. cit., p. 47 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *In tema di facoltà di rogito dei segretari comunali*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, X, Roma, 1979, p. 135 ss.; FALZONE-ALIBRANDI, *Stipulazione in forma pubblica amministrativa*, in *Dizionario del Notariato*, III, p. 814 ss.; DE RUBERTIS, *Sulla eccezionale competenza del Segretario comunale a ricevere atti nell'interesse del Comune*, in *Vita not.*, 1983, p. 468 ss.; BUSANI, *Manifestazione di volontà e autenticazione della sottoscrizione in forma amministrativa*, in *questa Rivista*, 1994, p. 271 ss.; Trib. Verbania, 24 settembre 1985, in *Vita not.*, 1986, p. 389.

(18) BARONE, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e funzione notarile — in particolare: l'autenticazione notarile*, in *Vita not.*, 1982, p. 1459; BUSANI, *Reato di lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio*, cit., p. 963.

(19) Rileva TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 285, che la scrittura privata autenticata fa piena prova « oltre che dell'effettiva provenienza della sottoscrizione dalla persona in essa indicata (e previamente identificata), anche del fatto che essa è stata apposta con valore d'assunzione di paternità della dichiarazione negoziale cui accede (sottoscrizione non in bianco) e in un preciso contesto fattuale (estremi di tempo e di luogo).

Parla di efficacia probatoria privilegiata della scrittura autenticata « circa la verità della provenienza del contenuto volontaristico di un documento privato da colui che ne risulta sottoscrittore », D'AMICO, *Legittimità degli atti negoziali portanti frazionamenti fondiari*, in *Vita not.*, 1983, p. 933.

(20) In tal senso v. in particolare TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 287.

(21) Cass., 9 aprile 1963, nn. 907 e 908, in *Foro it. rep.*, 1963, voce *Notaro*, nn. 25-26; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (estensore SANTARCANGELO), *L'irricevibilità dell'atto notarile ai sensi dell'art. 28, nn. 2 e 3 L. not.*, in *Studi e materiali*, II, Milano, 1990, p. 54 e 58.

(22) In tal senso, BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., I, p. 172.

(23) L'evoluzione storica della normativa tariffaria in relazione alle autentiche di scritture private — in parallelo con l'evoluzione della funzione dell'istituto stesso dell'autentica — costituisce la riprova di quanto affermato nel testo. Come rilevato in dottrina, infatti (FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario del Notariato*, I, p. 247), nella prima tariffa allegata al T.U. 25 maggio 1879, n. 4900, l'onorario per l'autenticazione (art. 7) era la quinta parte di quello dell'atto pubblico; la tariffa allegata alla legge del 1913 lo aumentò della metà; il R.D.L. 27 maggio 1923 lo equiparò a quello dell'atto pubblico; ed attualmente le differenze di onorario sono assolutamente insignificanti (basti considerare che, per un atto del valore di lire 4.000.000.000, la differenza per l'onorario di atto è di lire 100.000).

(24) D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici*

(Consiglio Notarile di Roma), II, Roma, 1965, p. 965 ss.; ID., *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 332 ss.; in particolare, p. 337 e p. 358.

(25) GIRINO, *Le funzioni del notaio*, in *questa Rivista*, 1983, p. 1068 ss. (ove riferimenti di dottrina).

(26) V. l'approfondito studio di BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *questa Rivista*, 1978, p. 693 ss.

(27) Sulla *solemnitas* della forma della donazione, quale mezzo per richiamare l'attenzione del donante sulla importanza e gravità dell'atto, TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, p. 422; BIONDI, *Successione testamentaria e donazione*, Milano, 1955, p. 680; D'ORAZI FLAVONI, *Assistenza dei testimoni negli atti di donazione*, in *questa Rivista*, 1947, p. 143.

(28) Sul *favor societatis* che sovrintende alla norma dell'art. 2328 c.c., al fine di garantire l'interesse alla conservazione della società, la certezza del diritto e l'affidamento dei terzi, BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 371 ss.

(29) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 699-700.

(30) BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., II, p. 428-429; PROTETTI-DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 1987, p. 333; FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario del Notariato*, cit., p. 250; TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 282. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Genova, 9 aprile 1969, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, comma 345 (che ha escluso, nel caso di scrittura privata autenticata elaborata e predisposta dalle parti, l'obbligo del notaio di indagare il trattamento fiscale più favorevole alle parti).

Sulla distinzione tra volontà negoziale e volontarietà dell'atto, GIRINO, *La figura giuridica del notaio*, in *questa Rivista*, 1985, p. 603.

(31) Secondo BOERO, *loc. ult. cit.*, anche con riferimento alla scrittura privata autenticata il notaio è obbligato ad una « indagine sulla volontà delle parti che, pur essendo meno intensa che non per l'atto pubblico, vale tuttavia a qualificare l'intervento del notaio e a giustificare la necessità dell'apporto delle sue conoscenze tecnico-giuridiche ».

*Contra* TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 283 (secondo cui « il notaio, in quanto estraneo alla definizione del regolamento negoziale da autenticare, non potrebbe essere chiamato a rispondere d'eventuali inadeguatezze tecniche del regolamento stesso ... a meno, sia aggiunto, che non vi siano stati incarichi specifici per il notaio »).

(32) Per l'utilizzazione dell'art. 1176 c.c. ai fini della qualificazione dell'intervento notarile nell'autentica di scritture private, BARONE, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e funzione notarile — in particolare: l'autenticazione notarile*, in *Vita not.*, 1982, p. 1459.

(33) Per l'applicazione dei principi di correttezza e buona fede al contratto d'opera notarile, STANIZZI, *La responsabilità civile del notaio*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 1144 ss.; ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990 (quest'ultimo autore effettua una serie di applicazioni pratiche del dovere di correttezza e buona fede, riferito all'attività notarile: p. 67, 102, 103, 105, 144, 195).

(34) Sull'integrazione del contratto d'opera notarile con gli usi negoziali, v. BOERO, *La legge notarile commentata*, II, cit., p. 495-496; nonché il mio « *Visure ipotecarie, responsabilità civile del notaio, limiti del danno risarcibile* », Milano, 1994.

(35) CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (estensore BOERO), *Modalità di documentazione dei poteri del procuratore nelle dichiarazioni di vendita di autoveicoli*, in *Studi e Materiali*, I, Milano, 1986, p. 321 ss.; ID., *Autenticazione delle firme degli amministratori di società*, *loc. ult. cit.*, p. 344 ss. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (estensore SAPORITO), *Certificazione dei poteri di rappresentanza nell'autentica di firma — limiti del sindacato del Conservatore*, in *Studi e materiali*, II, Milano, 1990, p. 32 ss.; BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., II, p. 426; MORELLO-FERRARI-SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, p. 283; TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 284.

(36) FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario del Notariato*, I, p. 249.

(37) BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., p. 426.

(38) Cass., 26 agosto 1975, n. 3018, in *Foro it.*, 1976, I, p. 728.

(39) v. in particolare Cass., Sez. un. pen., 28 febbraio 1990, cit., ed in genere le sentenze citate alla nota 4.

Nel senso, invece, della parificazione di atto pubblico e scrittura privata autenticata, ai fini dell'applicazione degli artt. 476-479 c.p., Cass., 26 aprile 1973, in *Foro it.*, Rep. 1974, c. 848.

(40) Cass., 25 ottobre 1972, n. 3255, riportata in ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, p. 226.

(41) Affermano che la scelta dell'atto pubblico rispetto alla scrittura privata — con la relativa differenza di spese — è effettuata per ottenere la collaborazione tecnico-giuridica del notaio (che si dà quindi per inesistente nell'ipotesi di autenticazione di scritture private), Cass., 25 ottobre 1972, n. 3255,

cit.; Cass., 16 febbraio 1974, n. 450, in ANGELONI, cit., p. 137; App. Firenze 16 ottobre 1973, in *Riv. dir. ipotecario*, 1974, p. 295; App. Napoli, 11 gennaio 1978, in ANGELONI, cit., p. 246.

Per la massima secondo cui « per il notaio richiesto della preparazione e stesura di un *atto pubblico* di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica della libertà del bene costituisce, salvo l'espressa dispensa degli interessati, un obbligo derivante dall'incarico conferito dal cliente », oltre le sentenze succitate, v. Cass., 2 aprile 1975, n. 1185, in ANGELONI, cit., p. 230; App. Milano, 29 aprile 1977, n. 869, in *Arch. civ.*, 1977, p. 1028; Cass., 7 settembre 1977, n. 3893, in ANGELONI, cit., p. 257; Cass., 23 giugno 1979, n. 3520, in ANGELONI, cit., p. 266; Cass., 29 aprile 1980, n. 2855, in ANGELONI, cit., p. 248; Cass., 12 novembre 1980, n. 6073, in ANGELONI, cit., p. 251; Trib. Parma, 29 ottobre 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 1057; Cass., 29 agosto 1987, n. 7127, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1388; Cass., 24 ottobre 1987, n. 7827, in *Vita not.*, 1988, p. 366.

(42) Riportata in ANGELONI, cit., p. 196 ss.

(43) 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 *questa Rivista*, 1964, p. 173 ss.; ID., *Ancora sulla vendita notarile di cosa pignorata*, in *questa Rivista*, 1964, p. 702 ss.; GIULIANI, nota a Cass., 1 agosto 1959, n. 2444, in *questa Rivista*, 1959, p. 878; ID., in *questa Rivista*, 1970, p. 481; TRIOLA, *Il notaio e le visure ipotecarie*, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1612; ID., *Sui doveri del notaio incaricato di stipulare la vendita di beni immobili*, in *questa Rivista*, 1973, p. 331 ss.; ID., *I doveri del notaio incaricato della vendita di beni immobili*, in *questa Rivista*, 1971, p. 686 ss.

(44) V., a titolo esemplificativo, Cass., 2 aprile 1975, n. 1185, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 914; Cass., 29 aprile 1980, n. 2855, in *questa Rivista*, 1980, p. 1257, ed in *Vita not.*, 1980, p. 1362; Cass., 12 novembre 1980, n. 6073, in *Vita not.*, 1981, p. 728; Cass., 18 febbraio 1981, n. 982, in *Vita not.*, 1981, p. 1112; Cass., 29 agosto 1987, n. 7127, in *questa Rivista*, 1989, p. 418, ed in *Vita not.*, 1988, p. 365; Cass., 24 ottobre 1987, n. 7827, in *Vita not.*, 1988, p. 366; Cass., 20 febbraio 1987, n. 1840, in *questa Rivista*, 1987, p. 814, ed in *Vita not.*, 1987, p. 388.

(45) RODOTÀ, *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 544.

In giurisprudenza, Cass., 25 maggio 1973, n. 1561, in *Giust. civ.*, Rep. 1973, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 2: « L'art. 1176 c.c. non impone al contraente un ulteriore e non qualificato dovere di diligenza, ma, con riferimento alla figura media del buon padre di famiglia, offre all'interprete un criterio generale per valutare la condotta dell'obligato nell'adempiere o nel non adempiere le obbligazioni da lui assunte ».

(46) Per cui rinvio al mio « *Visure ipotecarie, responsabilità civile del notaio, limiti del danno risarcibile*, Milano, 1994.

(47) CANDIAN, *La responsabilità civile nel notaio nella fase preparatoria dell'atto di trasferimento immobiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 263 ss., spec., p. 278-279; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Obbligo del notaio di procedere a preliminari indagini (c.d. visure) catastali ed ipotecarie sulla concreta situazione giuridica dei beni*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, IX, 1973, p. 103 ss.; DIES, *Un caso anomalo di responsabilità civile del notaio*, in *Assicurazioni*, 1992, II, 2, p. 41; ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, p. 162 ss.; D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 359; D'ORAZI FLAVONI, *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 160; App. Roma, 15 luglio 1969, in *Foro pad.*, 1970, I, p. 183; Trib. Verona, 1 gennaio 1973, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 497.

(48) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 693 ss.

(49) V., da ultime, Cass. S.U., 10 gennaio 1992, n. 193, in *Vita not.*, 1992, p. 761; Trib. Milano, 21 giugno 1984, in *questa Rivista*, 1987, p. 372; Cass., 6 dicembre 1974, n. 4031, in *Giust. civ. mass.*, 1974. In senso critico rispetto a tale giurisprudenza, MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, in *questa Rivista*, 1971, p. 463 ss. (sulla base del rilievo che l'intervento notarile interviene in un momento successivo alla predisposizione delle clausole, e non elimina la logica del « prendere o lasciare »); BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 750 ss. (secondo il quale la forma del contrattazione ex artt. 1341-1342 c.c. modificherebbe in parte la funzione di adeguamento del notaio, consentendogli di trasferire nel contenuto contrattuale quanto imposto dal contraente più forte).

(50) MARICONDA, *Atto pubblico*, in *questa Rivista*, 1987, p. 245 ss.; PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, cit., p. 29 ss.

(51) V. in proposito PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, cit., p. 15-16-17, e p. 187, ove il collegamento tra l'efficacia probatoria privilegiata dell'atto pubblico e l'idoneità dello stesso quale titolo esecutivo; nonché l'osservazione che l'inidoneità della scrittura privata autenticata a fungere da titolo esecutivo deriva dall'autonomia dei due atti (scrittura privata ed autentica), e quindi dal carattere non pubblico della parte del documento in cui è contenuta l'indicazione delle somme di denaro dovute.

MARICONDA, *Atto pubblico*, cit., p. 259, ricollega l'efficacia esecutiva alla « efficacia di prova privilegiata dell'atto pubblico, unitamente con le sue caratteristiche di certezza, legittimità e liceità ».

In genere, sull'efficacia di titolo esecutivo di atto pubblico, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, (estensore TONDO), *Aspetti formali del mutuo fondiario*, in *Studi e materiali*, II, Milano, 1990, p. 3 ss.

(52) FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, cit., p. 249; PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, cit., p. 181 ss.; TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 282-283; DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., p. 191.

(53) L'art. 77 del progetto stabilisce che « Il notaio deve conservare a raccolta le scritture private da lui autenticate soggette a pubblicità immobiliare o commerciale ».

(54) BARONE, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e funzione notarile — in particolare: l'autenticazione notarile*, in *Vita not.*, 1982, p. 1460.

(55) Sul collegamento tra i principi deontologici emanati dal Consiglio Nazionale del Notariato e l'art. 147 L. not., BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., p. 633 ss.

#### SOCIETÀ — Fusione — Atto di fusione — Omologazione — Necessità — Esclusione.

*L'atto di fusione non deve essere omologato, ma solo depositato per l'iscrizione nel Registro delle imprese (1).*

[Trib. Udine decr. 1 marzo 1994 — Pres. Millozza — Rel. Garlatti — ric. Latteria sociale di Cividale soc. coop. a r.l.].

Il Tribunale (*Omissis*).

Rilevato che l'atto di fusione stipulato in attuazione delle relative deliberazioni delle società partecipanti non deve essere assoggettato ad omologazione prevista solo per le precedenti deliberazioni assembleari;

ritenuto, pertanto, che l'atto di cui si tratta deve essere semplicemente depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese, nonché, in caso di società di capitali, essere pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale;

visto l'art. 2504, c.c.;

(*Omissis*).

(1) L'attuazione della terza direttiva comunitaria in tema di fusioni societarie, ad opera del D.Lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, evidentemente non ha sopito i dubbi, sollevati in base alla vecchia disciplina, sulla necessità o meno dell'omologazione dell'atto di fusione.

A tal riguardo infatti la situazione è rimasta invariata: il nuovo art. 2502 c.c., sulla delibera di fusione, fa sempre espresso riferimento all'art. 2411 c.c., che prevede il controllo omologatorio; così il nuovo art. 2504 c.c., sull'atto di fusione, dopo aver disposto l'obbligatorietà dell'atto pubblico anche in caso di fusione tra società di persone, non fa alcun richiamo al predetto art. 2411 c.c.

Da un raffronto tra i citati articoli (2502 e 2504 c.c.) si deduce che, mentre la delibera di fusione è soggetta al controllo omologatorio (eccetto il caso di fusione tra società di persone in cui l'incorporante o la società risultante dalla fusione non sia una società di capitali), l'atto di fusione è escluso da tale controllo.

In effetti la « *Relazione del Ministro di grazia e giustizia concernente il decreto legislativo 16 gennaio 1991 n. 1991 n. 22 recante norme sulle fusioni e scissioni di società* » commentando l'art. 12 che ha novellato l'art. 2504 c.c., testualmente recita: « Il problema, talvolta sollevato dalla giurisprudenza teorica e pratica, se l'atto di fu-