



# L'ESSENZIALITÀ DELLA FUNZIONE NOTARILE NELL'ERA DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE: ANALISI CRITICA E PROFILI PRATICO-COMPARATIVI DI UNA PROFESSIONE LEGALE

LUCA SILIQUINI CINELLI

*“Ove son leggi,  
tremar non dee  
chi leggi non infranse.”*

- Vittorio Alfieri,  
*Virginia*, Atto II (Appio)-

**SOMMARIO:** 1. GLOBALIZZAZIONE, SVILUPPO ECONOMICO E PROFESSIONI LEGALI – 1.1. QUALE FUTURO E PER QUALI GIURISTI? – 2. LA TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA E IL RUOLO DEL NOTAIO – 2.1. IL TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ – 2.2. LA SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA* NEL PATRIMONIO – 3. ALCUNE RIFLESSIONI CONCLUSIVE: IL NOTAIO DI OGGI E QUELLO (ESSENZIALE) DI DOMANI

## 1. Globalizzazione, sviluppo economico e professioni legali

La trattazione alla quale intendiamo dare corso e il cui scopo è quello di chiarire quale ruolo potrà o dovrà avere il notariato nel prossimo futuro, deve necessariamente cominciare da una breve, ma non per questo superficiale, riflessione sulla natura e sugli effetti della globalizzazione e del ruolo che le professioni legali tentano (e alle volte riescono) a ritagliarsi in un contesto economico-mondiale ogni giorno più complesso che toglie sempre più ossigeno alla dimensione statale del diritto di impronta illuministica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A questo proposito, come è già stato Autorevolmente chiarito da altri prima di noi, ci preme porre in evidenza che il mito della sovranità statale proposto dall'Illuminismo, da intendersi come potere esclusivo su un determinato territorio, è forse buono per evidenziare un orientamento culturale sottostante ma non anche per palesarne la sua reale consistenza come dimostrano, del resto, lo sviluppo dell'economia e della tecnica (i quali, assieme, scatenano da decenni crescenti sconfinamenti territoriali) e i sempre più numerosi



Che cosa possa efficacemente intendersi per “globalizzazione” non è cosa facile a dirsi ma a noi, non essendo questa la sede per andare oltre, interessa per lo meno rilevare quanto segue.

Essa, a ragione, è stata definita come quel veicolo atto a diffondere quei sistemi procedimentali che in ultima analisi sono volti ad alimentare il mercato mondiale concorrenziale. In particolare, fra le fila di tutti questi sistemi, si collocano in prima linea i modelli consumeristici con la loro capacità di produrre individui “naturalmente” portati a reinterpretare il mondo secondo categorie di stampo economico.

Orbene, solo questo preciso aspetto rende la globalizzazione una vicenda storica “inedita” posto che, ad ogni buon conto, essa per il resto sembra rappresentare una nuova fase dello scontro tra la sfera politica e la sfera economica che ha caratterizzato l’espansionismo occidentale fin dal XVI secolo<sup>2</sup>.

Tanto preliminarmente chiarito, per raggiungere una buona comprensione del tema che qui ci occupa è necessario procedere tramite un approccio che ci piace definire sin da ora di tipo “storico-sociologico”. Se, difatti, la globalizzazione ha determinato, tra i suoi innumerevoli effetti, una certa disabitudine a considerare i problemi specifici di ogni singola Nazione quasi come irrilevanti di fronte alle esigenze economiche generali, la storia, la cultura e le tradizioni hanno dal canto loro creato in ciascun Paese un ambiente specifico e particolare ove anche l’economia è in una certa misura tributaria del passato.

In aggiunta a tutto questo, noi crediamo che non possa comprendersi il regime della concorrenza tra economia e diritto senza, dapprima, soffermarsi a considerare l’essenza del liberalismo, nato dal fondamentale studio di Adam Smith<sup>3</sup> per il quale, in via di estrema semplificazione, non solo i professionisti vanno esclusi dal meccanismo della concorrenza ma, più in generale, ove tutti siano liberi di produrre beni e servizi da un lato e di acquistarli dall’altro, si genera un equilibrio tra offerta e domanda che conduce a sua volta al perseguimento di un vantaggio per tutti tangibile cosicché “*nel gergo della economia moderna si direbbe che si raggiunge una allocazione ottima di risorse all’interno di mercati concorrenziali non regolamentati*”<sup>4</sup>.

Questa teoria, oggi tornata in auge e ripresa con l’etichetta di “neo-liberalismo”, non solo ha assunto nella voce degli economisti un certo qual peso ma, soprattutto, ha affascinato i politici e buona parte degli imprenditori tanto da diventare per la maggior parte degli stessi un *totem* da venerare. La concorrenza, detto altrimenti, diventa nel pensiero di

---

condizionamenti esterni sulle vicende interne degli Stati. Chiaramente, su tutti, P.G. MONATERI – A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Torino, 2009, 176; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

<sup>2</sup> Cfr. P.G. MONATERI – A. SOMMA, *op. cit.*, 204. Si veda anche V. CODELUPPI, *Il biocapitalismo*, Torino, 2008.

<sup>3</sup> Il pensiero si trova in *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, traduz. italiana A. e T. BAGIOTTI (a cura di), Torino, 1975.

<sup>4</sup> Cfr. H. LANDRETH e D.C. COLANDER, *History of The Economic Thought*, Boston, 1994, 120, traduz. italiana M. LONGHI (a cura di), Bologna, 1996.



questi esponenti quasi un valore dello spirito da applicare ovunque e comunque poiché capace a risolvere tutti i problemi socialmente rappresentabili o, quanto meno, a funzionare meglio di qualsiasi altra soluzione diversamente desiderabile ed eventualmente concretizzabile.

Ecco, quindi, l'innegabile operatività del dominio dell'idea che la logica dell'economia di mercato, così come sopra delineata nei tratti che a noi interessano, sia effettivamente imperante e che, conseguentemente, il principale parametro del nostro benessere come individui (*ergo*, come esseri "attivi" nel corpo sociale, come "uomini"<sup>5</sup>) sia indicato soltanto da parametri di tipo reddituale.

Tanto considerato, appare evidentemente giunto il momento di svolgere alcune considerazioni, invero parzialmente critiche, sulla bontà delle teorie proposte dagli esponenti della c.d. "Scuola di Analisi Economica del Diritto" ("*Economic Analysis of Law*" – di seguito E.A.L.), tra cui non possiamo non ricordare Ronald H. Coase<sup>6</sup>, le quali, benché siano profondamente interessanti e per determinanti spunti di riflessione decisamente utili, pongono al centro della loro analisi, a nostro avviso sottovalutandolo, il c.d. "costo di transazione" delle ritualità riconducendolo a delle mere spese sottratte all'impiego produttivo. Il tutto, da un lato, porta a ignorare le precauzioni indicate dalla letteratura di psicologia economica e, dall'altro lato, a immolare siffatto argomento all'altare del Prodotto Interno Lordo (in appresso P.I.L.)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Questo, sia chiaro, anche in termini di esternalità negative e quindi di passività, vista e considerata la ben nota scarsità delle risorse sociali. Si vedano, sul punto, D. CIRAVEGNA, *Analisi e politica macroeconomica*, Torino, 2010; R. DORNBUSH – S. FISHER – R. STARTZ, *Macroeconomia*, Milano, 2010; J. SLOMAN – D. GARRATT, *Microeconomia*, Bologna, 2010; ROBERT. H. FRANK, *Microeconomia*, Milano, 2010.

Il tutto, è risaputo, rileva anche per la disciplina della Responsabilità Civile come sottolineato da P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, R. Sacco (dir. da), Torino, 1998; ID., *La responsabilità civile*, Torino, 2006.

<sup>6</sup> Come si saprà per certo R. H. Coase, economista inglese del quale da poco si è omaggiato il centenario della nascita, ha vinto il Premio Nobel per l'Economia nel 1991 per, come è stato indicato al momento dell'assegnazione del Premio, "*la scoperta e la spiegazione dell'importanza che i costi di transazione e i diritti di proprietà hanno nella struttura istituzionale e nel funzionamento dell'economia.*"

<sup>7</sup> Per maturare una buona conoscenza del fenomeno si rimanda a R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole, Analisi economica del diritto civile*, Vol. I, Bologna, 1999, 9ss., per i quali, rilevando preliminarmente che, a differenza di quanto ritenuto da altri, "*l'economista non concepisce il diritto come un insieme di precetti (per lo più divieti) accompagnati da una sanzione*", e che "*trent'anni di riflessione principalmente dedicata ai property rights, ai contratti e alle liability rules hanno reso il dibattito privatistico molto più sofisticato e sfumato rispetto a modelli un po' rozzi ancora largamente tributari della letteratura sulle public choices, che la giuspubblicistica economica ha fin qui saputo produrre*", "*il dibattito italiano sulla analisi economica del diritto è rimasto a lungo confinato sul piano metodologico e pregiudiziale*", "*l'E.A.L. è un tipico prodotto d'importazione di ritorno, posto che uno dei suoi padri fondatori [...] è Piero Trimarchi che, in piena autonomia concettuale, si poneva per questa strada nello stesso torno di tempo in cui R. H. Coase costruiva il suo celebre teorema e G. Calabresi cominciava a riflettere sulla allocazione del rischio*".

Ciò detto, qui è sufficiente ricordare che l'Analisi Economica del Diritto viene tradizionalmente suddivisa in due correnti. La c.d. "*Positive Law and Economics*" (P.L.E.), che utilizza gli strumenti propri della micro-



Il tutto, lo si avrà già capito, come se l'economia potesse assurgere a divenire se non l'unica, quanto meno la più "sostanziosa" bussola capace di guidare l'essere umano nelle scelte di tipo giuridico e, più in generale, sociale. In realtà, come noto, non sempre l'uso degli strumenti più complessi e "macchinosi" risulta utile come si spera. In altre parole, il necessario rifiuto di letture semplicistiche e/o riduttive atte a dare per buone queste valutazioni di stampo prettamente economico, rende a nostro avviso inevitabilmente più arduo l'approccio metodologico da doversi seguire al fine di potere ambire a una per quanto auspicabile piena comprensione dell'argomento che qui ci impegna<sup>8</sup>.

Ora, essendo il nostro uno scritto volto a suggerire quale sarà il ruolo che il notaio potrà o dovrà avere nel prossimo futuro, dobbiamo necessariamente rilevare quanto l'analisi delle ragioni circa l'esistenza dei notai, delle cause del declino della loro attività e del loro contestuale rinascimento<sup>9</sup> troppo spesso è conciso con lo sviluppo di argomentazioni sì "tecniche" ma per lo meno di qualità scadente che, ad ogni buon conto, non hanno tenuto in considerazione quanto abbiamo sin qui sottolineato evitando, così, di esaminare compiutamente in ogni sua sfaccettatura il quadro del modello di vita collettiva e di rapporti che costituiscono la struttura sociale alla quale oggi apparteniamo. Quadro che, in un secondo momento, s'ha da confrontarsi con le norme e le istituzioni formali e informali dominanti in altre società e funzionanti in certi casi persino meglio.

È in questo senso, allora, che dobbiamo diversamente procedere con le nostre argomentazioni per, da un lato, non commettere gli stessi errori commessi in passato da altri e, dall'altro lato, cercare di capire come alle varie "ritualità" previste dai legislatori ovunque operanti corrispondono differenti soggetti attuatori e che nell'area specifica di *Civil law*<sup>10</sup> allo

---

economia per prevedere gli effetti delle varie regole giuridiche da un lato, e la c.d. "*Normative Law and Economics*" (N.L.E.) che ha quale obiettivo l'offrire determinati suggerimenti su scelte normative basate sulle conseguenze economiche delle varie opzioni legali possibili facendosi forte del concetto di "efficienza economica", dall'altro lato.

<sup>8</sup> E questo perché, in sintesi, la parabola della modernità occidentale si è sviluppata negli ultimi decenni all'insegna di una straordinaria affermazione e di una altrettanto vistosa disgregazione: l'orizzonte, creduto omogeneo, dei sistemi ideologici di tipo economico ha, difatti, ceduto il posto a processi di forte frammentazione accompagnati dalla creazione di modelli culturali molteplici e spesso tra loro antagonisti che un "buon" giurista desideroso di porre in essere una precisa comparazione dei sistemi normativi non può non considerare. In senso contrario si esprimono O. GALLAND – Y. LEMEL, *Valori e culture in Europa*, Bologna, 2010.

<sup>9</sup> Offre una dettagliata panoramica sull'evoluzione del notariato I. SOFFIETTI, *Problemi di Notariato dal Medioevo all'età moderna*, Torino, 2006.

<sup>10</sup> Sono davvero molte le pagine che, nel corso di decenni, sono state scritte sulla Tradizione Giuridica di *Civil law* atte ad individuarne le caratteristiche portanti in seno alla c.d. "*Western Legal Tradition*" e le sfaccettature di entrambe possono, in via preliminare, essere comprese tramite il pregio delle opere di H. J. BERMAN, *Law and Revolution*, Voll. I-II, Harvard. Univ. Press., Cambridge (MA), 1983-2003; K. ZWIEGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, Voll. I - II, Milano, 1998-1995; A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, 2002; R. SACCO, *Le grandi epoche del diritto*, Parigi-Torino, 1996; ID., *Che cos'è il diritto*



svolgimento di tale funzione, invero profondamente delicata, è chiamato per l'appunto il notaio.

Ciò posto, il tema del confronto tra un modello di ordinamento giuridico positivo come quello latino (come quello nostrano) e un modello quale è quello offerto dalla esperienza inglese e poi diffusosi, con le dovute precisazioni, in altri Paesi quali l'Australia, il Canada, la Nuova Zelanda e per certi versi l'America, è di estrema attualità e si giustifica per il fatto che in questo "mondo moderno" (dal quale non è ovviamente esclusa l'Italia, terra culla del diritto) in cui i mercati tendono a diventare l'unico metro e valore di riferimento, i professionisti dei servizi legali e amministrativi cercano di riposizionarsi come investitori e custodi di un nuovo sapere giuridico, di una nuova *lex*: la c.d. "*lex mercatoria*"<sup>11</sup>.

---

*comparato*, Milano, 1992; P. CARROZZA - A. DI GIOVINE - G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto Costituzionale Comparato*, Roma-Bari, 2009; M. A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1984; K. O. Morgan (a cura di), *Storia dell'Inghilterra*, Milano, 1993; P.G. MONATERI - A. SOMMA - T. GIARO, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005; P.G. MONATERI- A. SOMMA, *Il modello di civil law*, cit.; P.G. MONATERI, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, in *51 Hastings Law Journal*, 2000, 479 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. The Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1991; Id., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001; A. Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991; Id., *Roman Law and Comparative Law*, Athens-London, 1991; M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1984; F. MARINELLI, *Scienza e storia del Diritto Civile*, Roma-Bari, 2009; A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il Codice francese*, Napoli, 1841; Id., *Corso di diritto civile secondo il codice francese opera del professore Duranton nuova versione italiana con addizioni, note ed osservazioni riguardanti la legislazione civile delle due Sicilie e coi confronti delle LL. Civili della Toscana e del Regno Lombardo Veneto del fu professore Napoletano Pasquale Liberatore*, Napoli, 1847; C.E. DELVINCOURT, *Corso di codice civile del sig. Delvincourt (...) Novellamente tradotto dall'ultima edizione francese ed accompagnato dalla nuova giurisprudenza civile del Regno delle due Sicilie*, Vol. I, Napoli, 1823; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen, Corso delle istituzioni presso il popolo romano*, C. Poli (a cura di), Milano-Verona 1858, Vol. I; B. WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, I, 69, Torino, 1930; F. POLLOCK, *Principles of Contract. A Treatise on the General Principles concerning the Validity of agreements in the Law of England*, London, 1911; P.S. ATIAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995; G.C. CHESHIRE - C.H.S. FIFOOT- M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, London-Edimburgh-Dublin, 1996; F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts, Sistema del diritto romano attuale*, traduz. italiana V. Scialoja (a cura di), Torino 1886-1898.

<sup>11</sup> Essa nasce senza mediazione del potere degli Stati ed è priva del carattere della territorialità perché ha il solo scopo di disciplinare in modo uniforme i rapporti commerciali entro l'unità economica dei mercati al di là della unità politica degli Stati e delle loro organizzazioni politiche. Detto in altre parole, la "*lex mercatoria*" null'altro è se non un "diritto transnazionale senza Stato" poiché applicato prescindendo dalle leggi nazionali e, più in generale, dal vincolo che esse inevitabilmente hanno con la ubicazione delle attività e dei beni in un determinato territorio. Precisiamo, inoltre, che il diritto mercantile si sperimenta nella adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente in virtù della *opinio necessitatis* quale convinzione che essi siano vincolati in base a regole comuni universali e incondizionate che per l'appunto integrano, a tutti gli effetti, una società mercantile. Lungimirante è la l'analisi offerta da F. MARELLA, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed uso dei*



Come è comprensibile, nel fare tutto questo il professionista deve anche imparare a rendere conto del suo operato adattandosi, per così dire, alle imperanti tecniche dell'Analisi Economica del Diritto sopra citate e sommariamente descritte, confrontandosi di conseguenza con i formanti giuridici attraverso i quali l'economia internazionale viene veicolata visto che, come detto, anche l' "utilizzo" di un notaio è per le scienze matematico-economiche un costo transattivo in termini di istruzione della pratica, di controllo delle procedure, di informazione delle parti clienti, di spendita, insomma, sia di danaro che di tempo<sup>12</sup>. Fare questo, in altre parole, significa soprattutto rapportarsi con le risultanze esposte da chi, come la Banca Mondiale, critica alacramente la tradizione romanista e i suoi protagonisti<sup>13</sup>.

Ed invero, piaccia o meno, il pensiero esplicitato dalla Banca Mondiale evidenzia che solamente nell'area della *Common law* si situa il paradigma capace di fornire l'ambiente legale dove si concentrano la maggiore ricchezza mondiale e i centri decisionali delle grandi imprese internazionali. Paradigma, questo, non solo giuridico ma, si presti attenzione, anche socio-culturale e che risulta singolarmente adatto ad essere letto e implementato con gli strumenti di confronto offerti dall'E.A.L. (anche se, a nostro avviso, il reale vettore da

---

*contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (dir. da), Vol. XXX, Padova, 2003.

D'obbligo (in riferimento agli effetti giuridici e socio-economici che ha avuto nella dinamica di costruzione europea il pensiero ordoliberal degli esponenti della c.d. "Scuola di Friburgo" come W. Eucken e L. Miksch e in merito, altresì, alla essenza della c.d. "Società del diritto privato" come promossa dai sostenitori della supremazia del diritto privato sul diritto pubblico e come teorizzata e praticata dai fautori dell'ordine economico mondiale incarnato dalla Organizzazione Mondiale del Commercio -di seguito W.T.O.-, le cui porte sono state recentemente aperte anche alla Russia, e dai sostenitori della c.d. "Economia sociale di mercato" quale politica economica insegnata da A. Müller-Armack a metà degli anni '40) è inoltre lo studio del pensiero di P.G. MONATERI – A. SOMMA, *op. cit.*, 203ss.; P.G. MONATERI, *Pensare il Diritto civile*, Torino, 2006; ID. *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, 157ss.

<sup>12</sup> Senza dimenticare che gli spazi sovrani di un mondo fondato sugli affari commerciali fra persone compresenti all'interno del proprio territorio sono sopraffatti dalla comunicazione globale in tempo reale su beni dematerializzati e fra persone alquanto lontane. Di tale che, non risulta obsoleto rimarcare quanto occorra verificare se la c.d. "corporate mobility" consenta o meno alle imprese di scegliere uno spazio "senza" più confini dove svolgere la propria attività utilizzando le sempre più diffuse reti informatiche. Si veda, sul punto, G. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contratto e impresa*, 2009, I, 111; F. GALGANO, *Globalizzazione e conglomerazione*, *ibidem*, 2006, I, 73ss.

<sup>13</sup> M. ALACEVICH, *Le origine della Banca Mondiale. Una deriva conservatrice*, Milano, 2007; A. MAGNOLI BOCCHI – M. PATTEO, *La Banca Mondiale*, Bologna 2007; L. MESSORI, *Le istituzioni dell'economia globale: La Banca Mondiale, Il Fondo Monetario Internazionale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Bologna, 2002; M.G. ATTINASI – A. BRUGNOLI, *Financial Instruments for Urban Development Support. The Role of The World Bank in Latin American Countries*, Milano, 2001.



considerare in un ragionamento di questa consistenza dovrebbe essere piuttosto la potenza politico-economica di tale area).

Tutto ciò è di assoluta rilevanza pratica perché accettare queste nuove sfide significa anche (ed evidentemente) fare fronte alle critiche che, ripetutamente e in ogni dove, vengono rivolte al notariato. Si pensi, a titolo indicativo, proprio al c.d. “*Doing Business*” pubblicato annualmente dalla Banca Mondiale e in particolare a quello degli anni 2004, 2005 e 2006 in cui, per la precisione, si possono trovare sfumature di tal fatta: “*Perché certi Paesi continuano a lasciare nelle mani del notaio l'esclusiva delle iscrizioni nel Registro Immobiliare? Difficile a dirsi, ma la storia è piena di esempi di istituzioni che sono sopravvissute alla loro utilità [ ... ]*”<sup>14</sup>.

Questi rapporti annuali hanno, per così dire, dato il via libera alla “guerra” tra il sistema statunitense, veicolato per l'appunto dalla Banca Mondiale, e il sistema francese come modello di pensiero giuridico alternativo al primo, asserendo l'inefficienza dei sistemi giuridici di origine romanistica (e del diritto francese in particolare) rispetto ai modelli giuridici propri della *Common law* suscitando, come era ovvio, forti reazioni. Più nel dettaglio, le principali assunzioni fatte dall'approccio di “*Law and Finance*” sono due<sup>15</sup>: *i*) i Paesi i cui sistemi giuridici proteggono i diritti di proprietà favoriscono le soluzioni contrattuali rispetto a quelle amministrative e proteggono gli investitori indirizzando maggiormente il risparmio verso l'impresa e le attività produttive; *ii*) le differenti tradizioni giuridiche che sono emerse in Europa durante gli ultimi secoli aiutano a spiegare le diversità ancora oggi presenti tra i vari Paesi circa la protezione degli investimenti, l'efficacia del diritto contrattuale e lo sviluppo finanziario.

Poste queste premesse, l'assunzione del tutto nuova offerta dall’“*International Finance Corporation*” (in appresso I.F.C.) è quella per cui i sistemi giuridici di stampo romanista dell'Europa continentale sono meno capaci rispetto a quelli di *Common law* ad offrire una adeguata protezione agli investimenti globali<sup>16</sup>.

Tuttavia questo passaggio lascia quanto meno stupiti se si considera quanto segue. Riteniamo sia doveroso precisare, difatti, che se vi sono differenze di contenuto fra i sistemi eurocontinentali e quelli di matrice anglo-americana ciò non dipende dalla loro struttura intrinseca, ma, piuttosto, da un diverso impegno dei sistemi del primo tipo verso un modello di società e di “giustizia sociale” differente da quello preferito dagli investitori globali. Stiamo parlando, evidentemente, dello stesso modello per molti aspetti riassunto nel concetto di “patrimonio costituzionale europeo”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. *Doing Business*, 2004. Le fonti citate sono consultabili sul sito [web www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

<sup>15</sup> P.G. MONATERI – A. SOMMA, *op. cit.*, 219; R. LA PORTA, *Law and Finance*, in 106, *J. Pol. Ec.*, 1998, 1113ss.

<sup>16</sup> L'argomentazione proposta dall' I.F.C. continua evidenziando che mentre nella *Common law* le Corti sono sempre rimaste sostanzialmente indipendenti dalla Corona che solo formalmente nomina i Giudici, la Rivoluzione francese ha “piazzato” lo Stato “sopra” le Corti stesse relegando così i Giudici a un ruolo minore e prettamente burocratico.

<sup>17</sup> Sulle cui caratteristiche rimandiamo al fondamentale lavoro di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.



Dopo tutto, passando per un attimo alla comparazione dei valori di fondo offerti da tali contrapposte realtà, proprio le caratteristiche asserite a vantaggio dei sistemi di *Common law* potrebbero costituire una critica radicale giacché essi risultano connaturati da visioni decisamente classiste in cui l'Autorità Pubblica non è riuscita ad imporsi neanche nei meccanismi di produzione del diritto la cui elaborazione pertanto è stata e ancora è affidata a Giudici che si sono rilevati nel tempo alleati di classe dei soggetti forti<sup>18</sup>.

Sono modelli, questi, in cui, per dirla in modo più diretto ed efficace, in primo piano v'è soltanto lo sviluppo di un tipo di società in cui i valori della vita d'impresa sono superiori a tutti gli altri e in cui al contempo i contraenti forti e i grandi imprenditori sono sistematicamente favoriti rispetto ai piccoli imprenditori e ai contraenti più deboli. Dunque noi crediamo che, come già Autorevolmente posto in chiaro da chi ha studiato con la debita attenzione questi fenomeni, “*non è la tradizione giuridica a dover essere in questione e a dover venire rivista, è invece più opportuno considerare come esistano in realtà due sistemi economici differenti e due diversi modelli di società che si confrontano entro la Tradizione Giuridica Occidentale*”<sup>19</sup>.

In aggiunta a queste precisazioni dobbiamo ribadire che, a nostro avviso, viviamo in un'epoca di radicali modifiche non solo dei vari metri di giudizio valutativo ma anche di quelli usati a mo' di apprezzamento dei paradigmi che si pongono alla base dello sviluppo della società i quali, oggi, riguardano più esclusivamente gli economisti. Entrambi questi strumenti, ecco il punto cruciale del nostro argomentare, devono essere analizzati attraverso plurime tecniche di studio tra le quali riteniamo debba primeggiare il sistema che costituisce da sempre il fondamento di ogni politica di sviluppo sociale: ovvero sia quello che prevede il ricorso al patrimonio offerto dal diritto.

Insomma, quello che noi crediamo sia importante porre in luce con queste riflessioni è che al notaio spetta un importante ruolo nel progredire della società civile. Ruolo che, in sintesi, sta tutto nel fornire un deciso impulso allo sviluppo economico e questo, si badi, non tanto per la caratteristica che contraddistingue il suo “ministero” e che lo fa essere un particolare “tecnico del diritto”, quanto piuttosto per il semplice fatto che grazie alla sua peculiare funzione non solo egli è a pieno titolo un imprescindibile esponente di detta società ma è anche delegatario di autorità pubblica e pertanto portatore di quegli interessi statali o sovrastatali ai quali, prima che ad altri generalmente individuabili, spetta la creazione e la promozione dello stesso sviluppo socio-economico sopra richiamato<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> P.G. MONATERI – A. SOMMA, *op. cit.*, 221. Si vedano, altresì, A. GAMBARO – R. SACCO, *op. cit.*, 116ss; A. TORRE, *Le Corti di giustizia come soggetti politici e costituzionali*, in *Diritto Costituzionale Comparato*, P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, 93ss. V. nota n. 9 e n. 42.

<sup>19</sup> P.G. MONATERI – A. SOMMA, *op. cit.*, 222.

<sup>20</sup> Tra le caratteristiche fondamentali che contraddistinguono l'opera prestazionale notarile e che riteniamo siano necessariamente da preservare per rispondere adeguatamente alla sfida rappresentata dallo sviluppo economico sostenibile si devono ricordare la competenza giuridica, la fiducia e la rete universale. Svilupperemo questo pensiero più dettagliatamente nelle pagine seguenti.



Il tutto, precisiamo, senza scordare mai per nessuna ragione che il fenomeno della globalizzazione economica, per quanto riguarda i prodotti di alcuni Paesi che ad ogni buon conto non possono più essere definiti emergenti, come ad esempio l'India<sup>21</sup>, mostra con quanta più viva forza possibile i limiti sociali che la rigida applicazione del regime di concorrenza testé descritto comporta.

Inoltre, non può essere taciuta l'operatività del movimento “*Legal Empowerment of the Poor*”<sup>22</sup> con il quale crediamo il notariato internazionale debba attivamente collaborare. Esso (la cui denominazione, dal punto di vista divulgativo, altro non è se non uno *slogan* volto a riassumere quanto lo sviluppo della società non possa basarsi meramente sul dominio dell'economia dato il ruolo fondamentale che il diritto ha da svolgere risultando, anch'esso, dotato di quel valore economico in grado di contribuire grandemente allo sviluppo delle aree del Terzo Mondo in modo duraturo e armonico quale condizione assolutamente irrinunciabile) manifesta una importanza precipua di tipo sostanziale che non può essere mascherata con artifici di sorta. Ed invero, a titolo meramente indicativo, si pensi a come oltre trent'anni fa sia stata lanciata nei Paesi del Nord Europa l'iniziativa di istituire una Commissione, nel cui seno sono state create ben cinque sotto-commissioni di lavoro<sup>23</sup>, nel

---

<sup>21</sup> Paese al quale va aggiunta la Cina la quale, tuttavia, ha recentemente adottato un modello di notariato di tipo latino. La bibliografia è sull'argomento effettivamente sterminata e noi, per necessità di sintesi, rimandiamo alla lettura di G. SAMARANI, *Cina, ventunesimo secolo*, Torino, 2010; A. RINELLA, *Cina*, Bologna, 2010; S. CHIARLONI – G. FERRI, *I sistemi bancari dei paesi emergenti*, Milano, 2010; L. BIRINDELLI – E. EMILIANI – R. ORLANDI – F. SCROSOPPI – M. TIMOTEO, *Nuove vie per le professioni e l'impresa*, Roma, 2007; F. RAMPINI, *L'impero di Cindia. Cina, India e dintorni: la superpotenza asiatica da tre miliardi e mezzo di persone*, Milano, 2007.

<sup>22</sup> Per ogni informazione si può consultare il sito web <http://legalempowerment.undp.org/what/groups.html>.

Un collegamento tanto più attuale e pregnante se si considera quanto emerso alla “*Experts Conference on The Rule Of Law*” tenutasi nell'ambito del G8 a Berlino il 30 novembre 2007 ove, in particolare, si è riconosciuto con limpida chiarezza dai tecnici provenienti da ogni parte del Mondo il ruolo delle professioni legali generalmente considerate (avvocati, notai, giudici) nel garantire l'accesso al diritto. Il loro insostituibile contributo, s'è detto, è collegato non solo ad alleviare il carico di lavoro del sistema giudiziario ma, di più, anche ad incrementare lo sviluppo corretto e ordinato dell'economia di mercato. Tutto ciò, peraltro, in stretta controtendenza rispetto a quanto si legge nelle conclusioni dello studio Z.E.R.P. commissionato dall'Unione europea all'Università di Brema che si fa portatore di una pericolosa e dirompente visione negativa del sistema di certezza e di legalità offerta dai Paesi di *Civil law*.

<sup>23</sup> La prima, chiamata “*Property Rights and Tenure Security*” si occupa non solo della titolarizzazione della proprietà immobiliare ma anche della soluzione dei problemi che insorgono nella fase di attribuzione formale; la seconda, chiamata “*Rights to Livelihood and Entrepreneurship*”, ha per scopo quello di favorire il passaggio da quella che viene generalmente definita “economia informale” a quella comunemente detta “economia formalizzata” cioè volta a facilitare l'iscrizione delle micro imprese nel regime della economia formale; la terza, chiamata “*Labor Rights*”, non si appresta in tutta verità a un intervento del notariato e non sarà quindi oggetto di una nostra analisi; la quarta, chiamata “*Rule of Law and Access to Justice*”, dovrebbe invece collaborare attivamente con il notariato posto il tradizionale ruolo di tutore della certezza giuridica ad esso connaturale; infine la quinta, chiamata “*Road Maps for Implementation of Reforms: Implementation strategies, including Toolkits and*



quadro delle Nazioni Unite e collegata al movimento testé citato, alla quale le stesse garantiscono tramite le loro istituzioni il proprio sostegno in modo tangibile.

L'importanza che la partecipazione del notariato ha mostrato e potrà ancora mostrare nel contribuire a tali processi evolutivi non va sottovalutata. Si pensi a quanto successo attraverso l'esperienza del meccanismo di titolarizzazione della proprietà immobiliare nelle zone periferiche della città di Lima, in Perù. Essendo il noto peruviano Hernando de Soto il promotore di quella grande iniziativa, non risulta difficile comprendere come il Perù sia divenuto per l'appunto quello che senza timore possiamo definire il primo banco di prova della utilità sociale dell'apporto notarile nello sviluppo dei Paesi non industrializzati. Secondo la teoria di Soto, che ci proponiamo di ricordare senza troppo disperderci in ragionamenti che non attengono a questo scritto, esiste un "capitale addormentato" che occorre risvegliare per il tramite del riconoscimento giuridico da attuarsi con il procedimento di titolarizzazione della terra<sup>24</sup>. Il tutto a fine di consentire al titolare del diritto di essere ricompreso nel sistema nel quale esso opera come tale da imprenditore e, quindi, da protagonista. Ora, se è pur vero che l'esperienza peruviana ha consentito un accesso al credito in termini quantitativi pressoché insignificante (nell'ordine del 9%), è altrettanto vero che quella terra ha manifestato un altro fenomeno decisamente interessante: il miglioramento qualitativo del livello di vita<sup>25</sup>.

Ancora qualche precisazione.

I sostenitori della concorrenza pura, oltre a dimenticare la presenza di determinati costi sociali, non si avvedono della (per alcuni aspetti) profonda ingiustizia che deriva dal far gravare sull'intera collettività i danni o i guasti di un bene o di un servizio a domanda individuale. Ed infatti, a nostro avviso, se la libertà economica è un valore essenziale, diventa agevole dedurre che quando il soggetto acquista, nella sua sfera privata, un bene o un servizio lo deve ovviamente potere scegliere ma deve anche pagarne il costo relativo<sup>26</sup>. In caso contrario il costo di un bene a domanda individuale viene in parte traslato sull'intera collettività con la imprescindibile necessità per lo Stato di attivarsi per ottenere il pagamento

---

*indice?* è una commissione meramente tecnica che riprende e riassume le riflessioni delle quattro commissioni testé descritte.

<sup>24</sup> F. LUCARELLI, *La "titolarizzazione" della proprietà immobiliare urbana: un progetto per il futuro e un impegno per il notariato*, in *Notariato*, 1, 2008, 6ss.

<sup>25</sup> Senza oltremodo dilungarsi sull'argomento e rischiare così di finire al di fuori del tracciato che intendiamo qui seguire, si consideri che non solo è aumentato il livello di scolarizzazione ma che, di più, grandi masse di donne si sono riversate nel mondo del lavoro e che, in concomitanza, è aumentata anche l'occupazione maschile.

<sup>26</sup> Salvo che si tratti di un servizio sociale il quale, come noto, risponde a logiche differenti. Su tutti, F. GIROTTI, *Welfare State. Storia, modelli, critica*, Roma, 1998.



nuove imposte o aumentare quelle già esistenti<sup>27</sup>. Tipico esempio che possiamo offrire a conforto di quanto sin qui evidenziato è quello portato dall'assicurazione obbligatoria: i premi sono sì calcolati sulla legge dei grandi numeri ma sono al contempo graduati per classi di merito o demerito in relazione alla rischiosità del soggetto assicurato<sup>28</sup>.

Ciò non di meno, è comunque chiaro che una elevata litigiosità connessa alla incertezza dei rapporti socio-giuridici produce un maggior carico giudiziario e, al riguardo, le soluzioni in termini di esternalità possono apparire, in un primo momento, due soltanto: o si abolisce la giustizia pubblica e i contendenti si pagano da sé la loro giustizia privata (soluzione che non solo non appare equa ma non sembra in certi frangenti nemmeno concretizzabile posto che la “violenza legale”<sup>29</sup> deve rimanere monopolio dello Stato); ovvero si mantiene ed anzi si potenzia la giustizia pubblica.

In realtà, noi crediamo che aguzzando un poco lo sguardo si possa individuare una terza via dai contorni netti e definiti la quale, per la precisione, deve prendere le mosse dalla considerazione che risulta quanto meno singolare sostenere in modo apodittico e non provato a sufficienza l'inutilità di una figura professionale che, con il suo (puntuale e serio) operare evita l'insorgenza di una lite giudiziale motivando l'argomentazione facendosi scudo dei costi istantanei da sopportare per usufruire del suo servizio che, si sottolinea, gravano solamente sul singolo cittadino che lo chiede e lo ottiene. Forse sarebbe meglio concentrarsi sul risparmio collettivo che si riesce ad ottenere in termini economicamente concreti proprio grazie all'opera di quel professionista che, con il suo (serio e puntuale) operato, permette di evitare il pagamento di un (questa volta sì) altissimo costo sociale<sup>30</sup>.

Tuttavia, ci rendiamo conto che il nostro pensiero non può essere colto nella sua intera portata se non si fa riferimento ad una ulteriore precisazione. Dando per pacificamente comprovato e assodato che il mondo si muove sulla produzione e sullo scambio di beni,

---

<sup>27</sup> L. FERLAZZO NATOLI, *Diritto Tributario*, Milano, 2010; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010; G. D'ALESSANDRO, *Gli effetti temporali della giurisprudenza comunitaria in materia fiscale. Sulla stabilità dei rapporti tributari nella prospettiva europea*, Roma, 2010.

<sup>28</sup> Sull'industria della c.d. “Title Insurance” torneremo *infra*, pagg. 21ss.

<sup>29</sup> Sulla definizione di “violenza legale” e sullo studio delle sue caratterizzazioni si veda V. WOHL, *Law's Cosmos, Juridical Discourse in Athenian Forensic Oratory*, Cambridge Univ. Press, 2010.

<sup>30</sup> L'esempio offerto dal nostro Paese è in questo senso chiarificante. Come è risaputo il Carnelutti, attraverso una espressione sottile e capace, nella sua essenzialità, di descrivere efficacemente la delicatezza e l'importanza dell'attività notarile nell'ottica della preservazione della sicurezza dei traffici giuridici, era solito dire “*Tanto più notaio, quanto meno giudice*”. In aggiunta a questa nobile frase riteniamo opportuno offrire un dato che, su tutti, permette di cogliere quanto essa sia ancora oggi effettivamente adatta: in Italia nel 2005 il peso economico del contenzioso civile è stato indicato nell'1,7% del P.I.L. (Prodotto Interno Lordo); ebbene nell'ambito delle transazioni immobiliari, laddove interviene il notaio, il contenzioso civile riguarda annualmente circa 50 casi su oltre 1.700.000 pari, circa, allo 0,003% del totale. Sul punto si vedano le risultanze del rapporto svolto da Tillinghast, Towers Perrin, *U.S. Torts Costs and cross-Border Perspective*, 2005, richiamato dal C.N.N. in *Notaio - sicurezza giuridica - sviluppo economico. Società, regole, mercato*, 2007. Per ulteriori dettagli si possono consultare i siti internet [www.notariato.it](http://www.notariato.it) e [www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it).



sulla produzione e la distribuzione della ricchezza e, ancora, sulla soddisfazione di sogni o di speranze anche (se non soprattutto) legate al benessere economico<sup>31</sup>, riteniamo essere quanto meno certo che lo Stato moderno, in materia di creazione e fissazione delle regole e, quindi, di previsione e concretizzazione dei relativi sistemi applicativi, non può più fare tutto “da solo” e che, proprio per questo, la critica alla burocratizzazione e alla statalizzazione sia destinata a cogliere nel segno ogni qual volta le ragioni dell’economia risultino ostacolate o frenate da inutili o irragionevoli adempimenti di sorta.

Di qui, *ergo*, il primo dovere dello Stato di fare leggi buone e chiare e, soprattutto, di avvicinare i cittadini, quale che sia la loro veste contingente di produttori, utenti o consumatori finali, a strutture che siano efficacemente utilizzabili con un alto grado di sicurezza e affidabilità. Una volta poste le regole di tale natura e consistenza, rimane solo da scegliere tra due metodi o (che a dir si voglia) sistemi applicativi: demandare il rispetto delle regole alla libertà, alla scienza e alla coscienza di ognuno di noi addossandone così al privato la responsabilità della inosservanza e, quindi, il relativo rischio della sanzione ovvero, all’opposto, creare una rete di protezione preventiva dal rischio della medesima inosservanza come se essa fosse, in un certo senso, una sorta di “assicurazione” della legalità dei comportamenti.

Noi crediamo nella efficacia di questa seconda e ultima via. Essa può essere seguita solamente affidando determinate funzioni di prevenzione del contenzioso e di cura della legalità a qualcuno posto all’interno o all’esterno della struttura statale. I vantaggi di un tale procedere sono del tutto evidenti: essi sono esattamente antitetici a quelli sopra visti come svantaggi con, tuttavia, l’aggiunta di un ulteriore profilo a favore. Ovvero sia che qualsiasi inconveniente ricade sul singolo così come è corretto per qualsiasi servizio a domanda individuale<sup>32</sup>.

Tale conseguenza, benché da non sottovalutare nella sua portata pratica, non deve comunque spaventare. Se difatti il prestatore del servizio, come sopra anticipato, lavora con serietà, stabilità e “professionalità” (nel rispetto, pertanto, non solo di quelle regole di diritto comune che disciplinano l’andamento del corpo sociale ma anche di quelle che, più nello specifico, disciplinano settorialmente lo svolgimento della sua attività) il consumatore che ad egli si rivolge sarà tutelato anche dal pregiudizio altrimenti rappresentabile. Fermo restando quanto rilevato, per correttezza espositiva dobbiamo altresì ricordare che in effetti tale modo di pensare porta con sé anche determinati svantaggi quali ad esempio un maggiore

---

<sup>31</sup> E dando, altresì, per comprovato che il motore di questa importantissima quanto delicata attività sia stato per molti anni il capitalismo sia di Stato che privato, visto che solo attraverso grandi accumulazioni di capitale sono possibili grandi produzioni di scala (e di ricerca innovativo-tecnologica).

<sup>32</sup> V. *supra*, pagg. 2ss.



formalismo, la necessità di ricorrere a esperti qualificati e, quale voce comprensiva delle precedenti, la sopportazione di un costo in caso contrario evitabile<sup>33</sup>.

Certo è che tutto questo argomentare non potrebbe mai risultare comprensibile (rendendo quindi vano ogni sforzo mosso in questa direzione, per quanto duramente perpetuato) se nello stesso tempo non si riuscisse ad abbandonare il pregiudizio di cui risulta essere in un certo qual modo “afflitto” il modello statalista continentale classico di ispirazione kelseniana e, al contempo, non si ripercorresse l’impianto concettuale del sistema delle fonti del diritto e dell’autorità abilitata a crearlo con lo scrupolo e la prudente serietà dovuti<sup>34</sup>.

### *1.1. Quale futuro e per quali giuristi?*

Prima di procedere oltre con la nostra analisi dobbiamo a questo punto porci una domanda sulla base delle riflessioni alle quali abbiamo dato corso nelle pagine precedenti. Se queste sono le macro caratteristiche dell’era nella quale noi tutti oggi stiamo vivendo, qual è il ruolo che i giuristi, e in ispecie il notaio, possono (o meglio, devono) riuscire a occupare per non rimanere pregiudicati dalle profonde trasformazioni che la caratterizzano?

È difatti, noi crediamo, pacifico che anche la posizione del giurista e i modi di esercizio delle sue funzioni abbiano nel tempo dato luogo a considerazioni differenti. Testimonianza concreta è offerta da quel ramo specifico della filosofia del diritto che si è sviluppato, soprattutto negli Stati Uniti, con la denominazione di “*Legal Ethics*”. Ed invero, a livello di analisi sociologica della professione forense, oltreoceano sono state poste delle critiche di stampo deontologico con riferimento alle funzioni del difensore e ai limiti dell’esercizio della difesa rimettendo in discussione, criticandola, l’idea per la quale l’avvocato è tenuto a servirsi di tutti gli strumenti legali senza limitazione alcuna per operare in sostegno alle ragioni del cliente<sup>35</sup>.

Gli è che la sempre maggiore complessità dei processi di produzione, la moltiplicazione dell’economia dei servizi e la forza di penetrazione delle nuove tecnologie, come sopra già anticipato, hanno indotto alcuni giuristi attenti a questi nuovi sviluppi a ritenere che il diritto stia oramai smarrendo l’unità di metodo ed anche l’autonomia concettuale che in passato l’hanno sempre caratterizzato e contraddistinto. Così, è stato duramente osservato che i giuristi null’altro stanno divenendo se non una mera “cinghia di trasmissione” tra potenti

---

<sup>33</sup> Il tutto senza mai dimenticare che se in certi casi il formalismo, grazie ai i moderni mezzi informatici operanti nell’era in cui viviamo, risulta essere estremamente ridotto, gli altri svantaggi testé citati invece appaiono, e a ragione, nell’immaginario collettivo di grande peso e difficilmente sopportabili.

<sup>34</sup> Senza i quali, a ben vedere, nulla dovrebbe essere compiuto.

<sup>35</sup> Cfr. *Officium advocati*, 2000; W. H. SIMON, *The Practice of Justice. A Theory of Lawyers’ Ethics*, Cambridge, (Mass.), London, 1998; V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2006.



interessi economici convergenti o contrapposti e che, nel fare questo, si stanno oramai “perdendo” in uno spazio melmoso dai contorni instabili e non meglio definiti<sup>36</sup>.

Questa denuncia non ha conosciuto confini nazionali o limitazioni di propaganda socio-culturali di genere. Anche in Italia, del resto, vi sono state forti perplessità e critiche rivolte agli effetti che il c.d. “nichilismo giuridico” può portare ad ottenere sia nel breve che nel lungo periodo<sup>37</sup>.

Ora, per quello che a noi interessa sottolineare nello svolgimento della nostra analisi, che una quota non irrilevante della produzione legislativa e della prassi sia modellata dalle trasformazioni dell’economia, dalle esigenze di produrre su scala planetaria e dalla potenza delle grandi imprese multinazionali è, crediamo, cosa che si pone al di là di ogni possibile dubbio valutativo. Come, del resto, è altrettanto certo il fatto che, ad esempio, in ogni dove nel c.d. “mondo moderno” e globalizzato come poc’anzi descritto vi sono grandi (e quindi potenti) avvocati e giuristi di ogni tipo che lavorano in studi professionali i quali, a loro volta, si reggono molto spesso sulla committenza di un solo grande cliente (o più, ma sempre pochi dal punto di vista numerico).

È allora evidente che davvero si corre il rischio che il giurista (non solo forense) si possa “perdere” non avendo più egli quel fondamentale e delicatissimo supporto che i punti di riferimento (di cui, invece, ha sempre goduto nel corso del tempo) erano in grado di offrirgli. D’altronde questo accadeva anche nella Firenze dei Bardi e dei Peruzzi o nella Olanda della Compagnia delle Indie. Gli è che il diritto degli affari, ecco il punto nodale dell’intera vicenda qui in luce, è nato dalla prassi e questa riflette, come ogni consuetudine, le tendenze e le correnti dominanti della società e dell’economia<sup>38</sup>.

Ciò posto, ogni tentativo di arrestare i processi epocali quali la rivoluzione informatica e telematica (della quali notai non hanno mai mancato di usufruire nell’esercizio della loro funzione portandosi così all’avanguardia tra gli operatori del diritto<sup>39</sup>) è destinato all’insuccesso ma, si presti attenzione, non per questo il ruolo del diritto deve venire meno. Anzi, a nostro modo di vedere è esattamente vero il contrario.

L’esigenza di comporre tra loro interessi divergenti non è scomparsa e l’insufficienza dei tentativi di predeterminazione di tutti i possibili conflitti, che rendono così prolissi e minuti gli schemi contrattuali operanti nei sistemi di *Common law*, è divenuta quanto meno palese. Detto in altri termini, l’intreccio di interessi e valori così tanto complicati e il difficile loro

---

<sup>36</sup> A. T. KRONMAN, *The Lost Lawyer. Failing Ideas of The Legal Profession*, Cambridge, (Mass.), London, 1993.

<sup>37</sup> Oggi, si dice, il diritto sarebbe una proiezione delle forze strapotenti della tecnica, alle quali è impossibile porre un argine e ciò, si badi, tanto nella formazione delle leggi quanto nella prassi contrattuale, tanto nella giurisprudenza quanto nello sviluppo delle dottrine. Così N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 5ss.

<sup>38</sup> Imprescindibile è la lettura di W. TOUDIJN, *Professioni, Enc. delle scienze sociali, Ist. Enc. Italiana*, Roma, 1997.

<sup>39</sup> Si pensi, per la realtà italiana, alla istituzione della Notartel S.p.A. e all’utilizzo dell’istituto della firma digitale. Da richiamarsi sono anche le novità introdotte dal legislatore italiano con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110 relativo all’accessibilità informatica dell’atto pubblico notarile. Tutti i dettagli sono evidenziati nel sito [web www.notariato.it](http://www.notariato.it).



rapporto in quanto divergenti, lascia amplissimo spazio all'intervento attivo di un soggetto terzo. E detto soggetto, a nostro modo di vedere, non può che essere il giurista, sia in veste di studioso che di operatore del diritto. In veste, nello specifico, di notaio.

Certo questa prospettiva, per quanto ragionevolmente e prudentemente apprezzabile, non ci deve tuttavia illudere e non deve farci piombare in un sogno fantastico. Essa, difatti, deve sempre essere seguita non dimenticando che innegabilmente il metodo di lavoro dell'operatore giuridico, chiunque egli sia e dovunque egli operi, è profondamente cambiato nel corso del tempo e in modo speciale negli ultimi anni.

Detto più semplicemente, gli strumenti del lavoro che egli conduce sono evidentemente diversi rispetto a quelli di cui usufruiva nel passato.

Ne costituiscono preponderante testimonianza non solo le gigantesche banche dati<sup>40</sup> (a tutti facilmente accessibili) che impongono al giurista di percorrere sentieri nuovi, ma anche le mutate tecniche di redazione dei contratti<sup>41</sup> e le strategie interpretative decisamente più flessibili rispetto a quelle condotte nell'era delle codificazioni illuministiche.

Ciò non di meno, fermo restando le novità metodologiche introdotte da questi cambiamenti, si rischierebbe di non comprendere appieno il fenomeno che qui ci occupa se non si tenesse altresì in debito conto quanto non vi sia un "automatismo" nel lavoro che quotidianamente il giurista è chiamato a svolgere, il quale, a ben vedere, gli consente un margine di autonomia considerevole rispetto agli interessi di grande peso che, come sopra abbiamo descritto, per molti aspetti invece lo condizionano. Il tutto comunque sia senza scordare i settori (dal diritto penale al diritto di famiglia che tanto interessa ai notai) in cui il conflitto tra ideologie e impostazioni dottrinali e normative è oggi molto profondo e impone al giurista scelte professionali ed etiche (troppo) sovente ardue.

Ecco che, allora, nonostante sulla scia di quanto abbiamo sin qui esaminato riteniamo che l'essenza del lavoro del giurista non potrà in futuro mutare oltre una certa soglia e la sua formazione dovrà necessariamente confrontarsi con l'imperante rivoluzione tecnologica<sup>42</sup> e con il correlato moltiplicarsi dei livelli normativi che, come noto, trova nella formazione del Diritto Comune un suo precedente non solo storico ma anche economico e socio-giuridico.

Infine, questo modo di intendere la professione e il connesso svolgimento dell'attività lavorativa deve anche sapersi confrontarsi con alcune posizioni contrarie al sistema ordinistico delle professioni stesse (e quindi anche di quella notarile) che, cavalcando l'onda della logica di mercato di cui ci siamo già occupati, per la loro ripetitività acritica sono

---

<sup>40</sup> Ci rifacciamo, a titolo indicativo, alle due banche dati *on-line* che si competono il mercato statunitense della c.d. "Computer Assisted Legal Research" (di seguito C.A.R.L.): *Lexis* e *Westlaw*, le quali offrono una copertura assai ampia e dettagliata di dati giuridici sia a livello federale che statale. Se ne può prendere visione sui siti [www.lexis.com](http://www.lexis.com) e [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com).

<sup>41</sup> P.G. MONATERI, *Pensare il Diritto civile*, cit., 289ss.

<sup>42</sup> L'Italia è un esempio lampante di quanto stiamo sostenendo, come del resto si può agevolmente comprendere leggendo il passaggio che può leggersi nel sito *web* del Notariato Italiano [www.notariato.it/it/notariato/chisiamo/notariatoinformatica/firmadigitale.html](http://www.notariato.it/it/notariato/chisiamo/notariatoinformatica/firmadigitale.html) al quale si rimanda per prendere visione e consapevolezza della delicatezza degli argomenti sottesi.



oramai diventati semplici luoghi comuni: *in primis*, si sostiene, i requisiti di qualificazione professionale sono garantiti da percorsi universitari e le esigenze di tutela del consumatore possono efficacemente essere garantite da sistemi di certificazione di qualità basati su meccanismi differenti e meno restrittivi della concorrenza di quelli previsti, in particolare, da un Ordine o da un Albo di appartenenza; in secondo luogo si obietta che determinati sistemi come quelli delle tariffe minime obbligatoriamente fissate non garantiscono la qualità dei servizi professionali e la correttezza degli operatori che li pongono in essere<sup>43</sup>.

In realtà, anche se non stupiscono e per alcuni aspetti risultano addirittura comprensibili, queste argomentazioni ci appaiono quanto meno risibili.

Contrariamente a quello ciò che si può pensare, in merito alla situazione operante non solo nel nostro Paese<sup>44</sup>, l'accesso alle professioni è veicolato da esami di Stato (o concorsi pubblici) il cui contenuto è regolato da specifiche leggi e con Commissioni nella cui composizione il numero dei membri della professione è decisamente minoritario. Ciò non bastasse, nello svolgere la critica alle tariffe minime<sup>45</sup> ci si dimostra influenzati da delle considerazioni di tipo esclusivamente economico che conducono a commettere errori di estrema rilevanza. Ci si dimentica, difatti, che dietro tali tariffe v'è un intero apparato di responsabilità, cioè di imputabilità al professionista di una carenza di qualità della sua prestazione o di mancanza di correttezza. E questo, si badi, proprio a tutela della parte che si dimostra essere, nell'ottica della inevitabile asimmetria informativa, la "più debole" della pattuizione contrattuale d'opera prestazionale: il cliente.

## 2. La trasmissione della ricchezza e il ruolo del notaio<sup>46</sup>

Non è questa la sede per svolgere analisi troppo dettagliate sulle caratteristiche portanti dei sistemi di *Common law* e di *Civil law* nell'ambito del diritto civile. Pertanto basterà, a titolo introduttivo, dare corso ad una comparazione su un determinato numero di assi fondamentali volta a tangere, ad esempio, il confronto fra ragion di Stato di natura pubblicistica e c.d. "*ratio economica*" diretto, conseguentemente, alla declinazione delle differenti priorità nell'alternativa fra i valori e gli interessi di volta in volta in gioco.

È inoltre noto che dette realtà ordinarie sono rientrano in quella che è stata, a ragione, definita a livello comparativo, antropologico e sociologico la sottocategoria razionale dei modelli presenti nell'universo giuridico<sup>47</sup> e che, ancora, trattasi di sistemi socio-

---

<sup>43</sup> L'Antitrust italiana, ad esempio, ha più volte espresso questi ragionamenti.

<sup>44</sup> Su tutti P.G. MONATERI – A. SOMMA, *op. cit.*, 172ss.

<sup>45</sup> Sulla fondatezza e opportunità delle quali non solo si è di recente espresso in senso favorevole il Consiglio di Stato italiano con la sentenza del 6 marzo 2009, n. 1342 ma, di più, anche se in merito alle tariffe forensi, è intervenuto anche l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia Europea, Jan Mazak, il quale nel dare ragione all'Italia nella Causa C-565/08, Commissione europea/Italia, ha proposto ai Giudici europei di respingere il ricorso della Commissione.



culturali posti all'interno di un circuito non solo capitalistico ma anche di libero mercato di più ampio respiro.

Certo potrebbe ancora dirsi che entrambe le famiglie giuridiche qui in luce sono fondate sul dominio della c.d. “*Rule of Law*” da intendersi come “Stato di diritto” legittimamente operante. In realtà già molti anni fa le opere di W. Bagehot e di A. V. Dicey, se correttamente interpretate, sono state capaci di indicare come tale accostamento sia sbagliato se non seguito da delicate puntualizzazioni<sup>48</sup>.

Comunque sia, per ridurre lo schema ai minimi termini e non disperdersi in divulgazioni che per quanto interessanti non attengono all'oggetto della nostra trattazione, va precisato che in entrambi questi modelli giuridici v'è una questione di fondo e che essa, in particolare, ruota da un lato attorno ai modi che la legge stabilisce per soddisfare il bisogno di appartenere al circuito della legalità di un ordinamento e, dall'altro lato, alle strategie di controllo sociale che approntano alla c.d. “matrice legale”<sup>49</sup>.

Ora, nella realtà di *Common law*, cui il sistema-matrice non si fida delle leggi scritte alle quali preferisce come noto l'attività delle Corti<sup>50</sup>, il controllo di legalità è previsto *ex post* in un quadro di generale indifferenza rispetto a valori irrinunciabili. In un schema di tale fattura, il punto di ritrovato equilibrio si concentra sul controllo svolto nelle aule giudiziarie proprio dalle Corti, le quali null'altro sono se non la personificazione della “coscienza generale” piuttosto che dei soggetti delegati e rappresentanti della sovranità<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Molti sarebbero i settori della circolazione dei traffici giuridici da esaminare in uno scritto dedicato allo studio comparatistico della professione notarile. Tuttavia, posta la natura e le finalità dell'opera, non risulta possibile trattarli nella loro totalità ed è anzi più opportuno dedicare le nostre energie a quelli che concretamente e quotidianamente investono di più il lavoro dei notai.

<sup>47</sup> Famiglia, quindi, subordinata alla egemonia del diritto (c.d. “*rule of professional*”) e da contrapporre a quei modelli in cui più che la ragione è la fede a condizionare l'operato del legislatore (c.d. “*rule of traditional law*”) e a quei modelli che si basano invece sull'egemonia della politica (c.d. “*rule of political law*”). Sul punto U. MATTEI – P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997. Si veda anche R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; M. OLIVIERO, *I Paesi del mondo islamico*, in *Diritto Costituzionale Comparato*, P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI, *op. cit.*, 554ss.

<sup>48</sup> W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867, traduz. italiana S. PASTORINO (a cura di), Bologna, 1995; A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, traduz. italiana A. TORRE (a cura di), Bologna 2003. Ancora, E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of Law*, Torino, 2008.

<sup>49</sup> A. SCHLEIFER, *IV Rodolfo Debenedetti Lecture*, Univ. Bocconi, 18 Marzo 2005 – Harvard Univ. Press.

<sup>50</sup> E questo nonostante si possa registrare in via del tutto generale una crisi delle fonti classiche di produzione normativa come dimostrano gli sviluppi conseguenti al *Practice Statement* della *House of Lords* del 1966 e al ruolo che sempre più occupa la consuetudine negli ordinamenti romanistici. F. PALERMO, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in *Diritto Costituzionale Comparato*, P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, 819ss.

<sup>51</sup> Nei sistemi anglosassoni il diritto ha sempre avuto una connotazione prettamente economica come “catalogo aperto” di strumenti (quali opportunità e doveri) giuridici che i soggetti del corpo sociale possono o



Nel modello di *Civil law*, invece, sono fonti di diritto primarie solo quelle elaborazioni rispondenti a determinati requisiti di forma e assunte da soggetti pubblici unici legittimati a farlo poiché personificanti le parti operative del sistema legislativo e giudiziario. Nell'Europa continentale, sia per quanto concerne il filone del diritto romano-tedesco che per quanto riguarda quello di stampo romano-francese, il diritto è sempre stato connotato come “comando del sovrano” e gli Stati sono diventati (e ancora oggi sono) le uniche istituzioni che in modo monopolistico fissano non solo le regole da rispettare ma anche le procedure da seguire esercitando la loro autorità sugli altri attori della società civile.

Ciò detto, appare innegabile che in questo contesto culturale il notaio ha l'autorevolezza e l'autorità delle quali invece non sono sufficientemente dotati i campioni delle parti perché il carisma della neutralità attiva lo installa esclusivamente nella c.d. “magistratura del contratto” la quale, *ergo*, conduce un'attività volta ad assicurare sia l'informazione che la *par condicio* e il regolare contraddittorio tra le parti clienti offrendo loro la tanto ambita “*peace of mind*” di cui abbisognano.<sup>52</sup>

Tanto considerato, è ora doveroso chiedersi in quali Paesi opera oggi il notariato internazionale e, secondariamente, in quali settori dei plurimi ordinamenti giuridici esistenti. La risposta a queste domande, unita ad altri elementi di analisi, deve portare a decidere se il suo intervento risulta ancora necessario oltre che (in tempi di crisi finanziarie come sono quelli che oggi ci permeano mentre scriviamo) economicamente sopportabile al fine della preservazione della tanto ambita sicurezza dei traffici giuridici.

Senonché, rispondere a queste domande non è di certo cosa facile e, quale primo passaggio, dobbiamo rimandare alla definizione di “notaio” fornita dal Codice europeo di deontologia notarile come introdotto dalla Conferenza dei Notariati dell'Unione europea di Madrid del 22 e 23 marzo 1990 e dalla risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 1994 con la quale sono stati esplicitati i tratti comuni del notariato latino. In aggiunta va ricordato che il notariato latino è presente, nei cinque continenti, in ben 81 Paesi.

Proprio per questo dobbiamo porre attenzione al costante lavoro effettuato dalla Unione Internazionale del Notariato Latino (in appresso U.I.N.L.) fondata a Madrid nel 1950 durante il secondo Congresso Internazionale del Notariato Latino, quale Organizzazione Non Governativa (di seguito O.N.G.) operativa proprio in quei 81 Paesi e formata dalle associazioni professionali dei notariati dei Paesi di diritto romano-germanico e i cui membri, più nel dettaglio, sono professionisti del diritto esercenti una funzione pubblica<sup>53</sup>.

---

devono usare per seguire le loro preferenze nella gestione delle loro risorse private. Su tutti, A. TORRE, *Le Corti di giustizia come soggetti politici e costituzionali*, in *Diritto Costituzionale Comparato*, P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, 93ss.; M. Mazza, *Il potere giudiziario*, *ibidem*, 921ss.

<sup>52</sup> Similare in questo senso è il “*Lawyer of the situation*” indicato da L. D. BRANDEIS e poi riproposto da M. L. UROFSKY, in *A life*, New York, 2002. Inoltre, in merito, è stata esplicita anche la Corte di Giustizia nella Causa C-260/97, 1999, CGCE/Unibank.

<sup>53</sup> Le relative informazioni sono accessibili al pubblico su [www.uinl.org](http://www.uinl.org).



In questo senso, per evidenziare più nel dettaglio e in modo più efficace in quali Paesi il notariato è presente e, secondariamente, per comprendere in quali operazioni giuridico-commerciali è richiesto in via obbligatoria o sussidiaria il suo intervento, rimandiamo alla tabella riassuntiva offerta dalla stessa U.I.N.L. sul suo sito *internet*<sup>54</sup>.

Ciò detto, per potere rispondere alla seconda domanda, e per poterlo fare in merito ai settori del diritto civile che abbiamo selezionato, è quanto meno opportuno esporre quanto segue.

## 2.1. Il trasferimento della proprietà

Va da sé che la disciplina dei trasferimenti immobiliari (concettualmente intesi come quei procedimenti atti a costituire, modificare od estinguere diritti reali immobiliari sia di godimento che di garanzia e quindi, ad esempio, sia il diritto di proprietà che il c.d. “*conveyancing*” quale costituzione di ipoteche) è, all’interno della *Common law*, differente in ogni Paese<sup>55</sup>. Certo se ne possono individuare delle linee comuni ma, ad ogni modo, non si può proseguire oltre nel rinvenimento delle accomunanze strutturali.

Tanto premesso, negli USA il trasferimento dell’immobile non necessita di particolari formalità e, più in generale, dell’assistenza di un legale che, tuttavia, viene solitamente consultato dalle parti posto il coinvolgimento delle loro risorse economiche e la paura di correre ulteriori ed evidenti rischi rispetto a quelli altrimenti prospettabili. Non è comunque presente il notariato di tipo latino e non è previsto l’atto pubblico come forma a disposizione di quel particolare operatore giuridico quale è il *lawyer*<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup><http://uinl.net/DOCUMENTOS/CAEUropa/Legislatura%202008-2010%20-%20Estudios%20y%20trabajos/2009-10-20%20TABLEAU%20SYNTHESE%20%28Vnylsteke%29.pdf>

<sup>55</sup> Per l’analisi degli opposti meccanismi di trasferimento immobiliare operanti nei sistemi romanisti si veda, tra tutti, P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008.

<sup>56</sup> Diverso, per caratteristiche e attività funzionali, è in aggiunta il *Notary Public* sulla analisi del quale rimandiamo a R. C. ROTHMAN, *Notary Public: Practices and Glossary*, 1978 su [www.nationanotary.org](http://www.nationanotary.org).

Ciò, tuttavia, non significa affatto che, alle volte, sia richiesta anche negli Stati Uniti la stipulazione scritta dei contratti. Tutti gli ordinamenti moderni, difatti, partono dal presupposto che alcuni specifici negozi possono (o devono) avere riconoscimento solo se posti in essere con l’osservanza di particolari forme “sacrali”.

Ora, è risaputo che il diritto anglo-americano poggia in merito sulla teoria della c.d. “*consideration*” ai sensi della quale la promessa di una prestazione risulta vincolante per il promittente solo se esiste, per converso, un sacrificio a carico del suo destinatario. Qualora manchi tale tipo di “corrispettivo”, la medesima promessa sarà per il primo dei due altrettanto vincolante solo e soltanto se effettuata nella forma di un documento munito di apposito sigillo certificante (ovvero sia stipulato “*under seal*”).

Senza volersi oltremodo dilungare sull’argomento (il quale a ben vedere meriterebbe una trattazione specifica posto che la “*consideration*” è usata, oltre che nella disciplina della proposta e della accettazione dell’accordo negoziale sopra descritta, in molti altri frangenti come quelli dedicati ad esempio all’esame della serietà dell’intento a vincolarsi e della verifica dell’adeguatezza tra la prestazione principale e la controprestazione), va sottolineato che i casi in cui l’osservanza di una forma specifica costituisce il requisito di validità della pattuizione sono nei sistemi anglosassoni quanto mai rari. Piuttosto, il mancato rispetto della formalità fa sì



A caratterizzare ancora di più il sistema americano v'è la particolarità che, riguardo ai trasferimenti di tipo immobiliare, da tempo in quella terra si crede nella privatizzazione della certezza giuridica. Questo significa, più concretamente, che non sono operanti delle Conservatorie e dei Registri Immobiliari così come noi altri siamo abituati a concepirli (né a base personale come quello nostrano, né a base reale come quello tedesco o austriaco per esempio). La gran parte dei Registri Immobiliari tenuti dalle Contee degli Stati Uniti, difatti, non è affidata a funzionari specializzati essendo essi dei meri archivi documentali e nulla più<sup>57</sup>. I Cancellieri delle Contee hanno solamente il compito di “registrare” i documenti che di volta in volta ricevono non essendo quindi tenuti a svolgere nessun tipo di controllo circa l'autenticità della provenienza degli stessi. E questo, si badi, in riferimento ad ogni tipo di atto riguardante specifici appezzamenti di terreno<sup>58</sup> e senza contare che, nella pratica quotidiana, vengono riconosciuti (e quindi viene altresì conferita loro protezione) molti diritti di proprietà che non sono “redatti” per iscritto e non sono necessariamente registrati come capita, a titolo indicativo, in tema di usucapione del diritto di proprietà dei terreni e dei diritti d'uso limitati su cosa altrui quali le c.d. “servitù fondiarie”.

In Inghilterra la situazione è leggermente più delicata. Dal 1925 è operativo il *Land Registry*<sup>59</sup> organizzato su base reale e a efficacia costitutiva. Esso, a differenza di quanto accade in America, è tenuto da funzionari decisamente più esperti che, grazie a un continuo e puntuale lavoro, hanno permesso, per così dire, la “catalogazione” dei dati relativi a circa

---

che il contratto sia “unenforceable”. Le più importanti disposizioni in questo senso sono contenute nello *Statute of Frauds* del 1677 che, invero, non ha goduto in Inghilterra di molta fortuna considerato che fin dalla sua redazione sono stati compiuti dei tentativi per abrogarlo fino a quando nel 1954 attraverso il *Law Reform (Enforcement of Contracts) Act* è stato in larga misura accantonato.

Attualmente, necessitano quindi di una forma particolare solo le promesse di terzi a favore di debiti altrui e, cosa che a noi interessa in particolar modo, i contratti aventi ad oggetto un bene immobile come indicato dal *Law of Property Act* del 1925. Inoltre negli ultimi anni, in relazione alla introduzione dell'*Uniform Commercial Code* (in appresso U.C.C.), si è molto riflettuto tra gli studiosi e gli operatori del diritto sull'opportunità di conservare la forma scritta per i contratti di compravendita anche se, dopo tali riflessioni, si è deciso di rimanere fermi alla vecchia regola: ai sensi del § 2-201 U.C.C. tale genere di contratto, il cui oggetto sia pari o superi la soglia dei 5.000 dollari, “is not enforceable by way of action or defense unless there is some record sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against which enforcement is sought or by the party's authorized agent or broker. A record is not insufficient because it omits or incorrectly states a term agreed upon but the contract is not enforceable under this subsection beyond the quantity of goods shown in the record”.

<sup>57</sup> Ai quali si accede con un procedimento che, in concreto, è di gran lunga differente e meno cavilloso dal punto di vista dell'*iter* procedurale da seguirsi rispetto a quello previsto nei Paesi di *Civil law*. Più precisamente, tale procedura di “discovery” implica la trasmissione del documento al Registro considerato accompagnata dal pagamento della somma dovuta per la registrazione.

<sup>58</sup> Bisogna comunque sia dare conto anche degli appositi Registri c.d. “erariali” il cui ruolo è quello di indicare quali e quante imposte sono state debitamente versate sui beni immobili da parte di chi ne è onerato ai sensi di legge.

<sup>59</sup> *Land Registration Act* del 1925 e *Land Registration Act* del 2002, entrato in vigore il 13 Ottobre 2003. Per una lettura rimandiamo al sito web [www.landregistry.gov.uk](http://www.landregistry.gov.uk) anche, e soprattutto, in riferimento alla consultazione, a titolo indicativo, della c.d. “Guidance to practice changes for leases, consents and absolute title” del Giugno 2006.



l'80% degli immobili che oltre presenti non solo sul territorio inglese ma anche in quello del Galles.

D'obbligo a questo punto procedere svolgendo alcune precisazioni. Il *Land Registry* fa stato solo in riferimento alla situazione e alla bontà del titolo del venditore quale “*registreted lander*” e, comunque sia, in alcune circostanze esso nemmeno riflette l'esatta condizione giuridica dell'immobile. *Ergo*, come facilmente si comprenderà, il tutto grava l'acquirente dell'espletamento di una indagine conoscitiva sull'immobile che intende acquistare al fine di accertare l'assenza di vizi materiali pregiudicanti lo stato naturale della *res* ritenuto altrimenti effettivo. Il venditore, dal canto suo, non presta generalmente alcun tipo di garanzia e, a dirla tutta, nemmeno è legislativamente tenuto a rilevare i vizi occulti che gli siano noti posto che solo gli immobili da costruire e acquistati sulla carta sono soggetti a un regime normativo differente<sup>60</sup>. Proprio per questo dal 2004 è stata approvata una legge che introduce il c.d. “*Home Information Pack*” e dal 2007 il venditore (o chi cura la vendita dell'immobile nei suoi interessi) deve mettere a disposizione del futuro possibile acquirente un numero di documenti tale da consentirgli un rapido accesso alle informazioni per lui essenziali quali, ad esempio, quelle inerenti i vizi di cui l'immobile soffre.

Ovviamente dei sistemi così concepiti permettono all'universo delle assicurazioni di saldarsi efficacemente nel mercato incrementando le loro entrate finanziarie. La c.d. “*Title Insurance*” è, difatti, (e non a caso verrebbe da precisare) uno strumento elaborato negli USA per rispondere ad alcune esigenze del trasferimento immobiliare che, come noto, già è stato confrontato con l'attività svolta negli ordinamenti di *Civil law* da parte del notariato rivalutando in modo critico il ruolo delle professioni legali nell'era moderna.

Orbene, pur non dimenticando quanto non sia questa la sede per esporre nel dettaglio le caratteristiche dei contratti assicurativi operanti nei sistemi di *Common law*<sup>61</sup>, riteniamo doveroso precisare quanto la comparazione tra il lavoro svolto dal notaio e quello posto in essere da una qualsiasi “*Title Insurance Company*” dimostra chiaramente quanto il primo riesca a garantire il raggiungimento di migliori risultati per il cliente sia in termini giuridici che economici. In particolare, in tema di asimmetrie informative non può essere nascosto che esse sono tutte a favore della *Company* di turno la quale non solo non lascia ai privati libero accesso ai propri registri ma, di più, decide se e cosa garantire stabilendo altresì il prezzo del suo operato sulla base dei possibili fattori di rischio di fallimento sottesi alla operazione

---

<sup>60</sup> In Italia la disciplina si ritrova nel d.lgs. n. 122 del 2005 sul quale molto è stato scritto. A titolo indicativo si veda Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive, in *Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2005; G. RIZZI, *Il decreto legislativo 122/2005: il contenuto del contratto preliminare* – Studio n. 5814/C/2005. Si raccomanda inoltre la visione di *La prassi nella contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive. Atti del convegno*, in *Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007.

<sup>61</sup> Per lo studio delle quali rimandiamo alle imprescindibili opere di D. B. BURKE JR., *Law of Title Insurance*, 1986; M. R. GRAIG, *What is a Title Insurance*, in *Lawyer and Banker and Central Law Journal*, 1932, 25, 134; J. W. JOHNSON, *Title Insurance for Real Estate Professional*, 2005; N. R. LIPSHUTZ, *The Regulatory Economics of Title Insurance*, 1994.



immobiliare che, ad ogni buon conto, essa rimane la sola a conoscere. Il tutto senza per questo garantire la buona riuscita del trasferimento giuridico sotteso visto che il contenuto positivo della polizza non ne costituisce di certo la garanzia se non in termini informativi circa l'utilità economica del bene<sup>62</sup>.

Al notariato invece (e per fortuna) tutto questo non appartiene. Non solo il monopolio notarile, a differenza di quello assicurativo statunitense, è legislativamente regolamentato ma, in aggiunta e a pregio della funzione che esso svolge, la sua attività produce delle esternalità positive con la correlativa produzione di quel bene pubblico economico offerto dalla certezza delle situazioni proprietarie<sup>63</sup>. Il tutto va sommato alla effettiva riduzione dei costi transattivi collegati, ad esempio, alla ricerca della titolarità e del contenuto del diritto immobiliare e, al contempo, con la riduzione delle probabilità di insorgenza di liti giudiziali atte a risolvere proprio quei conflitti altrimenti concretamente prospettabili<sup>64</sup>.

Ancora, non si dice di certo il falso se si constata che la selezione statutale per l'esercizio della professione notarile riduce le asimmetrie informative tra notaio e cliente e che, ciò non bastasse, lo stesso notaio durante la prestazione della sua opera riduce quelle presenti tra le parti contraenti<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Il diritto americano, difatti, gode di una diversa concezione dei diritti di proprietà che ricollega al diverso ruolo svolto dalle Corti nelle vicende giudiziarie. Ed proprio in ragione di ciò che in tale sistema è possibile rinvenire una differente efficacia della pubblicità dei diritti immobiliari quali diritti espressivi di un intrinseco valore economico del bene di volta in volta considerato definito, per l'appunto, "*embedded capital value*" e, come detto, oggetto del contratto tra l'assicuratore e il privato. Sul punto, tra i molti, A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992; A. GUIDO – M. J. BONELL – D. CORAPI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2007; F. BENATTI, *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Milano, 2010.

<sup>63</sup> Le quali, come noto, sono da doversi assolutamente tutelare per la buona tenuta del sistema Paese.

<sup>64</sup> V. *supra*, nota 30 e, indicativamente, *infra*, nota n. 69. Cosa, quest'ultima, i cui effetti in tempi di crisi economica quale è quella che oggi noi tutti stiamo vivendo non vanno peraltro sottovalutati visto che, come ricordato da M. FORTIS sul *Il Sole 24Ore* di Mercoledì 8 Dicembre 2010, 1, 17, la ricchezza delle famiglie, quale indicatore del potere d'acquisto, è il vero "fondo" salva nazioni.

<sup>65</sup> Delle tariffe professionali già abbiamo discusso, v. *supra* pgg. 15ss.

A queste riflessioni si arriva considerando i compiti cui il notaio è chiamato a svolgere in ogni Paese ove è previsto egli debba prestare il suo lavoro. A titolo semplicemente indicativo citiamo il notaio italiano la cui comprensione delle competenze funzionali richiede la lettura degli artt. 27 e 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, meglio conosciuta come legge notarile (in appresso l.n.).

Esse, difatti, sono divisibili in plurimi gruppi dalle differenti peculiarità quali: un primo gruppo individuabile proprio ai sensi dell'art. 1, comma 1, l.n.; un secondo gruppo concernente tutte quelle attività cui il secondo comma del medesimo articolo ne concede al notaio la facoltà di esercizio; un terzo gruppo previsto infine *per relationem* dall'ultima parte dell'articolo tra le quali, a titolo di esempio, si ricorda la necessaria costituzione per atto pubblico o scrittura privata autenticata delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale al fine dell'iscrizione nell'apposito elenco istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico *ex art.* 5 della legge 30 luglio 1998, n. 281 e la trascrizione dei contratti preliminari ai sensi dell'art. 2643, n. 1, 2, 3 e 4 c.c. prevista dall'art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con la legge 28 febbraio



## 2.2. La successione mortis causa nel patrimonio

Nel panorama dei fenomeni successori offerto dai vari ordinamenti giuridici<sup>66</sup> esistono molte strade che anche l'Harpagon più avaro e scettico potrebbe seguire per ottenere una pianificazione ereditaria che permetta di raggiungere i risultati sperati in base alle proprie esigenze. Ecco, quindi, delle vere e proprie realtà successorie parallele che, per effetto di forme di delazioni triangolari che prescindono e anzi sostituiscono la scheda testamentaria attraverso l'intermediazione dei patrimoni, possono dirsi ad oggi trionfanti nell'ambito del diritto successorio.

È a tutti noto che, strutturalmente, la delazione ereditaria può essere ricondotta a due principi ispiratori: il primo, tipico dei sistemi di *Common law*, media il trasferimento della ricchezza attraverso l'attività della macchina burocratica giuspubblicistica; il secondo, di stampo romanistico e operativo ad esempio in Germania, Belgio, Grecia, Spagna e Italia<sup>67</sup>, considera invece il tutto come una vicenda strettamente privata da correggere, se del caso e nel solo rispetto di specifici e delicati requisiti, con l'intervento delle Corti. In una posizione mediana, poi, si collocano alcune realtà come quella austriaca che, proponendo un modello di successione per causa di morte sì diretto ma anche, e soprattutto, "differito" impongono l'espletamento di una verifica giudiziale del titolo di acquisto oggetto del trasferimento<sup>68</sup>.

Come si immaginerà l'Autorità Giudiziaria ha nel primo dei due modelli indicati un ruolo fondamentale. Essa, difatti, ha il sottile compito di omologare il testamento nominando al contempo l'esecutore del medesimo indicato dal testatore o un amministratore "speciale" se trattasi di una successione *ab intestato*. Ancora, v'è a tali procedure da aggiungere una terza operazione di trasferimento della proprietà, ovvero sia quella tra il c.d. "*personal*

---

1997, n. 30 che, tra le varie novità, ha introdotto nel codice civile gli artt. 2645-bis, 2825-bis, 2775-bis e anch'essa collegata alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ex art. 2657 c.c.

Tutto quanto considerato, si riesce facilmente a cogliere come generalmente, circa le funzioni del notaio latino, si è soliti usare i termini latini "*cavere*", "*postulare*" e "*respondere*". Purtroppo però, la natura di quest'opera non ci consente di analizzare più specificatamente tali attività e per questa ragione riteniamo basilare il rinvio a P. BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, Voll. I-II, 1993; G. CASU – G. SICCHIERO (a cura di), *La legge notarile commentata*, Torino, 2010; C. DI ZENZO – E. PROTETTI, *La legge notarile commentata*, Milano, 2009; F. MAZZACANE, *Giurisdizione volontaria*, Roma, 2002; A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2003; A. AUCIELLO – F. BADIALI – C. IODICE – S. MAZZEO, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia, Manuale e applicazioni delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2000.

<sup>66</sup> Descrive efficacemente la fotografia offerta dalla legislazione italiana M. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*, Napoli, 2008. In aggiunta, per completezza, si veda M. IEVA, *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, P. RESCIGNO (dir. da), Padova, 2010.

<sup>67</sup> Elencazione, questa, alla quale bisogna fare seguire alcune precise puntualizzazioni. In Spagna e in Italia, difatti, per il perfezionamento della trasmissione *mortis causa* è necessaria l'accettazione dell'erede mentre non è così nei Paesi che per primi abbiamo citato.

<sup>68</sup> V.H. KOZIOL – R. WESLER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts, II, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, Vienna, 1996.



*rappresentative*” di turno e (finalmente si potrebbe obiettare) gli eredi alla quale, precisiamo, il primo non può sottrarsi una volta riuniti e liquidato i cespiti nella misura necessaria a soddisfare la compagine creditoria.

Orbene, tralasciando per ragioni espositive i profili delle tecniche di realizzazione della successione necessaria e dei costi di litigiosità e addivenendo invece fin da subito a quelli che più propriamente risultano maggiormente attinenti all’oggetto della nostra trattazione quali, ad esempio, il possibile (o meno) contenimento dei costi di transazione nel momento della scelta delle varianti testamentarie, va rilevato che nei Paesi di *Common law* ci si affida quasi esclusivamente al c.d. “testamento olografo” quale documento scritto di proprio pugno senza il rispetto di alcuna precisa formalità. Questo, ovviamente, fa correre al testatore dei rischi di non poco momento visto e considerato che tale tipo di testamento è sicuramente quello più soggetto alla presenza di invalidanti vizi formali oltretutto al rischio di eventuali falsificazioni a danno non solo del *del cuius* stesso ma anche di chi, assieme a lui, ne potrebbe soffrire un pregiudizio<sup>69</sup>.

Certo sono anche conosciuti (e profondamente utilizzati) alcuni strumenti giuridici che, per così dire, prendono il meglio delle caratteristiche del testamento pubblico e le ripropongono nelle maglie di quello olografo<sup>70</sup>.

Ora, accertare la capacità del *de cuius*, assolvere agli oneri tipicamente previsti dalla legislazione vigente e conservare la scheda testamentaria sono tre compiti cui nei sistemi di *Civil law* è generalmente chiamato proprio il notaio e questo non tanto per irrigidire

---

<sup>69</sup> In America, in particolare, soltanto il 27% dei testamenti olografi è privo di vizi di tal fatta. I dati da noi citati sono facilmente consultabili agli indirizzi internet <http://lawshucks.com> e <http://www.abanet.org/about>. Cfr., altresì, J. A. The Best Men of the Bar: The Founding of the American Bar Association, in *The New High Priests: Lawyers in Post-Civil War America*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1984; R. Adam, *Die Legal Clinics in den Usa*, in *SJZ*, 74, 1978.

Inoltre, secondo un rapporto della *Federal Trade Commission* dell’F.B.I. del 2003, negli Usa, la falsificazione di dati personali (c.d. “*Id. Theft*”) ha danneggiato il 4,6% dei cittadini sopra i 18 anni (e, quindi, all’incirca 10 milioni di persone), con perdite pari a 52,5 miliardi di dollari (dei quali 47,6 a carico delle sole imprese), Ancora, non appare nemmeno rassicuranti i dati provenienti dal Canada, posto che nello stesso anno i danni di cui detto sono ammontati a 2,5 miliardi di dollari e in Inghilterra a 1,7 miliardi di sterline (pari a circa 2,38 miliardi di euro). Si veda *Il Sole 24Ore* di Sabato 28 Aprile 2007.

A ciò si aggiunga che oltre alle frodi immobiliari, ipotecarie o aventi ad oggetto le proprietà delle automobili (che sempre in America nel 2006 hanno fatto danni per 11,3 miliardi di dollari), nello stesso Canada i danni conseguenti a falsificazioni di proprietà hanno portato a forti aumenti dei premi assicurativi dal 6% del 2000 al 43% del 2008.

Ecco perché riteniamo innegabile l’importanza del delicato compito cui sono chiamati i notai nel loro operare quotidiano: non si tratta solo di verificare in modo imparziale il rispetto della legalità, della conformità e della affidabilità degli atti inseriti nei pubblici registri ma, di più, di evitare il pagamento altrimenti altissimi costi sociali che, ad ogni buon conto, nessuno si auspica. Detto altrimenti, i notai sono una cerniera tra società e regole di profonda utilità nella quale, noi crediamo, è doveroso credere ancora.

<sup>70</sup> Su tutti il c.d. “*self-proving affidavit*” con il quale il testatore garantisce di avere ritualmente rispettato tutti i requisiti formali richiesti dalla legislazione di riferimento nanti al *Notary Public* e ai testimoni come recita la § 2-504, lett. a)-b), dell’*Uniform Probate Code* (di seguito U.P.C.).



oltremodo il rito successorio o renderlo, come verrebbe da dire, più costoso di quanto altrimenti potrebbe essere ma piuttosto, si badi, per garantire proprio al testatore non solo la sottrazione della sua dichiarazione di ultima volontà alla disponibilità degli interessati in ossequio al principio del *favor testamenti* di cui, ad esempio, all'art. 620 del codice civile italiano, ma anche una sua maggiore resistenza in caso di una eventuale impugnazione per qualsivoglia motivo. E questo, in definitiva, per ridurre i tanto famosi costi transattivi della devoluzione volontaria anche se perpetuata a causa di morte.

Orbene, ricollegandosi a quanto già chiarito nelle pagine precedenti dedicate alla industria delle compagnie assicuratrici operative nelle terre di *Common Law*, dobbiamo a questo punto porre lume al fatto che nella realtà anglosassone, invece, sono proprio queste ultime a svolgere, in forma diversa, il ruolo che viene affidato al notariato nei sistemi di impronta latina. Esse, difatti, non hanno il compito di tutelare le parti in via preventiva dai danni verificabili in seno alle trasmissioni patrimoniali in genere.

### 3. Alcune riflessioni conclusive: il notaio di oggi e quello (essenziale) di domani

Giungere al termine di una trattazione quale è quella alla quale abbiamo dato corso in queste pagine significa esporre alcune riflessioni circa l'opportunità della funzione notarile nei Paesi ove questa viene posta in essere alla luce, per l'appunto, di quanto sin qui esaminato. Facilmente si comprenderà la delicatezza delle relative questioni sottese a tali argomenti i quali impongono di procedere attraverso un approccio metodologico di tipo riflessivo e razionalmente prudente al fine di evitare tanto inutili quanto eventualmente rischiosi errori valutativi.

Richiamandosi a quanto preliminarmente sottolineato nelle prime battute del nostro scritto, dobbiamo porre in chiaro che il c.d. "*homo oeconomicus*"<sup>71</sup> ha oggi (e ad ogni buon conto avrà anche domani) un evidente bisogno della intermediazione dei notai non solo ove è già richiesta la loro prestazione d'opera, ma anche ove questa non è ancora prevista. E questo al fine di potere conseguire i propri interessi nel pieno rispetto della normativa di volta in volta vigente e, in via più generale, beneficiando al contempo di una precipua protezione giuridica. E questo perché, posto che il c.d. "cittadino globalizzato" esercita determinate funzioni entro il meccanismo concorrenziale il cui funzionamento richiede per un verso la moltiplicazione dell'offerta dei beni e per un altro la capacità della domanda di selezionarli in modo efficiente<sup>72</sup>, nella impersonale vita moderna riemerge a tutta forza il bisogno di forme di sicurezza nei rapporti fra le persone rese innegabilmente più estranee l'una all'altra.

---

<sup>71</sup> Quale modello di "essere umano consumatore" capace di autodeterminarsi individualmente in quanto sufficientemente razionale se messo nella condizione di potere accedere a un adeguato livello di informazioni. V. DAHRENDORF, *Homo sociologicus*, (1958), III ed., Roma, 1989.

<sup>72</sup> Tale è la c.d. "logica funzionalistica" descritta da P.G. MONATERI - A. SOMMA, *op. cit.*, 199.



Tuttavia, fermo restando la bontà di cotanta affermazione, è altresì vero che il notaio null'altro è se non uno dei vari soggetti istituzionali che possono efficacemente operare in questo senso. Sennonché, noi riteniamo che questo rilievo non impedisce affatto che la sua figura possa risultare oggi (o risulterà domani) meno necessaria di quanto si riesca altrimenti a immaginare. E questo per la semplice quanto ovvia ragione che egli non rappresenta assolutamente una figura e/o un servizio, per così dire, “mercantile” configurante una mera “cinghia di trasmissione” tra i vari interessi economici presenti sul mercato<sup>73</sup> ma, all'opposto, è un giurista dalle caratteristiche e funzioni imprescindibili se capace di eseguire il suo “ministero” con la serietà e la diligenza dovute.

In questo senso si esprime non solo il valore della fiducia riposta nel notaio chiamato a dirigere *ex ante* il giudizio sulle qualità legali di un dato affare o di una determinata operazione giuridica quale prodromica valutazione per conferire alle dichiarazioni negoziali delle parti contrattuali il valore e l'efficacia della pubblica fede, ma anche, se non soprattutto, l'attualità della efficienza funzionale dell'atto notarile quale modello di procedimento e legalità garantita e, quindi, concretamente ottenuta.

L'essenzialità di tali passaggi non deve essere trascurata. Sono noti, ad esempio, i passi effettuati in avanti dalla Unione europea per garantire, durante tutto il percorso di costruzione europeo e non solo in questi ultimi tempi a circa un anno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>74</sup>, ai suoi cittadini molteplici spazi comuni di prosperità quali il mercato unico e l'unione economica e monetaria.

Questa modellazione unitaria, che ogni giorno di più si esprime sulla scia del rispetto del principio di libertà in condizioni di sicurezza giuridica e di giustizia accessibili a un numero sempre maggiore di individui, impone di riconsiderare in termini di efficienza la modernità dell'atto notarile che, noi crediamo, si presta in tutto e per tutto a essere il mezzo più adeguato e più proporzionato a tutelare tanto la sistemazione di “quell” accordo negoziale quanto per usufruire della prevenzione e della “composizione anticipata” di una eventuale lite in tutte le aree giuridiche che ruotano proprio attorno a quella idea di legalità.

Ciò posto, è di tutta evidenza quanto il controllo preventivo di cui detto e la c.d. “certificazione” del *test* di legalità non possono essere affidati né ai privati né (e tanto meno) a non meglio precisati prototipi legali portatori di interessi di parte che risultano quindi irriducibili ai primari interessi di tutela della collettività. Detto in altri termini, ai notai, quali veri e propri fori stragiudiziali di autenticazione negoziale, noi crediamo non si possa rinunciare<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> V. *supra*, pagg. 10ss.

<sup>74</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Torino 2010; R. SCARCIGLIA, *La Costituzione europea: dal patrimonio comune al quasi-federalismo*, in *Diritto Costituzionale Comparato*, P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, 406ss.

<sup>75</sup> Né oggi, né a maggior ragione in quel futuro non troppo lontano al quale, non senza sforzi, la nostra vista riesce a giungere mentre scriviamo queste pagine.



Tuttavia, questa riflessione non può essere pienamente compresa (e, quindi, eventualmente condivisa) se non la si fa seguire da alcune importanti precisazioni a cui daremo ora respiro.

Noi tutti, come sapientemente evidenziato da chi ha studiato questo fenomeno<sup>76</sup>, viviamo in un'era dominata dalla "documentalità". Dal punto di vista antropologico e sociologico esistono, difatti, tre differenti tipologie di oggetti: quelli naturali (collocati nello spazio e nel tempo indipendentemente dai soggetti che ne hanno esperienza, come gli alberi e i laghi), quelli ideali (collocati fuori dallo spazio e dal tempo e anch'essi indipendenti come i primi rispetto alla consapevolezza che i soggetti ne possono avere, come i numeri e le leggi della logica), e quelli sociali (ubicati nello spazio e nel tempo ma in stretta dipendenza con i soggetti che li rappresentano, come gli Stati, le multe e, ovviamente, i diritti e le situazioni giuridiche in generale). Questi, in particolare, esistono solo nella misura in cui almeno due uomini pensano che ci siano.

Orbene, riprendendo le illuminanti argomentazioni svolte da A. Reinach, J. L. Austin e J. Searle<sup>77</sup>, dobbiamo chiarire che questi ultimi oggetti, ovvero sia quelli sociali, null'altro sono se non "iscrizioni" volte a lasciare una traccia permanente che ad oggi, grazie alle rivoluzioni telematiche di cui abbiamo già detto, sono per lo più dematerializzate<sup>78</sup>.

Molto vi sarebbe da dire al riguardo e verrà il tempo, spero, in cui avremo modo di soffermarci meglio su questi argomenti. Qui, pertanto, basterà dire che i documenti invadono il nostro vivere sociale. Essi sono al vertice della classificazione degli oggetti sociali (cose, strumenti, opere e documenti) e lì si pongono perché nascono con la precisa funzione sociale di fissare ciò che, altrimenti, rimarrebbe fuori dalla società, come i "pensieri"<sup>79</sup>.

Ecco perché, contestualmente a quanto testé esplicitato, ci preme sottolineare che vi sono concrete motivazioni per rigettare gli atteggiamenti propagandistici di esasperati formalismi e rigorismi in tanto dannosi in quanto più inutili che utili visto che dispersivi di

---

<sup>76</sup> M. FERRARIS, *Documentalità*, Roma-Bari, 2009.

<sup>77</sup> A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, 1990; J. SEARLE, *An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge Univ. Press., 1969 e *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, London, 1999; J. L. AUSTIN, *How To Do Things With Words*, Harvard. Univ. Press., 1975.

<sup>78</sup> Al fine di comprendere tale evoluzione sistematica deve ovviamente conoscersi il senso della parola "documento": esso è espresso dal suo etimo il quale indica una "res" che insegna ("doceat") qualcosa attraverso segni tracciati sulla propria materia o da essa recati. Il documento è considerato una cosa rappresentativa, ovvero sia capace di riportare al presente dell'osservatore cose o fatti assenti venendo, quindi, in mente il concetto di "rappresentazione" di cui, ad esempio, all'art. 1, lett. p) de d.lgs. 5 marzo 2005, n. 2 meglio conosciuto come "codice dell'amministrazione digitale". Si veda M. ORLANDI, *Documenti virtuali e certezza del diritto*, in *La sicurezza giuridica nella società dell'informazione*, in *La sicurezza giuridica nella società dell'informazione*, in *Studi e Materiali*, Suppl., Milano, 2008.

<sup>79</sup> E così, espressioni e iscrizioni trasformano i "pensieri" (rappresentazioni che premono dentro il nostro "io" per uscirne io) in oggetti sociali.



tempo, danaro e di altre energie socialmente rilevanti. Tali prese di posizione appaiono scarsamente giustificabili davanti al sempre più frequente ricorso a bizzarrie documentali di vario genere.

Troppo formalismo non aiuta lo sviluppo e la tutela dei traffici commerciali. Anzi, lo ostacola solo<sup>80</sup>. E qualunque risposta si voglia dare alle attuali emergenze derivanti dalla avvertita necessità di uno sviluppo sostenibile e dalla globalizzazione degli scambi finanziari, essa non può di certo trascurare la relazione che noi crediamo deve continuare a intercorrere tra i valori espressi dai due termini di riferimento: mercato e regole. A tutto ciò si aggiunga che, come ragionevolmente precisato, “*mercati finanziari, circolazione di capitali, sviluppo urbanistico e tutela dell’ambiente rappresentano settori al cui interno si muovono operatori economici la cui azione si riflette sulla comunità sociale e su ciascun individuo condizionando la crescita e il benessere del singolo e della collettività*”<sup>81</sup> e che, quindi “*il benessere collettivo non può fondarsi su artifici finanziari creati all’interno di un mercato non regolamentato o poco regolamentato nella falsa (e pericolosa verrebbe da dire) convinzione che le regole costituiscano un freno all’efficienza del sistema e che l’assenza di regole lubrifica il mercato*”<sup>82</sup>.

Adeguamento delle volontà delle parti clienti al dettato legislativo e limitazione del contenzioso a beneficio della società in sé considerata. Questi sono i punti che, in tutta onestà, riteniamo essere evidentemente quelli “salienti” dell’attività notarile e che permettono se uniti di distinguerla dalle altre prestazioni d’opera intellettuali nell’area delle professioni legali.

La composizione degli interessi delle parti contrattuali, difatti, in tanto si realizza in quanto passa attraverso la proposizione, da parte del “notaio-consulente” per l’appunto, degli strumenti tecnici che l’ordinamento mette a disposizione per il caso posto alla sua attenzione. Il nucleo essenziale di tale delicato procedimento si rinviene nell’analisi che il notaio esegue della c.d. “fattispecie concreta” proposta dalle parti clienti e nella riconduzione della stessa, in un secondo momento e sempre ove possibile, nelle maglie della c.d. “fattispecie astratta” di impronta legislativa. Il tutto, non va scordato, unito alla contestuale proposizione del metodo migliore da seguirsi per la realizzazione della faccenda sottesa.

Inoltre, riteniamo che il notariato possa (*rectius*, debba) continuare a offrire il raggiungimento di tali risultati non solo ai Paesi già industrializzati e dal peso economico riconosciuto ma, si badi, soprattutto alle società del Terzo Mondo e in via di sviluppo per

---

<sup>80</sup> E questo, come noto, anche in considerazione delle difficoltà di interpretazione linguistica di concetti giuridici e socio-economici usati da studiosi e operatori del diritto nel mondo con i quali il notaio (e più in generale il professionista legale) deve nell’era globalizzata evidentemente confrontarsi. Su tutti si veda M. GRIMALDI, *The Circulation of Legal Thought Outside of Linguistic Borders*, 2010, relazione alla riunione della *European Affairs Commission of U.I.N.L.* (c.d. “C.A.E.”), 29-30 Ottobre 2010, Valencia, Spagna.

<sup>81</sup> M. KROGH, *Relazioni italiane al XXVI Congresso Internazionale del Notariato, Marrakech, 3-6 Ottobre 2010*, Milano, 2010, 70.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 71.



riuscire a rafforzare i loro sistemi di sicurezza giuridica in modo tale che essi possano servire come primo gradino nella scala dello sviluppo sociale che deve necessariamente essere incrementato a favore di quella che ad oggi risulta essere più del 40% della popolazione mondiale<sup>83</sup>. A questo argomentare si può agevolmente arrivare se si considera quanto sia difficile rapportarsi con la complessità di determinare con precisione le varie situazioni di appartenenza e quindi stabilire “cosa” appartiene a “chi”.

Ciò non bastasse, espletato questo primo fondamentale passaggio, occorre altresì considerare quanto sia altrettanto difficile determinare con precisione fino a che punto “quel” bene appartiene a “quel” soggetto giuridico e quanto sia complesso, infine, mantenere i diritti una volta che vengono riscattati per il mercato all’interno della (alle volte troppo rigida) formalità evitando così che gradualmente l’informalità torni nuovamente a regnare sovrana nel nostro vivere sociale<sup>84</sup>.

Sono queste, in definitiva, le funzioni del notaio c.d. “*gatekeeper*” come oggi lo si è soliti indicare. Sul punto, l’idea della dimensione internazionale del notariato si è oramai fatta strada nella coscienza notarile nel corso degli ultimi trent’anni. E questo risultato, a ben vedere, è stato raggiunto grazie alla caratteristica fondamentale del notariato di stampo latino: la universalità<sup>85</sup>. Testimonianza di tale sottile sfumatura è pervenuta, ad esempio, dai lavori del Congresso dei notariati africani svoltosi ad Algeri nel novembre del 2007 ove si è potuto constatare che i valori di cui è portatore il notariato latino affondano le loro radici non solo nell’area occidentale greco-romana ma anche in altre come quella musulmana<sup>86</sup>.

Ora, è di tutta evidenza che avere (e mantenere) un operatore giuridico di tal fatta ha un costo non indifferente. E proprio per tale sua non indifferenza un simile pedaggio, per quanto vitale, non deve in nessun modo risultare “caro” dalla relazione “costi-ricavi”. Ciò detto, quando tale pedaggio è caro? E quando è così caro da non essere quindi più tollerabile per il cittadino il quale viene indotto a scegliere forme alternative di sviluppo dei traffici?

---

<sup>83</sup> Dati indicati da J. SASCH nel programma mondiale conosciuto come *Obiettivi di Sviluppo del Millennio* adottato dall’O.N.U. che lo ha firmato nel Settembre 2000 e la cui scadenza è fissata nel 2015.

<sup>84</sup> Si ponga la mente, a titolo esemplificativo, al ruolo ricoperto dai notai della Germania dopo l’entrata in vigore della Legge sulla Regolamentazione del Diritto dei Beni del 1994 (siglata S.R.B.G.),

<sup>85</sup> G. LAURINI, *Da Luttwak a Shiller: il percorso virtuoso del notariato*, in *Notariato*, 1, 2009, 5ss.

<sup>86</sup> Cosa, questa, emersa durante i lavori del Congresso e dimostrata dal versetto n. 282 del Corano la cui traduzione più accreditata recita “*O voi che credete, quando contraete un debito con scadenza precisa, mettetelo per iscritto: che uno scriba tra di voi lo metta per iscritto, secondo giustizia. Lo scriba non si rifiuti di scrivere secondo quello che Allah gli ha insegnato e non venga fatto alcun torto agli scribi e ai testimoni e se lo farete sarà il segno dell’empietà in voi.*”

Versetto dalla rilevante importanza pratica visto e considerato che proprio su esso si basa la funzione notarile del notariato islamico, caratterizzato spesso dalla coesistenza di notai (i c.d. “mahama”) che operano essenzialmente nel settore della famiglia e delle successioni secondo il diritto coranico e i notai, invece, di “*droit civil*” operanti negli altri settori dell’attività sociale. Entrambi, comunque sia, accomunati dall’esercizio della medesima funzione pubblica.



Difficile a dirsi. Tuttavia, forse, un indicatore potrebbe anche essere rinvenuto nella remunerazione del notaio se risultante eccessiva una volta collegata alle circostanze dell'ambiente sociale nel quale egli opera. Ma un costo di tale consistenza è altresì caro quando richiede troppo tempo e/o troppe formalità burocratiche da seguire<sup>87</sup> e certamente diventa troppo caro quando il notaio, inadempiendo ai suoi (severi) obblighi, non svolge adeguatamente le proprie funzioni di consulenza e di legalità così come sopra descritte<sup>88</sup>.

In questo senso, per concludere, posto che un mercato senza regole è una prospettiva meramente teorica e non auspicata da nessun soggetto ragionevole, così come nessuno auspica un mercato soffocato da troppe regole e troppo rigide che non farebbero nient'altro se non mortificare l'iniziativa privata rallentando, così, la sua azione e il suo sviluppo a svantaggio del benessere di tutti, richiamandosi a quanto detto precedentemente sulla necessità di avere nella società di oggi e in quella di domani seri e puntuali professionisti del diritto, riteniamo che il notaio debba essere proprio uno di questi e che egli debba essere sempre più chiamato a muoversi in un mercato (questo sì realmente desiderabile) al cui interno gli operatori si muovono e agiscono in modo leale e trasparente e non invadendo determinate aree per sottrarle all'autonomia privata in ragione di illegittimi interessi generali.

In altre parole, la ricerca del giusto bilanciamento tra i vari interessi in gioco (privati e collettivi) è a nostro modo di vedere la vera sfida del prossimo futuro che vedrà coinvolti, ognuno in via differente, gli individui, le istituzioni e, inevitabilmente, i giuristi.

*Ergo*, di giuristi colti, preparati e dediti ad un serio esercizio della loro attività professionale ve ne sarà sempre bisogno nell'era dello sviluppo sostenibile<sup>89</sup>. All'interno di questa fondamentale categoria crediamo con viva forza che il notariato dovrà svolgere un ruolo di primo piano<sup>90</sup> nell'interesse di noi tutti considerati i risultati a cui siamo pervenuti nel corso della nostra indagine e vista, anche e non solo, la bontà di cui ancora oggi gode la massima di Vittorio Alfieri.

---

<sup>87</sup> V. *supra*, pagg. 27ss.

<sup>88</sup> Fattispecie, questa, che nel rispetto di precisi requisiti legislativamente tipizzati conduce inevitabilmente al risarcimento del danno sofferto sia dalle parti clienti, per via di una responsabilità di tipo contrattuale, sia dai terzi stranieri alla pattuizione contrattuale, per via di una responsabilità c.d. "aquiliana" avente radici, come noto, dalla *Lex Aquilia de damno* del III sec. a.C. Più semplicemente, il notaio ben può, con un comportamento non tollerato dall'ordinamento giuridico nel quale presta il suo servizio professionale, arrecare un danno alle parti sue clienti e ai terzi nell'esercizio della sua attività divenendo responsabile del pregiudizio così recato loro. Ecco perché della responsabilità del notaio per i danni cagionati tramite l'inadeguatezza del suo ufficio non si è mai dubitato nei secoli. Chiaro, benché ad oggi decisamente datato, è stato il pensiero di J. OINOTOMUS, *In quatuor Institutionum imperialium Iustiniani Imp. Libros Commentarii*, Venezia, 1625.

<sup>89</sup> V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, cit.; M. REHBINDER, *Sociologia del diritto*, Padova, 1982; A. Febbraio, *Sociologia del diritto*, Bologna, 2009.

<sup>90</sup> M.S. CARBONE – V. ROPPO – G. LAURINI – U. MORELLO – G. ALPA – M. LUPOI – G.A. BENACCHIO – A.M. BENEDETTI – A. FUSARO – P. PASQUALIS – G. VISINTINI, *Funzione e compiti del notaio nel sistema dell'Unione europea*, Milano, 2001.

