

GAETANO PETRELLI

L'INDAGINE DELLA VOLONTÀ DELLE PARTI E LA «SOSTANZA» DELL'ATTO PUBBLICO NOTARILE

SOMMARIO: 1. L'art. 47 L. Not. con le modifiche apportate dalla legge di semplificazione per il 2005. — 2. Indagine della volontà, vizi della volontà, divergenze tra volontà e dichiarazione. — 3. Documentazione notarile, indagine della volontà, imparzialità del notaio. — 4. Indagine della volontà, documentazione notarile e pubblica fede. — 5. Documentazione notarile ed efficacia probatoria dell'atto pubblico. — 6. Atto pubblico e principi sulla *relatio* nei negozi solenni. — 7. Atto pubblico ed allegati. — 8. Atto pubblico e condizioni generali di contratto. — 9. La costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione. — 10. Atto pubblico, clausole contrattuali di stile e utilizzo dei formulari notarili. — 11. Le residue differenze tra l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata.

1. *L'art. 47 L. Not. con le modifiche apportate dalla legge di semplificazione per il 2005.*

L'art. 47, comma 2, della L. 16 febbraio 1913, n. 89 (L. Not.), nel testo risultante dalle modifiche apportate con l'art. 12, comma 1, lett. *b*), della L. 28 novembre 2005, n. 246 (legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), dispone che «il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto».

Quella dell'indagine della volontà costituisce componente essenziale — unitamente al c.d. controllo di legalità, assicurato dall'art. 28, n. 1, L. Not. — della c.d. «funzione notarile di adeguamento» (1), con la quale, per l'appunto, il notaio «adegua» l'intento pratico delle parti ai principi ed alle regole dell'ordinamento giuridico, consentendo all'autonomia privata di esplicitarsi nel modo più pieno possibile, nel tracciato dei binari rappresentati dalle norme inderogabili, dall'ordine pubblico e dal buon costume.

L'indagine della volontà delle parti consente di conseguire tale obiettivo, attraverso una approfondita attività al tempo stesso «maieutica» ed

(1) Sulla funzione notarile di adeguamento, cfr. in particolare D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in questa *Rivista*, 1958, p. 405 ss.; ID., *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Vita not.*, 1959, p. 107 ss.

«ermeneutica», che in qualche modo richiama il concetto interpretativo di «circolo ermeneutico» (2): a mezzo di tale attività il notaio — interagendo con le parti — individua il loro reale intento (che a volte esse stesse non conoscono pienamente, non avendo contezza delle possibilità offerte dall'ordinamento giuridico, e dei relativi limiti (3)); «incasella» quindi tale intento pratico, mediante l'opportuna attività di «qualificazione» (4), nelle categorie giuridiche offerte dall'ordinamento medesimo.

All'esito di tale «processo» (5), il notaio redige quindi un documento nel quale confluiscono le dichiarazioni delle parti, nonché, in moltissimi casi, quegli ulteriori elementi che il notaio stesso avrà inserito per ottenere il pieno conseguimento del risultato perseguito dalle parti stesse. In dottrina è stata avvertita la somiglianza dell'attività svolta dal notaio rispetto a quella dell'arbitratore *ex art.* 1349 c.c.: in entrambi i casi le parti si rivolgono al terzo esperto al fine di «ottenere, in via integrativa, dalla competenza tecnica di questi, la determinazione o il completamento di uno o più elementi di un contratto» (6); si è incisivamente detto che «nel momento in cui i contraenti si rivolgono al notaio per la stesura di un regolamento contrattuale, implicitamente accettano una cooperazione di consulenza con relativa traduzione della loro volontà attraverso quelle clausole che questi riterrà opportuno e giuridicamente conveniente inserire in atto»; ed è «del tutto realistica la situazione di quei contraenti che volendo compravendere un immobile inizialmente si ripromettono soltanto di attribuire-acquisire la proprietà di un bene per incassare semplicemente

(2) Si allude a quell'accezione di «circolo ermeneutico» che attiene al rapporto tra norma e fatto nell'attività di interpretazione del diritto: si è evidenziato che «da un lato i fatti vengono descritti con l'ausilio dei tratti distintivi contenuti nelle fattispecie delle norme, dall'altro i tratti distintivi dei fatti possono essere l'occasione per applicare non la norma presa in considerazione inizialmente, ma un'altra norma volta a precisare o a rigettare un tratto distintivo della fattispecie o ad aggiungervene un altro»: ALEXI, *Interpretazione giuridica*, in *Enc. scienze sociali*, Treccani, Roma, 1996, p. 66. Cfr. anche, tra gli altri, BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, in questa *Rivista*, 1960, p. 1 ss.; PANUCCIO, *L'interpretazione giuridica (nella problematica dell'attività notarile)*, in *Vita not.*, 1994, p. 39 ss. Stimolanti riflessioni in CARCATERRA, *Quando la norma incontra il fatto*, in questa *Rivista*, 2005, p. 439 ss.

(3) Illuminanti le parole di SATTI, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, I, p. 265 ss: «Conoscere il volere che colui che vuole non conosce: ecco il dramma del notaio [...] al di fuori di ogni eleganza o paradosso, il dramma del notaio si sviluppa da ciò, che la parte spesso non sa veramente quello che vuole, e la conoscenza della sua volontà diventa una scoperta, e la scoperta può essere anche una determinazione della volontà».

(4) Sull'attività di qualificazione giuridica, cfr. per tutti CATANIA, *Qualificazione giuridica (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

(5) Per la definizione in termini di «processo» dell'attività notarile diretta alla formazione dell'atto pubblico, cfr. MORELLO-FERRARI-SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, p. 339 ss.

(6) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 1252.

un prezzo, e non voglio intendere nient'altro, anche perché non sono spesso in grado di sceverare tutte le particolarità tecnico-giuridiche che l'atto comporta e che sono ben lieti di riservare al momento della stipula dell'atto notarile», allorché il notaio, effettuati gli opportuni accertamenti, stilerà «di conseguenza ed adeguatamente la clausola nel senso (rudimentalmente) voluto dalle parti o, nel caso queste nulla abbiano detto, nel senso loro prospettato dal redattore dell'atto» (7).

È evidente che, per fare tutto ciò, non è sufficiente l'intervento di un *quisque de populo*, ma occorre proprio l'intervento del notaio, che cumula in sé specifiche caratteristiche, non presenti né in altri pubblici ufficiali, né in differenti figure professionali. Per un verso, il notaio come *pubblico ufficiale* ha caratteristiche di *terzietà ed imparzialità* (cfr. gli artt. 2, e 28, nn. 2 e 3, L. Not.), che comportano una singolare posizione di equilibrio tra l'interesse delle parti e l'interesse generale della collettività. Per fare solo qualche esempio: il notaio — a differenza di quanto legittimamente fanno altri professionisti che non hanno qualifica di pubblici ufficiali — non deve farsi promotore di operazioni appositamente dirette a «mettere al riparo» il patrimonio del debitore dall'azione esecutiva dei creditori, e quindi specificamente finalizzate alla lesione degli interessi di questi ultimi. Come pure il notaio non deve spingere la sua attività di consulenza fino al punto di consigliare operazioni simulate o comunque fraudolente intese a ledere i diritti dei legittimari (8). Ed ancora, la consulenza fiscale ad opera del notaio non può spingersi fino a consigliare l'elusione di norme tributarie, pur essendo legittimamente, ed anzi doverosamente, rivolta a far conseguire al cliente il massimo risparmio fiscale (lecito) possibile (9).

Sotto altro profilo, è necessaria la particolare *preparazione giuridica* del notaio, che assume il proprio ufficio all'esito di un concorso particolarmente rigoroso e di una specifica pratica professionale, al fine di consentire una consulenza di alto livello che sia in grado di assicurare alle

(7) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., pp. 1256-1257.

(8) È peraltro pacifico che il notaio, che riceva scientemente un atto simulato, non incorre in falsità ideologica, come pure non commettono tale reato le parti che rendono dichiarazioni simulate: l'efficacia probatoria *ex art. 2700 c.c.* non si estende infatti alla veridicità delle dichiarazioni delle parti, e non si ha quindi coincidenza tra il fenomeno della simulazione e quello delle false dichiarazioni in atto pubblico: Cass., 13 maggio 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 1050; Cass., 2 ottobre 1980, in *Vita not.*, 1981, p. 1111.

(9) Sui rapporti tra elusione fiscale e lecito risparmio di imposta, cfr. tra gli altri PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1996; TABELLINI, *Libertà negoziale ed elusione di imposta*, Padova, 1995; CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992; TABELLINI, *Elusione fiscale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, III, Milano, 1999, p. 545; CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 220; LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989; GALLO, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 377.

parti il conseguimento dei risultati dalle stesse divisiati, nel massimo grado possibile.

Tutte queste ragioni spiegano il perché della previsione dell'art. 47, ult. comma, L. Not., che *riserva al notaio l'indagine della volontà delle parti, escludendo che tale attività possa essere surrogata da quella (eventualmente) compiuta da ausiliari del notaio stesso, o addirittura da terzi consulenti*. La previsione, del resto, è in linea con il generale principio sancito — in relazione alla prestazione d'opera intellettuale — dall'art. 2232 c.c., che consente al professionista di avvalersi di ausiliari solo nella misura in cui ciò non sia incompatibile con l'oggetto della prestazione (10), ravvisandosi evidentemente nel caso in esame la suddetta incompatibilità. D'altra parte, il maggior rigore della previsione dell'art. 47, ult. comma, L. Not., rispetto a quella contenuta nell'art. 2232 c.c., è incontestabile: non fosse altro per l'inderogabilità della prima disposizione (la cui violazione determina, addirittura, la nullità dell'atto pubblico, ai sensi dell'art. 58, n. 4, L. Not. (11)), mentre in qualche misura il disposto dell'art. 2232 c.c. potrebbe prestarsi ad essere, se non derogato, quantomeno regolamentato in modo maggiormente «elastico» mediante le pattuizioni del contratto d'opera professionale, tenendo conto anche della natura privatistica delle disposizioni che regolano quest'ultimo.

Vi è quindi da chiedersi quale significato assuma la modifica apportata dall'art. 12, comma 1, lett. b), della L. n. 246 del 2005. Il precedente testo dell'art. 47, ult. comma, L. Not. recitava: «spetta al notaio *soltanto* d'indagare la volontà delle parti e dirigere *personalmente* la compilazione integrale dell'atto». La modifica apportata sembrerebbe, apparentemente, attenuare il vincolo della personalità della prestazione, consentendo quindi sia di delegare, almeno in parte, tale attività ad ausiliari, sia di «condividere» in qualche misura l'attività medesima con *altri professionisti* ed in genere consulenti delle parti. Un'analisi più approfondita dimostra, tuttavia, che così non può essere.

Innanzitutto, dai lavori preparatori non si desume alcun indice in tal senso; l'assenza, anzi, di una qualsiasi discussione parlamentare sul con-

(10) Cfr., sulla disciplina della personalità della prestazione nel contratto d'opera intellettuale, PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1996, p. 517 ss. (ove il giusto rilievo che «direzione e responsabilità del prestatore d'opera non sono mai declinabili»); MARCHETTO-PRADI, *Professioni intellettuali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 360; GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1073 ss.

(11) Sul punto BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in questa *Rivista*, 1978, pp. 699-700; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in questa *Rivista*, 1994, p. 1427.

tenuto degli emendamenti che hanno poi dato origine all'attuale testo dell'art. 47 L. Not. (12), dimostra che l'intenzione del legislatore non può essere stata quella di stravolgere un principio di grande rilievo, quale è quello della personalità della prestazione, che — fondamentale nell'esercizio delle attività libero professionali — lo è a maggior ragione ogni qualvolta sia coinvolto l'esercizio di una pubblica funzione (13). Questa considerazione riceve conferma sul piano dell'interpretazione sistematica: come meglio si vedrà nel prosieguo del presente lavoro, la personale indagine della volontà ad opera del notaio riveste un ruolo determinante in quanto concorre ad assicurare all'atto pubblico il fondamentale attributo della «pubblica fede», e ciò solo e nella misura in cui detta attività di indagine sia compiuta da un soggetto professionalmente preparato ed imparziale quale è il notaio. Ipotizzare che la consulenza necessaria alla redazione dell'atto pubblico possa essere surrogata da quella resa ad opera di consulenti non imparziali, e non titolari di una pubblica funzione, assumerebbe una valenza eversiva rispetto a tali principi. Quanto sopra affermato non significa, ovviamente, disconoscere anche l'importanza ed il ruolo di ulteriori consulenze professionali, anche a livello specialistico; ribadendo però, nel contempo, la necessità che il notaio indoghi personalmente la volontà delle parti anche se tale indagine è stata contemporaneamente effettuata da altri professionisti.

Quanto alla possibilità per il notaio di avvalersi di *ausiliari* al fine di indagare la volontà delle parti, occorre fare una precisazione. Non è possibile porre in dubbio che il notaio possa avvalersi di ausiliari nella fase della *istruttoria preliminare* dell'atto notarile: nessuno dubita, né ha mai dubitato, che le parti possano interloquire anche soltanto con i dipendenti del notaio in una prima fase, esponendo le loro esigenze e fornendo le informazioni e la documentazione necessari. Dovrà essere però il notaio di

(12) Nella seduta della Commissione affari costituzionali del Senato del 25 gennaio 2005, era stata proposta la modifica, puramente lessicale, dell'ult. comma dell'art. 47 L. Not. come segue: «Spetta soltanto al notaio indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto». Nella successiva seduta del 22 febbraio 2005, il testo è stato modificato: «Il notaio indaga la volontà delle parti e dirige personalmente la compilazione integrale dell'atto». Infine, nella seduta del 14 aprile 2005 è stato approvato il testo, poi trasfuso nel disegno di legge definitivo: «Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto». Né nella suddetta Commissione, né nel corso del dibattito in Aula sono stati discussi gli emendamenti relativi all'art. 47 in esame.

(13) Nella dottrina pubblicistica è pacifica l'indelegabilità delle pubbliche funzioni, in assenza di disposizioni legislative che la consentano: cfr. per tutti CAMMELLI, *Delega amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988; SEVERI, *Delegazione amministrativa e utilizzazione degli uffici*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 552; MIELE, *Delega (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 905.

persona, una volta che l'istruttoria preliminare è stata conclusa, a dover vagliare la documentazione acquisita e le informazioni ottenute, e soprattutto ad effettuare l'indagine della volontà delle parti, al fine di individuare lo strumento più adeguato al soddisfacimento dei loro bisogni ed interessi. A seconda delle concrete situazioni, tale indagine potrà essere effettuata in un momento più o meno ravvicinato rispetto a quello del ricevimento dell'atto pubblico, ma dovrà essere comunque effettuata dal notaio, e da lui soltanto.

Quale può essere, allora, il significato della modifica legislativa? Non è ipotizzabile, evidentemente, un'interpretazione che svuoti la norma di alcuna valenza precettiva, considerato il fondamentale principio di conservazione degli atti normativi (14). D'altra parte, il significato proprio delle parole («il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto») non sembra neanche consentire alcuna deroga al principio di personalità della prestazione. Del resto, la formula normativa era stata in passato criticata, in quanto si ravvisava in essa il rischio di un «supposto valore limitativo» (15); si può quindi ritenere che il legislatore abbia voluto correggere un lessico tutto sommato non rigoroso, senza voler in alcun modo incidere sulla personalità dell'attività di indagine. Interpretazione, questa, che risulterebbe confermata dalla mancata modifica dell'art. 67 del regolamento notarile, il quale continua testualmente a disporre, riferendosi al notaio, che «a lui solo compete d'indagare la volontà delle parti e di chiedere, dopo di aver dato ad esse lettura dell'atto, se sia conforme alla loro volontà». Sembra evidente che, ove il legislatore avesse avuto un diverso intento, avrebbe dovuto modificare anche quest'ultima disposizione.

La *ratio* della modifica è quindi sicuramente da rinvenirsi nella *volontà del legislatore di «ammodernare» il testo dell'art. 47, ult. comma, L. Not.,* comunque anche al fine di *tener conto della realtà delle moderne contrattazioni e della pressoché uniforme prassi degli studi notarili italiani.* Nei quali, come già evidenziato, è assolutamente diffusa la prassi di una preliminare istruttoria ad opera degli ausiliari del notaio, che comunque non inficia la personalità dell'indagine della volontà ad opera del notaio medesimo. Oltretutto, le crescenti difficoltà di interpretazione delle nume-

(14) Sul quale cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 174 ss.

(15) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1255 (il quale rilevava la «dubbia opportunità di accostare al verbo “indagare” l'avverbio “soltanto”, con supposto valore limitativo all'attività di indagine che per sua natura potrebbe conoscere quale unico limite il raggiungimento del fine o risultato al quale è diretta»).

rose e scoordinate disposizioni legislative, soprattutto in materia tributaria ed amministrativa, hanno determinato negli ultimi decenni profonde modificazioni nella prassi delle contrattazioni, nelle quali le parti sono il più delle volte assistite da consulenti ed intermediari, con i quali concordano — spesso prima di recarsi dal notaio — l'utilizzo di determinati schemi negoziali, o più in generale il ricorso a soluzioni che vengono poi sottoposte al notaio in un certo senso come «preconfezionate». Si pensi, per fare solo un esempio, al vincolo rappresentato dalla stipula di *contratti preliminari*, ed accordi preparatori in genere, nei quali è spesso disegnata, anche in dettaglio, la fisionomia del successivo intervento notarile. Si pensi ancora al fenomeno della *contrattazione standardizzata*, presente anche nei settori in cui tradizionalmente interviene il notaio (un esempio per tutti, quello dei finanziamenti bancari). In tutti questi casi, appariva probabilmente anacronistico affermare che «soltanto» il notaio esegue l'indagine della volontà delle parti. L'ordinamento comunque, anche in questi casi, impone che il notaio svolga la suddetta attività (c.d. adeguamento obbligatorio (16)); prendendo comunque atto della circostanza che, *accanto alla consulenza obbligatoria (e comunque inderogabile) resa personalmente dal notaio, si colloca quella facoltativamente richiesta ad altri professionisti.*

Anche riguardo al *profilo redazionale dell'atto*, l'evoluzione dei sistemi di scrittura con la comparsa, ormai da tempo, di moderne tecniche informatiche, ha fatto considerare come obsoleta la precedente statuizione normativa in termini di «personalità», riferita alla materiale compilazione dell'atto. Nello stesso tempo però, avuto riguardo al significato «sostanziale» della documentazione notarile, il legislatore ha continuato a precisare che tale documentazione deve aver luogo — per l'intero atto — *sotto la direzione e responsabilità del notaio*. È quindi, comunque, *il notaio personalmente*, in piena autonomia e nella qualità di unico autore del documento pubblico (17), a dover *scegliere i termini giuridici da impiegare nella redazione dell'atto, che meglio rispondano alla volontà manifestata dalle parti*. Come per l'indagine della volontà, del resto, il personale

(16) Sulla distinzione tra adeguamento obbligatorio e facoltativo, cfr. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, cit., p. 406; ID., *Sul contenuto della prestazione notarile*, cit., p. 110 ss.

(17) Sul notaio come unico autore del documento pubblico (mentre le parti rimangono autrici delle dichiarazioni negoziali, ivi contenute), cfr. tra gli altri PATTI, *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1996, pp. 13-14, e p. 31; LENER, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, in questa *Rivista*, 1978, p. 993 ss.; BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, cit., p. 6; MONTESANO, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 103; CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 517.

intervento del notaio è richiesto dall'art. 67 del regolamento notarile (disposizione non toccata dalla novella), secondo il quale «spetta al notaio di dirigere la compilazione dell'atto dal principio alla fine, anche nel caso che lo faccia scrivere da persona di sua fiducia». Dove l'accento è posto, come nell'art. 47, sul contenuto «integrale» del documento, oltrech  sul fatto che materiale «compilatore» dell'atto deve essere persona di fiducia del notaio, e non un terzo qualsiasi (profilo, quest'ultimo, risultante anche dall'art. 51, n. 9, L. Not., nell'evidente intento di mantenere il personale «controllo», ad opera del notaio, anche sulla fase redazionale del documento pubblico).

In definitiva, quindi, *le modifiche apportate all'art. 47 L. Not. dal legislatore del 2005 non pregiudicano in alcun modo il requisito della «personalit » della prestazione notarile*, limitandosi ad apportare cambiamenti lessicali alla disposizione legislativa, che mentre prendono atto della mutata realt  dei traffici, e dell'evoluzione tecnologica nel frattempo intervenuta, *non consentono in alcun modo la «delegabilit » di attivit  qualificanti la funzione pubblica*, e certamente non sacrificano il ruolo del notaio, pubblico ufficiale imparziale, rispetto a quello dei consulenti che assistono le singole parti.   quindi plausibile qualificare la nuova disposizione come «interpretativa» e non «innovativa» (nessuno dubitava infatti, anche prima di tale modifica, della possibilit  di avvalersi di ausiliari per l'istruttoria preliminare degli atti pubblici, come pure nessuno poneva in forse la possibilit , per le parti, di usufruire dell'ulteriore consulenza di professionisti di loro fiducia). Con la conseguente retroattivit  della nuova disposizione legislativa (18).

2. *Indagine della volont , vizi della volont , divergenze tra volont  e dichiarazione.*

Come   stato autorevolmente chiarito dalla dottrina,   proprio grazie all'indagine della volont  delle parti, oltre che al controllo di legalit  prescritto dall'art. 28, n. 1, L. Not., che si realizza compiutamente quella

(18) Sulla retroattivit  delle norme interpretative, che trova una limitazione esclusivamente nel principio di affidamento, cfr. FERRANTI, *Le leggi interpretative nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1999, p. 203; PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, p. 64; CRISCI, *Irretroattivit  della legge e legge interpretativa*, in *Cons. Stato*, 1992, p. 1369; SOANA, *Legge di interpretazione autentica e principio dell'affidamento*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1812; POLLASTRO, *Sulla pretesa retroattivit  delle leggi interpretative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1988, p. 527; CAPPIELLO, *Interpretazione autentica e retroattivit  della legge*, in *Giur. agr. it.*, 1983, p. 438.

che è stata autorevolmente definita come *funzione antiprocedurale* del notaio (19). Da un lato, perché grazie a tale complessa attività maieutica il notaio è in grado di inquadrare i reali obiettivi delle parti, e suggerire loro la soluzione più idonea ad inquadrare la fattispecie concreta negli schemi astratti dell'ordinamento. D'altro lato — e questo è un punto che non è stato finora adeguatamente messo in luce — perché grazie alla suddetta indagine è possibile evidenziare, ed evitare, *vizi della volontà, e divergenze tra volontà e dichiarazione*. Si pensi, in particolare, all'*errore di diritto*, che può costituire motivo di annullamento del contratto, quando è stata la ragione unica e determinante dello stesso (20): l'intervento del notaio assume un ruolo determinante, grazie ai doveri di informazione e chiarimento che sono impliciti nell'obbligo di indagine della volontà, proprio al fine di evitare gli errori di diritto delle parti (21).

Si consideri, sempre in quest'ottica, *la disciplina garantistica dell'atto pubblico* a favore di soggetti che non conoscono la lingua italiana, di muti, sordi, sordomuti (artt. 54 ss. L. Not.); disciplina strumentale in realtà, la cui reale finalità è quella di assicurare una compiuta comunicazione tra il notaio e le parti, proprio al fine di consentire l'indagine della volontà e la corretta trasposizione di tale volontà nell'atto pubblico. Tale finalità spiega perché, mentre la violazione delle suddette norme di tutela comporta la nullità dell'atto notarile pubblico, nessuna conseguenza del genere si verifichi nel caso di scritture private sottoscritte da muti, sordi, sordomuti, o che siano redatte in lingua non conosciuta dalle parti, pur se autenticate dal notaio (22). Analogo discorso può essere effettuato, entro certi limiti,

(19) CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, cit., p. 11 (che individua il *cavere* come attività caratteristica della funzione notarile, ed afferma che «quanto più notaio tanto meno giudice [...] quanto più *consiglio del notaio*, quanto più *consapevolezza del notaio*, quanto più *cultura del notaio*, tanto meno *possibilità di lite*»).

(20) Sulle problematiche relative all'errore di diritto nei contratti, cfr. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, Milano, 2004, p. 137 ss.; SPATARO, *Errore di diritto e norme imperative sostitutive di clausole nulle ex art. 1419, comma 2, c.c. (nota a Cass., 23 gennaio 1999, n. 645)*, in *Contratti*, 1999, p. 1095; CRISCUOLI, *Errore di diritto e riconoscibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 383; PESCARA, *Il problema dell'error iuris nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 756.

(21) È ancora tutto da scrivere il capitolo dell'influenza dell'attività di indagine della volontà delle parti, ad opera del notaio, ai fini della rilevanza dell'errore di diritto nei contratti; avuto anche riguardo all'interferenza con il principio dell'irrilevanza dell'ignoranza della legge, ultimamente temperato a seguito della pronuncia della C. cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385. Cfr. su questi ultimi problemi CRISCUOLI, *Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio penale di colpevolezza in tema di error iuris*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 719. Spunti preziosi sul ruolo del giurista, e dell'attività di informazione dallo stesso svolta, ai fini della scusabilità e quindi della rilevanza dell'*error iuris*, in FALZEA, *Il principio ignorantia iuris non excusat e il ruolo dell'avvocato nella conoscenza del diritto*, in *Rassegna forense*, 1989, p. 12 ss., 24 ss.

(22) Per l'inapplicabilità alla scrittura privata autenticata degli artt. 54 ss. L. Not., PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit.,

per le scritture private allegate all'atto pubblico, come dimostra la diversa disciplina formale contenuta, per gli allegati in lingua straniera, nell'art. 68, comma 2, del R.D. 10 settembre 1914, n. 1326 (regolamento notarile), rispetto a quanto previsto dagli artt. 54 e 55 L. Not. (23).

In conseguenza, quindi, della corretta trasposizione della volontà delle parti nel documento pubblico, *sono ridotte al minimo le possibilità di successiva impugnazione in dipendenza di vizi della volontà o di divergenze tra volontà e dichiarazione*, ed in quest'ottica l'indagine della volontà, *ex art. 47, ult. comma, L. Not.*, viene ad integrare il controllo preventivo di legalità su atto costitutivo e statuto (24). Ciò che può essere espresso, in diversi termini, dicendo che l'inderogabile disciplina dell'art. 47, ult. comma, L. Not., *assicura un controllo di legalità qualitativamente diverso, e maggiormente pregnante*, rispetto a quello che può essere svolto in relazione alla scrittura privata autenticata o allegata (25).

p. 1422 ss. Sulle conseguenze civilistiche della sottoscrizione di scritture private in una lingua non conosciuta dalla parte (in termini di errore, ed in casi estremi di assenza dello stesso consenso contrattuale), cfr. LEO, *Lingua straniera ed errore determinante e incidente*, in *Contratti*, 1995, p. 480 ss.; MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova, 1990.

(23) Cfr. SANTARCANGELO, *Traduzione della formula di legalizzazione di atti esteri e dell'apostille*, in *Studi e Materiali*, II, a cura del Consiglio nazionale del notariato, Milano, 1990, p. 390.

(24) Cfr. PAVONE LA ROSA-NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1*, Torino, 2004, p. 382, nota 113; SCIUTO, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1235 ss., 1267; BORGIOI, *La nullità della s.p.a.*, Milano, 1977, p. 374 (per il quale, osservato che «la funzione di quanto prescritto dalla legge notarile sia essenzialmente quella di permettere una ricostruzione, la più accurata possibile, della volontà delle parti, di accertare la validità della sua formazione e del suo contenuto: sotto tale profilo essa risponde in pieno ai compiti demandate dalla direttiva comunitaria, la quale ha appunto previsto l'utilizzazione della forma dell'atto pubblico quale possibile strumento di controllo della legalità dell'atto costitutivo»).

(25) È pacifica l'applicabilità non solo all'atto pubblico, ma anche alla scrittura privata autenticata (o allegata) dell'art. 28, n. 1, L. Not., che vieta al notaio di stipulare atti espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. Ma l'intrinseca differenza tra le due forme di intervento notarile si riflette sulla «intensità» del controllo di legalità, più pregnante nel caso di atto pubblico. Come è stato autorevolmente chiarito, «nel raccogliere la volontà delle parti, nell'interrogarle ed orientarle, e poi nel confezionare il testo linguistico dell'accordo, il notaio svolge un sicuro controllo di legalità o, meglio, di *realizzabilità giuridica*: egli non si fa giudice degli interessi privati, né del merito del negozio, ma suggerisce e predispone un *testo conforme alla legge*. Il controllo qui nasce dall'esigenza di convertire in testo linguistico la volontà delle parti, sicché *le parole, che il notaio attesta di aver ascoltate, sono in realtà parole che egli ha scelto e combinato*. Quando invece le parti non offrano semplici intenzioni, cioè un grezzo materiale di bisogni e di scopi pratici, ma definiti testi di parole, precludendo l'indagine della volontà ed invocando l'obbligo del notaio di non ricusare il suo ministero, allora quegli non ha altro limite che l'*espressa proibizione di legge*. Dove il notaio confeziona il testo, il controllo di legalità è *intrinseco* (e preferisco, perciò, di denominarlo *controllo di realizzabilità giuridica*); dove egli lo riceve, il controllo di legittimità è *estrinseco* e *negativo*. Mi sembra che così affiori un criterio di razionale distinzione: se il notaio è chiamato a indagare la volontà delle parti, ed a tradurla nel testo linguistico dell'accordo, allora egli è tenuto ad un controllo di conformità

Ne consegue una maggior tutela non solo delle parti (particolarmente necessaria in alcuni negozi come la donazione, o le convenzioni matrimoniali) (26), ma anche dei terzi, in particolare nei casi in cui l'atto pubblico è richiesto dalla legge a tutela degli interessi di questi ultimi. Si tratta, essenzialmente, degli atti costitutivi e modificativi di società di capitali e di persone giuridiche. In queste ultime fattispecie non ricorre, evidentemente, l'esigenza di una «superprotezione» dei soci fondatori, come dimostrano sia la possibilità di successiva adesione, senza forme solenni, di nuovi soci (per effetto dell'acquisto delle partecipazioni sociali, o della sottoscrizione in seguito ad aumento di capitale; o, nelle cooperative o associazioni, in conseguenza dell'ammissione ad opera degli amministratori); sia la disciplina della costituzione per pubblica sottoscrizione della società per azioni, che ammette la sottoscrizione delle azioni mediante una mera scrittura privata autenticata (art. 2333, comma 3, c.c.) (27). Ciò nonostante l'indagine della volontà delle parti assolve ad un ruolo fondamentale nella

legale; se, invece, le parti chiedono a lui di ricevere un testo, sottraendosi all'indagine della volontà ed alla collaborazione linguistica, allora egli potrà soltanto invocare l'art. 28 ed opporre gli espressi divieti della legge» (IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 209 ss.).

Analogamente, BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 698, chiarisce come la funzione antiprocedurale dell'atto pubblico notarile investa un'area molto più vasta di quella coperta dall'art. 28, n. 1, L. Not., «giacché, mirando alla prevenzione di ogni lite, copre e quindi mira ad impedire, l'area dei vizi non ricompresi nell'art. 28 L. Not. [...] agisce a livello di formazione della "volontà comune", indirizzando in senso unitario ed armonico gli intenti empirici delle parti; fissa il "testo" contrattuale nella maniera più tecnica ed aderente alla "comune volontà" delle parti; porta il notaio a suggerire altro, e magari più idoneo, schema volto a realizzare l'intento empirico delle parti con maggiore beneficio delle stesse [...] evidenzia elementi che potrebbero essere forieri di perturbazione nello sviluppo del rapporto contrattuale».

(26) TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 421 ss.; RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2004, p. 484.

(27) In tal senso, OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 117; RESCIO, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 798 ss.

Come si dirà meglio nel testo, la mancanza di simmetria formale tra atto di sottoscrizione (che può essere solo autenticato) e atto costitutivo (da stipularsi per atto pubblico) si giustifica per il ruolo assegnato all'atto pubblico nel procedimento costitutivo della società, posto essenzialmente a tutela della certezza giuridica e quindi nell'interesse dei terzi, e non viceversa a protezione dei sottoscrittori; che è poi lo stesso motivo in base al quale la migliore dottrina non ritiene necessaria, per il contratto preliminare di società di capitali o cooperativa, la forma dell'atto pubblico. Il tutto si compone, nel contesto del procedimento costitutivo per pubblica sottoscrizione, tenendo conto che con la sottoscrizione delle azioni si perfeziona unicamente un vincolo preparatorio — avente per oggetto l'assoggettamento irrevocabile alla volontà maggioritaria della futura assemblea dei sottoscrittori — nell'ambito di una fattispecie a formazione successiva che si perfeziona solo con la stipula dell'atto costitutivo, in forma pubblica, da parte dell'assemblea dei sottoscrittori: FRÉ-SBISÀ, *Della società per azioni*, I, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 127 ss.; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, pp. 200-201; BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, pp. 186-187.

vicenda costitutiva delle persone giuridiche, a tutela non tanto dei soci fondatori, ma piuttosto dei terzi (creditori, futuri soci) che entreranno in contatto con la persona giuridica, nonché dell'ente stesso, che nascerà per effetto della stipulazione dell'atto pubblico.

La *prevenzione delle future impugnative negoziali*, in particolare, gioca un ruolo decisivo — accanto al controllo di legalità *ex art. 28 L. Not.* — nell'ottica di tutela dell'ente e dei terzi. Limitatamente alle società di capitali, la disciplina dell'art. 2332 c.c. — alla luce anche della previsione contenuta nell'art. 11, ult. comma, della prima direttiva CEE n. 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968 (secondo la quale, al di fuori dei casi di nullità previsti, «le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità») — impedisce, una volta avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, l'annullamento del contratto sociale; ma è altresì vero che rimane sempre possibile l'annullamento della singola partecipazione sociale, ai sensi dell'art. 1420 c.c. (28). Un tale annullamento, pur non sembrando idoneo, secondo la prevalente opinione dottrinale, a pregiudicare i diritti dei terzi (in quanto si traduce, in sostanza, in una causa di recesso dalla società, con operatività *ex nunc*, e con conseguente liquidazione della partecipazione sociale da attuarsi secondo le norme poste a tutela dei terzi (29)), potrebbe tuttavia rivelarsi gravemente pregiudizievole agli interessi dell'ente, fino a determinare — trattandosi di partecipazione essenziale, ovvero laddove la liquidazione della partecipazione incida in modo consistente sul patrimonio dell'ente — lo scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (30). Ancor più gravi sarebbero le conseguenze dell'impugnativa negoziale sulla vita delle persone giuridiche diverse dalle società di capitali, se si ritiene — come sembra — che la disciplina restrittiva dell'art. 2332 c.c. non sia ad esse applicabile analogicamente.

Ma non è ancora finita. La particolare mediazione assicurata grazie all'apporto intellettuale del notaio, che non è solo pubblico ufficiale ma anche giurista specializzato, consente — mediante un *impiego appropriato del linguaggio giuridico* ed una *corretta trasposizione della volontà delle parti* — di approntare un documento che risulti, in quanto assolutamente

(28) Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Società*, 2002, p. 1246, con nota di PROVERBIO.

(29) BERTUZZI, *Commento all'art. 2332*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 100; PALMIERI, *Commento all'art. 2332*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 92 ss.; VISCUSI, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, Napoli, 2002, p. 138 ss.; BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 535 ss., spec. p. 574 ss.

(30) In tal senso, Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, cit.

«univoco», in tutto e per tutto «autosufficiente» ai fini della successiva *interpretazione del negozio giuridico*. È noto, in particolare, il dibattito in relazione all'interpretazione degli statuti societari, che l'opinione prevalente vuole ancorata a parametri oggettivi, con sacrificio dei criteri soggettivi di interpretazione individuati dagli artt. 1362 ss. c.c.; si ammette tuttavia generalmente — salvo il problema dei rapporti con i terzi — l'utilizzo a fini interpretativi del materiale extrastatutario, come tale non pubblicato, con rilevanti problemi ai fini dell'opponibilità ai suddetti terzi del risultato interpretativo conseguito attraverso l'utilizzo di dati non resi pubblici (31). L'intervento pregnante del notaio, nei termini già delineati, consente invece che si possa effettivamente circoscrivere al testo dello statuto, pubblicato nel registro delle imprese o nel registro delle persone giuridiche, l'indagine interpretativa ad opera non solo delle parti ma anche dei terzi: funzione «antiprocessuale», quindi, anche sotto questo profilo (32).

(31) Sulle questioni indicate nel testo, cfr. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002, p. 485 ss.; BOVE, *Comportamento complessivo delle parti ed interpretazione degli statuti societari*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 170; SCIUTO, *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 2, p. 277; IRTI, *Interpretazione del contratto e tutela dei terzi. Contesto verbale e contesto situazionale*, in *Testo e contesto*, Padova, 1996, p. 117 ss.; IBBA, *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 525; ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di Ferri e Angelici, Torino, 1997, p. 337, ed in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 797; ANGELICI, *Sulle clausole statutarie di «dubbia interpretazione» (Nota a Trib. Casale Monferrato, 25 gennaio 1991)*, in questa *Rivista*, 1992, p. 1279; App. Milano, 28 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 1201; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10970, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Società*, n. 726.

Sul problema generale dell'interpretazione dei negozi formali, cfr. per tutti GENOVESI, *Interpretazione del contratto formale ed elementi extratestuali*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1329; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969.

(32) V. l'esatta affermazione di TOMMASEO, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, in questa *Rivista*, 1998, p. 604, che evidenzia come «l'apporto dell'ufficiale rogante risulti particolarmente prezioso quando si tratta di intervenire nella formulazione delle dichiarazioni negoziali: il bene della certezza che è obiettivo del formalismo solenne è qui raggiunto non soltanto per quanto concerne la verità storica dei fatti documentati, ma anche sotto il profilo della rimozione preventiva di dubbi interpretativi che le contraddizioni o le oscurità delle espressioni usate dalle parti potrebbero far eventualmente sorgere, alimentando incertezze tali da innescare un possibile contenzioso». Ed ancora BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 702, evidenzia «la fondamentale funzione del notaio di sviluppare un'attività di prevenzione nei confronti di possibili vizi della volontà che potrebbero inficiare l'atto e di evitare le ambiguità che potrebbero dar luogo a dubbi interpretativi formando un "testo" contrattuale che realizzi la maggiore scioltezza interpretativa».

Risulta quindi errata l'affermazione di RESCIO, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 807, nota 41, secondo cui, ai fini della tutela dei terzi, «la esatta ricostruzione e tutela della volontà dei soci fondatori è del tutto irrilevante». L'autore confonde, in realtà, il piano dell'indagine della volontà ad opera del notaio, e quello della successiva interpretazione dell'atto notarile (tra i quali distingue invece bene BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, cit., p. 7 ss.

3. *Documentazione notarile, indagine della volontà, imparzialità del notaio.*

Il momento della *documentazione pubblica*, e quindi il ruolo assunto dalla direzione, ad opera del notaio, della integrale redazione dell'atto (imposta dal più volte citato art. 47, ult. comma, L. Not.), converge con quello della indagine della volontà al fine di assicurare univocità, certezza ed affidabilità all'atto pubblico notarile.

La redazione a cura e sotto la responsabilità del notaio — il quale è pressoché concordemente considerato quale unico autore del documento pubblico — consente l'utilizzo al meglio del *linguaggio giuridico*, al fine di tradurre in una corretta terminologia tecnica le intenzioni delle parti. Permette, quindi, di evitare espressioni atecniche, imprecise o polisemiche, assicurando univocità al regolamento negoziale. Di più: grazie all'intervento «interpretativo» del notaio, si ottiene un'elevata garanzia di corrispondenza tra il significato delle dichiarazioni documentate nell'atto pubblico e la volontà espressa dalle parti al notaio medesimo: garanzia che, pur non giungendo a precludere l'impugnabilità del negozio per errore ostativo (come si vedrà, una cosa è la corrispondenza tra dichiarazione e documentazione, altra cosa è la corrispondenza tra volontà e dichiarazione), fa sì che *le possibilità di errore ostativo (errore nella dichiarazione) siano, nell'atto pubblico, ridotte al minimo* (33).

Vi è ancora da considerare, a proposito della formazione del documento pubblico, il particolare rilievo che assumono *terzietà, imparzialità ed indipendenza del notaio* (cfr. l'art. 2, e l'art. 28, nn. 2 e 3, L. Not.), il quale ultimo, proprio in considerazione di tali caratteristiche personali, offre particolari garanzie di una *documentazione veritiera ed affidabile* (34); non è chi non veda, sotto questo profilo, la differenza con un

(33) Il che non significa, ovviamente, che per impugnare il negozio per errore ostativo occorra la querela di falso: SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, Milano, 2003, p. 59; PATTI, *Della prova documentale*, cit., pp. 45 e 49. TOMMASEO, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, cit., p. 605, chiarisce che «l'atto pubblico non documenta di solito l'attività adeguatrice svolta dal notaio, di modo che l'efficacia probatoria legale dell'atto notarile investe direttamente la storicità delle dichiarazioni private e la loro provenienza dalle stesse parti, senza lasciar traccia se non occasionale del loro processo formativo».

(34) Sul rilievo della posizione di *terzietà* del notaio, che avvicina quest'ultimo al giudice, TONDO, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, in questa *Rivista*, 1966, p. 215; ASCARELLI, *Sulla verbalizzazione delle deliberazioni assembleari*, in questa *Rivista*, 1957, p. 2 ss. (che individua «il primo fondamento logico dell'art. 2375 cpv» nella «funzione di indiretta tutela delle minoranze, che assume un verbalizzante indipendente e professionalmente qualificato»); SATTI, *Poesia e verità nella vita del notaio*, cit., p. 272; BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1257 (ove il rilievo che «le parti si sono rimesse concordemente al notaio nella fiducia che la sua qualità di soggetto imparziale, cioè *super partes*, non depona a danno-vantaggio di una di esse e quindi ben difficilmente si incorrerà nel rischio di

documento predisposto magari da una sola delle parti, o da consulenti privi delle suddette garanzie di imparzialità, con possibili rischi di raggiri, documentazione infedele e fenomeni simili (rischi che comunque non vengono completamente meno se tale documento è allegato all'atto pubblico, magari previa dispensa dalla relativa lettura). Le garanzie offerte dall'imparzialità della documentazione notarile, unitamente agli altri profili sopra analizzati, impongono — come meglio si vedrà in prosieguo — un'interpretazione rigorosa delle norme che richiedono la forma dell'atto pubblico *ad substantiam*, impedendo di estrapolare dal contesto del documento pubblico parti di esso per affidarle alla redazione di terzi, e quindi allegarle come tali all'atto pubblico. E spiegano altresì l'invarianza della disciplina dell'atto pubblico anche nei casi in cui le parti siano assistite ai fini della predisposizione del regolamento negoziale da professionisti di loro fiducia: ai quali ultimi, pur se forniti di adeguata preparazione giuridica, difetta il fondamentale requisito della istituzionale terzietà ed imparzialità (35), che si rivela decisivo per l'affidamento del compito di documentazione in forma solenne.

4. *Indagine della volontà, documentazione notarile e pubblica fede.*

L'art. 1, comma 1, L. Not. riferisce all'atto pubblico notarile l'attributo della *pubblica fede*. Quest'ultima non deve confondersi con l'efficacia probatoria privilegiata *ex art. 2699 c.c.*: nella sua prima accezione, infatti, la pubblica fede attiene piuttosto alla «affidabilità» dell'atto notarile, in correlazione ai controlli di legalità che il notaio deve effettuare. La giurisprudenza ha ben chiarito questa differenza, affermando che la pubblica fede cui fa riferimento l'art. 1 L. Not. si inquadra in «quella che è stata definita la *funzione “antiprocedurale” del notaio, avente ad oggetto la certezza dei rapporti giuridici*, alla cui tutela è essenzialmente preordinata la sua funzione: egli, infatti, non è passivo strumento di nuda registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma *pubblico ufficiale obbligato ad operare perché non sia turbata la certezza dei rapporti giuridici*. Tale funzione ed obbligo del notaio emergono dall'art. 1 della L. n. 89 del 1913, che individua detta funzione nell'attribuzione della “pubblica fede” agli atti da

una prevaricazione nello svolgimento di quella attività di indagine che l'art. 47 L. Not. conferisce al notaio»).

(35) In senso contrario, GENGINI, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, Padova 2004, p. 595, nota 37, che ritiene senz'altro esonerato il notaio dai doveri di chiarimento ed indagine della volontà nel «caso in cui tutte le parti siano rappresentate in atto da professionisti».

lui redatti (mentre sarebbe riduttivo, come pure fa parte della dottrina, ritenere che con tale locuzione il legislatore abbia inteso fare riferimento al concetto di pubblica fede di cui all'art. 2699 c.c., tenuto conto del diverso contesto normativo in cui l'espressione è utilizzata)» (36).

In linea con tale interpretazione giurisprudenziale si pone quella dottrina secondo la quale «*la pubblica fede è data dall'assunzione della volontà delle parti nell'atto*» (37), sostenendo che è proprio grazie al pregnante intervento notarile — come definito dagli artt. 47, ult. comma, e 28 L. Not. — che sorge «*la pubblica fede nella validità, e conseguentemente nella efficacia dell'atto*» (38). Che è poi ciò che, con diversa terminologia, viene a volte definito «crisma» di legalità, o di legittimità, che assiste l'atto pubblico (39).

Ecco, quindi, che concorrono a giustificare tale pubblica fede — e la certezza che ne deriva — non solo i divieti di ricevere atti contrari alla legge, ma anche tutte le *norme della legge notarile poste a garanzia della corretta trasposizione della volontà delle parti nel documento pubblico*; come pure le norme che riguardano l'aspetto della *scritturazione* dell'atto: modalità e mezzi di scrittura, eventuali modificazioni e postille, ecc. (si

(36) Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 380.

(37) SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Vallardi, Milano, 1965, p. 84; ID., *Il titolo esecutivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 182.

(38) In tal senso, con specifico riferimento all'atto pubblico notarile, MARICONDA, *Atto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 5 ss. (che pone alla radice della pubblica fede, oltre al controllo di legalità, «la certificazione della imputazione della volontà negoziale e del suo contenuto»); MORELLO-FERRARI-SORGATO, *L'atto notarile*, cit., p. 164 (ove la plastica affermazione per cui le parti, «quando richiedono la *rogatio* del notaio, lo fanno principalmente acciòché l'assetto di interessi da loro divisato entri attraverso un giudizio definitivo nel mondo del diritto in maniera da soddisfare tutti i requisiti di legalità e legittimità che sono previsti dall'ordinamento giuridico, e non tanto per preconstituirsì un mezzo di prova»); TONDO, *Aspetti formali del mutuo fondiario*, in *Studi e materiali*, II, Milano, 1992, p. 8; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 61 («il pubblico ufficiale — in specie, il notaio — con il suo intervento, dunque, assicura, di là dall'efficacia probatoria privilegiata, una maggiore "affidabilità" complessiva dell'atto»).

Anche PUGLIATTI, *La trascrizione, I. La pubblicità in generale*, Milano, 1957, p. 239, parla di «*pubblica fede nella validità, e conseguentemente nella efficacia dell'atto*».

Sul collegamento tra l'art. 47, comma 3, L. Not., e la certezza derivante dalla documentazione notarile, cfr. anche LOVATO, *Il notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei notariati a tipo latino*, in questa *Rivista*, 1955, p. 158 ss. Per il rilievo extraprocessuale del concetto di pubblica fede, cfr. anche BARATTA, *La natura giuridica dell'atto autentico notarile*, in *Vita not.*, 1963, p. 431 («l'atto si presenta fin dal suo sorgere con il crisma di essere espressione della verità, di avere in sé una presunzione di piena certezza»).

Altra dottrina sembra confondere il concetto di pubblica fede *ex art. 1 L. Not.* con quello di cui all'art. 2699 c.c. (identificandolo sostanzialmente con l'efficacia probatoria, e comunque ricollegandolo all'attività di mera certificazione): BOERO, *La legge notarile commentata*, I, Torino, 1993, p. 10; GIRINO, *Le funzioni del notaio*, in questa *Rivista*, 1983, p. 1079; DI FABIO, *Notaio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 566.

(39) BARATTA, *La natura giuridica dell'atto autentico notarile*, cit., p. 431.

vedano, in particolare, l'art. 53 L. Not., e l'art. 7 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445).

Un sottile filo rosso collega quindi — proprio sotto il profilo della pubblica fede — l'attività documentatrice del notaio negli atti pubblici, siano essi di natura negoziale o meno (compresi, quindi, quegli atti pubblici che documentano soltanto mere constatazioni o comunque attività non negoziali: si pensi ai verbali delle deliberazioni di assemblee societarie). In entrambi i casi, infatti, il notaio è pacificamente *dominus* dell'attività di documentazione, nel compimento della quale è tenuto ad effettuare una fedele rappresentazione di quanto allo stesso dichiarato, in posizione di maggiore o minore *autonomia* a seconda della natura dell'atto (40), ma in ogni caso *curando che la trasposizione nel documento delle dichiarazioni a lui rese sia «tecnicamente corretta»* (41). È nel «ridurre per iscritto» il contenuto delle dichiarazioni, o deliberazioni, che il notaio — avvalendosi del *linguaggio giuridico* di cui è padrone, e con ciò «adeguando», in senso lato, anche la *forma*, intesa quale esteriorizzazione, delle suddette dichiarazioni o deliberazioni (42) — crea un documento univoco quanto al suo significato, e come tale realmente *corrispondente al contenuto ed al significato* di quanto dichiarato.

Può parlarsi, anche in relazione ai *verbali redatti per atto pubblico*, di una *attività di consulenza del notaio*? Certo, non è credibile immaginare che, quando il legislatore ha richiesto l'intervento del solo notaio per la verbalizzazione, con esclusione di qualsiasi altro pubblico ufficiale, lo abbia fatto senza tener conto della competenza tecnico-giuridica e capacità

(40) Sull'autonomia, in particolare, del pubblico ufficiale verbalizzante, tra gli altri, RESCIO, *L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1382 ss.; RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 834, nota 20 (che evidenzia «il ruolo esclusivo ed incondizionato del notaio a garanzia di una corretta verbalizzazione» escludendo pertanto che l'assemblea debba approvare il verbale, poiché ciò significherebbe «estendere il potere della maggioranza alla documentazione dell'attività assembleare, con possibili abusi nei confronti della minoranza»); SERRA, *La verbalizzazione*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, 3*, Torino, 1994, p. 189; CERBO, *Verbale e verbalizzazione (dir. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 631; PIZZORUSSO, *Processo verbale (dir. pubbl.)*, in *Novissimo dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1217; Cass., 20 giugno 2000, n. 8370, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3506.

(41) PANZIRONI, *L'omologazione degli atti sociali. La nuova competenza notarile*, Milano, 2002, p. 100; BOERO, *Verbali societari e riforma della legge notarile*, in *Vita not.*, 1995, p. 1577.

(42) PIZZORUSSO, *Processo verbale (dir. pubbl.)*, cit., p. 1219, rileva esattamente che il «potere di interferenza del verbalizzante è giustificato dalla normale impreparazione tecnica dei soggetti privati, i quali raramente sono in grado di rendersi conto del modo con cui devono essere manifestate le loro dichiarazioni perché esse possano raggiungere gli scopi cui sono dirette; nel caso del notaio, inoltre, è ravvisabile anche un vero e proprio mandato delle parti private al professionista perché provveda a dare forma giuridica idonea alla loro volontà». Analogamente, con riferimento all'atto pubblico in generale, PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 36; TOMMASEO, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, cit., p. 603 ss.

professionale del notaio medesimo (43). La giurisprudenza in materia di società di capitali ha precisato, del resto, che il notaio — pur non potendo rifiutare la verbalizzazione anche in presenza di cause di invalidità delle deliberazioni — ha l'obbligo di «avvertire di tale nullità prima che la delibera sia posta in votazione» (44). Ovviamente, quest'attività di consulenza ha contenuto e rilievo profondamente diversi rispetto agli atti pubblici negoziali, nei quali l'ingerenza notarile nel processo di formazione della volontà delle parti è molto più profonda, e non soffre limitazioni (mentre, ad esempio, nel corso delle deliberazioni assembleari di società di capitali il notaio, pur potendo e dovendo adempiere ai propri doveri di chiarimento ed informazione, non ha tuttavia il potere di opporsi ad una contraria volontà dell'assemblea, dovendo oltretutto evitare di interferire nello svolgimento dei lavori assembleari (45)). Può, in conclusione, ritenersi che la particolare natura dell'attività di verbalizzazione, se impedisce l'applicazione dell'art. 28, n. 1, L. Not., non preclude per il resto l'attività di «adeguamento» del notaio sotto il profilo dell'attività di consulenza e della funzione di documentazione.

D'altra parte, i *chiarimenti resi dal notaio* contribuiscono, anche *nel contesto di attività di verbalizzazione*, sia ad evitare errori e fraintendimenti ad opera dei presenti, con particolar riguardo agli errori di diritto e di interpretazione, sia ad «indirizzare» la deliberazione collegiale al rispetto delle previsioni di legge, ogni qualvolta i presenti non abbiano le competenze giuridiche necessarie. Deve del resto confinarsi nel campo dell'improbabile, e comunque al di fuori della «normalità» dei casi, l'ipotesi che l'organo collegiale, nonostante i chiarimenti e gli avvertimenti del notaio, deliberi in difformità rispetto alla legge (in modo da determinare, nel caso delle modifiche statutarie di società di capitali, il successivo rifiuto di iscrizione del notaio stesso, *ex art. 2436 c.c.*). In definitiva, ad assicurare la conformità alla legge, e quindi la *pubblica fede della deliberazione verbalizzata* concorre anche l'attività di consulenza che il notaio presta in sede di verbalizzazione (46); e quindi *la particolare disciplina della documen-*

(43) Per tale considerazione, ASCARELLI, *Sulla verbalizzazione delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 2 ss.; LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 67 ss.; BOERO, *Verbali societari e riforma della legge notarile*, in *Vita not.*, 1995, p. 1577; LAURINI, *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle delibere assembleari*, in *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, Milano, 1982, p. 70.

(44) Cass., 4 maggio 1998, n. 4441, in questa *Rivista*, 1998, p. 717.

(45) LAURINI, *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle delibere assembleari*, cit., p. 52.

(46) Per approfondimenti sul punto, cfr. TRINCHILLO, *Verbale di assemblea e funzione notarile*, in *La riforma del diritto societario. Le riflessioni del notariato*, cit., p. 127 ss.; VISCUSI, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, cit., p. 26 ss.

tazione pubblica notarile è in grado di assicurare pubblica fede al risultato di tale attività, a prescindere dalla tipologia di atto pubblico coinvolto.

Pubblica fede che ricorre, invece, in grado minore con riferimento agli *allegati all'atto pubblico*. Rispetto a questi ultimi, vi è certamente l'affidamento conseguente al controllo di legalità *ex art. 28, n. 1, L. Not.*, che il notaio deve effettuare anche con riferimento agli allegati; non è, invece, prescritta riguardo agli allegati l'indagine della volontà *ex art. 47 L. Not.*, e non si applicano le garanzie disposte dalla legge per la documentazione notarile (scritturazione, postille, ecc.). Ne consegue che — nei casi in cui la legge richieda quale requisito essenziale la documentazione per atto pubblico — la tecnica di documentazione, consistente nel riportare parti importanti del contenuto dell'atto in documenti di natura privata ad esso allegati, contravviene patentemente all'esigenza di attribuire pubblica fede (intesa come pubblico affidamento sia nella «stabilità» dell'atto, conseguente all'indagine della volontà, sia nella corrispondenza tra il dichiarato ed il documentato), che la legge intende soddisfare proprio con la documentazione pubblica. È per questo motivo che la *relatio* a documenti allegati può essere consentita solo nella misura in cui la stessa non contravvenga alle ragioni per le quali è stata disposta la documentazione pubblica: ragioni da verificarsi caso per caso, in relazione agli specifici interessi coinvolti (47).

Il cerchio, allora, si chiude. *Controllo di legalità, indagine della volontà delle parti, integrale compilazione del documento pubblico sotto la direzione del notaio, pubblica fede*. Ecco l'essenza della funzione notarile pubblica, che si esplica nella sua maggior pregnanza solo nell'atto pubblico. E che giustifica la previsione di quest'ultimo, quale forma *ad substantiam*, non solo nei casi in cui vi sia l'esigenza di «superprotezione» delle parti, ma ogni qualvolta si voglia assicurare una particolare affidabilità, univocità, certezza al risultato della documentazione (48). Come avviene, per l'appunto, ogni qualvolta l'ordinamento attribuisca ad enti nati dalla stipula dell'atto, la personalità giuridica (49), con conseguente auto-

(47) Cfr. sul punto PETRELLI, *Statuto e atto pubblico nella riforma delle società di capitali e cooperative*, in questa *Rivista*, 2004, p. 445 ss.

(48) GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1006, ritiene in generale che «il moderno formalismo è imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi, affinché costoro "conoscano" il negozio, e comunque affinché questo abbia efficacia nei loro confronti». Affermazione, questa, valida certamente per la scrittura privata, mentre per l'atto pubblico il fondamento delle previsioni di forma è più vario (si tengano in considerazione, in ogni caso, i rilievi di LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p. 21 ss., riguardo alla profonda differenza tra atto pubblico e scrittura privata sotto il profilo in esame).

(49) Con riferimento alle persone giuridiche del libro I del codice civile, la dottrina si arresta generalmente alla constatazione che la forma dell'atto pubblico è richiesta in funzione

nomia patrimoniale perfetta dell'ente, e quindi con l'esigenza di approntare maggiori tutele non già per i soci o associati, ma piuttosto per l'ente stesso e per i terzi. Solo se si ha presente lo stretto collegamento tra i suddetti profili di disciplina dell'atto pubblico, in definitiva tra *faciendum* e *factum*, tra *disciplina procedimentale* dell'attività notarile e *caratteristiche del documento* che ne deriva, si può comprendere la vera natura dell'atto pubblico, che non è mero *vestmentum* delle dichiarazioni delle parti, ma piuttosto presuppone una *importante attività del notaio, proceduralizzata a tutela di esigenze sostanziali*, nella quale l'attività di indagine della volontà, di chiarimento, di consulenza, è «logicamente e cronologicamente preliminare rispetto a quella della documentazione» (50).

5. Documentazione notarile ed efficacia probatoria dell'atto pubblico.

Uno tra i principali effetti dell'atto pubblico — l'unico, in realtà, ad essere specificamente contemplato nel codice civile, all'art. 2700 — è la sua speciale efficacia probatoria: l'atto pubblico fa prova non solo della provenienza delle dichiarazioni delle parti, ma anche delle «dichiarazioni» stesse, nonché degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza, o da lui compiuti. Efficacia probatoria che, come pacificamente riconosciuto, si estende anche nei confronti dei terzi (51).

Si tratta di aspetto di notevole importanza, che tra l'altro costituisce in alcuni casi l'unica, o quantomeno la principale ragione per la quale la legge

dell'acquisto della personalità giuridica dell'ente (tant'è vero che, pacificamente, essa non è richiesta per la costituzione di associazioni non riconosciute: Cass., 10 dicembre 1965, n. 2448, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1236; v. ora l'art. 10 del D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, e l'art. 148 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917): cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 154 ss.; AURICCHIO, *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 896; FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1956, p. 228, nota 12; PUGLIESE, *L'atto pubblico e la società-persona giuridica*, in *Dir. fall.*, 1946, I, p. 9 ss.; RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1940, p. 62. Altri (COTTINO, *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 303 ss.) enfatizza le esigenze di certezza e di tutela dei traffici, conseguenti alla nascita di una persona giuridica, che la forma solenne è preposta a tutelare, ma non giustifica in che modo la solennità soddisfi dette esigenze. Un inizio di approfondimento si ritrova invece in BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano, 2003, p. 57, per il quale la forma pubblica «è prescritta al fine di dare piena prova delle dichiarazioni di chi compie l'atto (artt. 2699 e 2700 c.c.), in specie dell'indicazione dello scopo dell'ente e dei mezzi patrimoniali ad esso destinati, che il prefetto dovrà valutare per decidere se concedere o meno la personalità giuridica (art. 1 D.P.R. n. 361 del 2000)». È quindi l'autonomia patrimoniale perfetta — che consegue all'acquisto della personalità giuridica — a giustificare l'esigenza della pubblica fede e della prova privilegiata proprie dell'atto pubblico, che a loro volta sono strettamente legate sia al controllo di legalità che all'indagine della volontà, operati dal notaio.

(50) TONDO, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, cit., p. 218.

(51) PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 47. Parla di «potere certificativo con effetti *erga omnes*», COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 303.

richiede, come obbligatoria, la forma dell'atto pubblico: si pensi, tra le altre, alla verbalizzazione notarile delle deliberazioni assembleari di società di capitali modificative dello statuto (52).

L'atto pubblico assicura, come la scrittura privata autenticata, la piena prova della provenienza delle dichiarazioni dalle parti. Assicura poi la prova legale anche dei *fatti avvenuti in presenza del pubblico ufficiale* (si pensi all'attestazione, da parte del notaio, che il pagamento del prezzo è avvenuto in sua presenza), e questo costituisce senza dubbio un effetto ulteriore, rispetto a quelli realizzabili con la scrittura privata autenticata.

Infine, ai sensi dell'art. 2700 c.c., l'atto pubblico fa *piena prova* delle «dichiarazioni delle parti». Cosa significa questa formula, rapportata in particolare alla previsione dell'art. 2702 c.c., che in relazione alla scrittura privata autenticata circoscrive l'efficacia probatoria alla «provenienza della dichiarazione» dalle parti che l'hanno sottoscritta? La domanda, che potrebbe sembrare oziosa, nasce dal fatto che — secondo l'orientamento pacifico di dottrina e giurisprudenza — la piena prova cui si riferisce l'art. 2700 c.c. non si estende al contenuto intrinseco ed alla veridicità delle dichiarazioni delle parti (53). L'atto pubblico prova, quindi, qualcosa in più della «provenienza» delle dichiarazioni, e qualcosa in meno del «contenuto intrinseco» di esse. Ma cosa? La risposta più attendibile è quella che circoscrive tale efficacia di *piena prova alla «corrispondenza» tra quanto documentato dal pubblico ufficiale e quanto allo stesso dichiarato dalle parti* (54). Si tratta, beninteso, della corrispondenza tra «dichiarazione

(52) RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 832; FERRARA, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 13, 33 ss., 62 ss., 66 ss.; SCORDINO, *La società cooperativa*, Napoli, 1970, p. 263; SERPI, *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle assemblee*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 778 ss.; SERRA, *La verbalizzazione*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, 3*, Torino, 1994, p. 185 ss. La Relazione al codice civile (n. 973) afferma che la verbalizzazione notarile è stata disposta «per le deliberazioni riservate all'assemblea straordinaria, in considerazione dell'importanza che queste hanno per i soci e per i terzi». Nel senso che «la documentazione a mezzo del verbale appare disposta ai fini della certezza dell'attività dell'assemblea, in ispecie del contenuto normativo delle deliberazioni», v. Cass., 30 ottobre 1970, n. 2263, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, I, Milano, 1974, p. 477.

Non vi sono dubbi, in dottrina e giurisprudenza, sulla natura di atto pubblico, *ex art.* 2699 c.c., del verbale di assemblea: cfr. per tutti RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 849.

Sull'efficacia probatoria privilegiata del verbale notarile, cfr. Cass., 17 gennaio 2001, n. 560, in *Giur. it.*, 2001, p. 1179; App. Milano, 11 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1906; Trib. Udine, 17 maggio 1999, in *Società*, 1999, p. 1237; Trib. Roma, 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, p. 1442; Cass., 30 ottobre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2567; Trib. Torino, 3 giugno 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 242.

(53) Affermazione pacifica: cfr., tra gli altri, PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 45; TONDO, *Il documento notarile nel sistema delle prove*, in *Vita not.*, 1987, p. 482 ss.; BRUGI-DOSSETTO, *Atti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 1523 ss.

(54) Cfr., tra gli altri, TONDO, *Il documento notarile nel sistema delle prove*, cit., p. 489

delle parti» e «documento redatto dal pubblico ufficiale»: *l'atto pubblico fornisce piena prova del fatto che il pubblico ufficiale abbia trasposto fedelmente nel documento quanto dichiaratogli dalle parti* (il che consente di disconoscere la veridicità della documentazione pubblica solo mediante querela di falso) (55).

Nella *scrittura privata* non si pone, invece, un problema di *corrispondenza tra «dichiarazione» e «documentazione»*, in quanto queste ultime si compenetrano vicendevolmente, essendo entrambe imputabili al medesimo autore, il quale rende la dichiarazione all'atto stesso in cui forma la documentazione (che egli stesso sottoscrive). In altri termini, la scrittura privata è prova documentale di primo grado, mentre l'atto pubblico (che documenta la dichiarazione del notaio, la quale a sua volta attesta il contenuto delle dichiarazioni delle parti) è prova di secondo grado; il che spiega perché l'art. 2702 c.c. non affronti il profilo della «prova delle dichiarazioni delle parti», ricompreso invece nella previsione dell'art. 2700 c.c. (56). Prova *in re ipsa*, quindi, nel caso della scrittura privata, e che grazie all'autenticazione produce i suoi effetti anche nei confronti dei terzi (57). Se ne deve desumere che — nonostante la diversa formulazione degli artt. 2700 e 2702 c.c. — *atto pubblico e scrittura privata autenticata hanno identica efficacia probatoria per quanto concerne la corrispondenza tra documentazione e dichiarazioni delle parti*.

In definitiva, la differenza tra atto pubblico e scrittura privata autenticata, e la maggiore utilità del primo sotto il profilo dell'efficacia probatoria, si coglie essenzialmente nel *caso in cui sia necessario documentare*,

ss.; LENER, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, cit., p. 989 ss.; MONTESANO, *Forma essenziale e documento notarile del negozio nella sentenza civile su falso ideologico e nell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 879 ss.; ID., *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, cit., p. 105; GIAMPICCOLO, *Sulla rettifica dell'atto solenne viziato da falsità ideologica*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 214 ss.

(55) L'atto pubblico non ha invece valore di prova legale per quanto concerne la corrispondenza tra «volontà» e «dichiarazione» delle parti (il che rende sempre possibile, anche nell'atto pubblico, l'impugnazione del negozio ivi documentato per errore ostativo, che diviene però fortemente improbabile in presenza dell'indagine della volontà operata dal notaio). Ne consegue che, *sul piano della mera efficacia probatoria assicurata dall'art. 2700 c.c., non assume diretta rilevanza la circostanza che abbia avuto precedentemente luogo l'indagine della volontà delle parti ad opera del notaio*.

(56) V. le acute osservazioni di VOCINO, *Profilo dell'atto ricevuto da notaio*, in questa *Rivista*, 1968, p. 999 ss. Nello stesso senso, LENER, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, cit., p. 990; MONTESANO, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, cit., p. 106 (che giustamente ritiene «impossibile la divergenza tra dichiarazione e documentazione, cioè la falsità ideologica»); SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1965, p. 814.

(57) È pacifico che l'autenticazione ad opera del notaio conferisca efficacia probatoria *erga omnes* alla scrittura privata: SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, cit., p. 815.

oltre a dichiarazioni, *fatti*, e *constatazione di detti fatti ad opera del pubblico ufficiale* (come può essere il pagamento di somme dinanzi al pubblico ufficiale, o simili).

Diverso, rispetto alla scrittura privata in senso proprio, è il caso del *verbale* delle deliberazioni di organi collegiali, redatto per atto privato. Nel verbale, redatto da un soggetto diverso dal pubblico ufficiale, si ripresenta infatti la *dicotomia tra documento* (di cui è autore il segretario, o comunque il soggetto verbalizzante) e *dichiarazione* (trattasi della dichiarazione del presidente che «proclama» i risultati della votazione). Ciò spiega il fatto che il verbale, redatto per atto privato, non ha un'efficacia probatoria piena, riguardo alla corrispondenza tra dichiarazione e documento, che la legge attribuisce all'atto pubblico e che la «natura delle cose» assegna alla scrittura privata; il che giustifica l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, che nega al verbale formato per atto privato — che non sia sottoscritto da tutti gli intervenuti — la natura giuridica di scrittura privata, e la relativa efficacia probatoria (58).

Tornando al caso del verbale notarile, l'eventuale estrapolazione di una parte del suo contenuto dall'atto pubblico, e la sua riproduzione in un allegato in forma di «atto privato», non sarebbe altro che la verbalizzazione in forma privata di quel determinato contenuto, realizzando così una *documentazione avente addirittura rango inferiore rispetto alla scrittura privata*. Nessuna norma, infatti, attribuisce valore di piena prova allo scritto, allegato all'atto pubblico, che documenta la dichiarazione di un soggetto diverso dall'autore del verbale (59). Né sembra possibile attribuire a tale scritto natura di atto pubblico: non si spiegherebbe, allora, la tecnica documentale consistente nello «scorporare» tale scritto dal verbale in forma pubblica, per assoggettarlo a regole formali diverse. La tecnica di documentazione criticata comporterebbe, quindi, la possibilità di far valere

(58) GIANNINI, *In tema di verbalizzazioni*, in *Foro amm.*, 1960, I, p. 1104 (per il quale la verbalizzazione per atto privato non crea una prova legale, ma una semplice «certezza informativa intorno agli atti verbalizzati»); GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1001; Trib. Roma, 28 ottobre 1994, in *Impresa*, 1995, p. 954; Cass., 19 marzo 1996, n. 2297, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Comunione e condominio*, n. 162. Cfr. anche dottrina e giurisprudenza citate in RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 881, nota 153.

(59) LO riconosce RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 881 («escluso che gli allegati possiedano efficacia di piena prova se non sono state osservate le stesse formalità che vanno osservate per il verbale, il dilemma circa il loro valore corre — come per il verbale di assemblea ordinaria — tra il riconoscimento del valore di prova semplice e il diniego di ogni efficacia probatoria diretta»). Anche MARMOCCHI, *La discussa natura dello statuto allegato*, cit., p. 813, pur affermando l'attrazione dell'allegato alla disciplina dell'atto pubblico, riconosce correttamente che l'efficacia probatoria *ex art. 2700 c.c.* non si estende all'allegato medesimo.

con ogni mezzo di prova la divergenza tra documentato e deliberato, con piena violazione delle istanze di certezza che richiedono in taluni casi (vedi quello delle deliberazioni modificative dello statuto), una documentazione per atto di notaio. Nel caso, invece, di verbale formato per atto pubblico, quest'ultimo fa piena prova, fino a querela di falso, sia delle dichiarazioni dei soggetti presenti che delle constatazioni del notaio. Ecco perché la giurisprudenza ha, correttamente, richiesto — con riferimento alle deliberazioni societarie modificative dello statuto, che, «per il principio di “autosufficienza” del verbale, il contenuto novativo dell'atto costitutivo deve risultare dall'atto pubblico fidefacente non potendo essere desumibile da documenti allegati privi di tale crisma» (60).

6. *Atto pubblico e principi sulla relatio nei negozi solenni.*

Se la legge appronta minuziose garanzie per l'atto pubblico, sia sotto il profilo «dinamico» e procedimentale delle attività da svolgersi anteriormente alla documentazione (con precipuo rilievo all'indagine della volontà), o contestualmente alla stessa (vedi le norme strumentali relative a lettura, minorati fisici, lingua dell'atto), sia sotto il profilo «statico» delle caratteristiche del documento pubblico (modalità di scritturazione, menzioni), come può conciliarsi tale accentuato formalismo, nei negozi per i quali lo stesso sia richiesto *ad substantiam*, con la possibilità di rendere determinabili alcuni elementi della regolamentazione negoziale mediante rinvio a fonti esterne rispetto al documento pubblico? Si tratta del noto problema dei limiti di ammissibilità della *relatio* (intesa, per il momento, in senso formale, quindi con rinvio a «fatti di linguaggio») nei negozi solenni. Possono enuclearsi, in dottrina e giurisprudenza, diverse posizioni.

Un primo, più rigoroso orientamento esclude *in toto* il fenomeno della *relatio* nei negozi solenni (61), non tenendo tuttavia conto né di alcuni dati positivi in senso contrario (artt. 782, comma 1, 625, 628, 631, 632 c.c.),

(60) App. Roma, 18 maggio 1998, in *Società*, 1998, p. 1307.

(61) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, p. 280; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 208; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1998, p. 590 (ove l'affermazione che «le parti possono sempre rinviare alla legge, ad atti dell'autorità, a dichiarazioni contenute in atti ufficiali, e a dichiarazioni dotate di un livello di forma non inferiore a quello necessario per il negozio di cui si tratta. Viceversa, non potranno mai rinviare a dichiarazioni dotate di un livello di forma inferiore»); CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 164 ss.; CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 150; CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 30 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 446 ss.; ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 260, nota 1. In giurisprudenza, cfr. Trib. Savona, 11 marzo 1999, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratti bancari*, n. 72; Trib. Salerno,

né della differenza tra il formalismo negoziale ed il diverso fenomeno della cartolarità, la quale ultima soltanto può giustificare l'assoluta ed incondizionata esclusione della *relatio* negoziale (62).

Altri, con atteggiamento più liberale, ritengono invece ammissibile, praticamente senza limiti, la *relatio*, purché dal documento redatto con la richiesta solennità risulti inequivocabilmente, ed in modo specifico, il rinvio alla fonte esterna determinativa: la mera clausola di rinvio sarebbe quindi idonea, secondo questa visione, a soddisfare i requisiti di certezza che stanno alla base della previsione di forma solenne (63). Si è giustamente obiettato, a tale tesi, che essa si presta a svuotare totalmente l'atto formale del suo contenuto, e quindi ad eludere le esigenze garantistiche che sono alla base delle prescrizioni di forma (64); basti pensare alle (quasi inesistenti) garanzie che potrebbe offrire un atto pubblico contenente solo la formula di apertura (protocollo) e quella di chiusura (escatocollo), e che rinviasse per il resto, sia pure con un richiamo «specifico», ad un documento esterno, anche per ciò che riguarda la manifestazione della volontà negoziale. La tesi risulta, del resto, elaborata in commento a sentenze concernenti negozi per cui la legge richiede la «forma scritta», e quindi con precipuo riferimento al «formalismo di grado minore» rappresentato dalla scrittura privata: con la quale l'ordinamento intende realizzare esclusivamente l'esigenza di assicurare al negozio un *vestmentum* adeguato, al fine di fissare con certezza nello scritto la volontà delle parti. Profondamente diversa risulta la problematica della *relatio* riguardo all'atto pubblico, in cui oltre alla dimensione statica del documento (*res signata*) occorre considerare quella dinamica (*faciendum*) dell'attività procedimentale che il

8 marzo 1995, in *Nuovo dir.*, 1995, p. 911; Cass., 3 aprile 1993, n. 4032, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2383; Cass., 14 febbraio 1981, n. 908, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2495.

(62) FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 213.

(63) FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, cit., p. 211 ss.; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 41 (che ritiene sufficiente la manifestazione della «decisione» nel contesto del negozio formale); MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, in questa *Rivista*, 1971, p. 496 ss.; FRANCIANO, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia dei privati (a proposito della relatio nei negozi formali)*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2497; CECCHETTI, *Negozio giuridico, VII - Negozio per relationem*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 5; Cass., 27 novembre 1963, n. 3094, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 192.

(64) CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., p. 169 (che icasticamente evidenzia come, accettando la tesi più liberale, dovrebbe consequenzialmente ammettersi la validità di una dichiarazione del tipo «lascio le mie sostanze secondo quanto ho espresso oralmente a Tizio»). Anche FRANCIANO, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia dei privati (a proposito della relatio nei negozi formali)*, cit., c. 2501, evidenzia la necessità che il rinvio non eluda la funzione della forma, «tesa a controllare l'esplicazione dell'autonomia dei privati anche allo scopo di garantire la piena effettività del consenso prestato dalle parti».

notaio deve porre in essere (indagine della volontà, ecc.), con le connesse garanzie ed i conseguenti effetti che all'atto pubblico, come si è già visto, si riconnettono (prova privilegiata, fede pubblica) (65). In altre parole, la *relatio*, nel caso dell'atto pubblico, rischia di pregiudicare non tanto l'*evidenza documentale* della manifestazione di volontà, quanto piuttosto le *garanzie procedurali* assicurate dall'ordinamento tramite l'intervento qualificato del pubblico ufficiale. Si può, quindi, fondatamente dubitare che la richiamata dottrina avrebbe sostenuto la tesi qui criticata, se avesse dovuto occuparsi in concreto ed *ex professo* del «formalismo di grado maggiore» rappresentato dall'atto pubblico.

Un ulteriore orientamento circoscrive il fenomeno della *relatio* a profili «accessori» della regolamentazione negoziale, escludendolo invece per il «contenuto minimo essenziale» del negozio, a sua volta identificato con quello indispensabile affinché il negozio medesimo possa produrre i propri effetti tipici (66). Tesi, questa, il cui principale difetto è quello di non trovare una reale giustificazione nel diritto positivo, oltre che di non fornire un criterio sufficientemente preciso per la discriminazione del «contenuto minimo essenziale» rispetto a quello accessorio ed eventuale (67).

(65) La distinzione tra *faciendum* e *factum*, sotto il profilo che interessa della forma pubblica, è messa in luce specialmente da LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 21 ss., 55 ss. L'autore chiarisce, in particolare, come la forma dell'atto pubblico «non si esaurisce nell'approntamento di un documento scritto rappresentativo del "testo" contrattuale, ma vincola la stessa procedura necessaria per inserire il divisato regolamento nell'ordinamento complessivo della collettività» (p. 57). Precisa, poi (p. 63 ss.), che l'intervento del notaio concorre a porre in essere un «fatto di certazione», in quanto «preordinato a chiarire il valore negoziale, giuridicamente rilevante, della manifestazione ricevuta»; si spiega così il motivo per il quale — per il perfezionamento di particolari atti giuridici negoziali — il legislatore non abbia chiesto l'intervento di un qualsiasi pubblico ufficiale, ma proprio «l'intervento di un notaio, cioè di un soggetto capace di effettuare un'ispezione del testo della dichiarazione». Pertanto (p. 70), nell'ipotesi in cui la legge richiede l'atto pubblico e quindi l'intervento del notaio, «l'effetto conseguente a tale intervento — quello, cioè, di certificare la giuridicità dell'intento delle parti — è creato dall'intervento dell'operatore pubblico in sé e per sé considerato e non certo dal documento che viene confezionato». Utili riflessioni sul punto anche in IRTI, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 95 ss.

(66) NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 122 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 197; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 92 ss. (che ritiene esclusa la *relatio* in riferimento agli «elementi essenziali» del negozio solenne, e comunque ritiene trattarsi di un problema «di stretto diritto positivo»).

Sono per certi aspetti ascrivibili a questo orientamento le tesi che ritengono soddisfatto il requisito di forma nel caso in cui il contratto solenne documenti gli elementi essenziali dello stesso (mentre gli elementi c.d. accidentali potrebbero formare oggetto di *relatio*): v. tra gli altri BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 1984, p. 287; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 416; GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1005. Per una panoramica delle opinioni e degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, cfr. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 242 ss.

(67) Per tale critica, BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 733.

Vi è, infine, l'orientamento di chi, all'esito di un approfondito percorso argomentativo, ritiene non estrapolabile dal contenuto del documento pubblico gli elementi la cui «determinazione» nel contesto dell'atto formale è richiesta espressamente dalla legge ai fini della validità dell'atto; ammettendosi invece la *relatio* in relazione ad altri profili, di cui la legge non ritiene indispensabile la determinazione, accontentandosi della semplice «determinabilità» (ad esempio, i riferimenti oggettivi e soggettivi, esterni rispetto al programma negoziale: le previsioni degli artt. 782, comma 1, 625, 628, 631, 632 c.c. non sono, in effetti, che un'applicazione di tale principio generale) (68). Si evidenzia, poi, la differenza tra la *relatio* in senso proprio ed il fenomeno del rinvio ad altro documento proveniente dalle stesse parti del negozio: in quest'ultimo caso si è di fronte ad un diverso fenomeno, che è quello del negozio complesso (69).

La giurisprudenza maggioritaria, se analizzata nel concreto delle effettive motivazioni, e delle reali fattispecie poste all'attenzione dei giudici, appare allineata a quest'ultima tesi: dall'esame delle sentenze pronunciate in materia, si evince che le stesse riguardavano essenzialmente casi per i quali la legge richiede la semplice forma scritta, e non l'atto pubblico, in cui veniva in considerazione un problema di determinabilità dell'oggetto negoziale (sono, infatti, fattispecie attinenti alla forma degli atti relativi a beni immobili, della determinazione degli interessi ultralegali, del patto di prova nel contratto di lavoro, della clausola compromissoria): casi nei quali la *relatio* è stata quindi ammessa a condizione che la clausola di rinvio fosse sufficientemente specifica (70). Non risultano precedenti giurisprudenziali

(68) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 736 ss. (ove si distingue tra *relatio* relativa a dati fattuali, ammissibile, e *relatio* attinente invece alla «parte precettiva del discorso giuridico», inammissibile); BARALIS, *Il testamento per relationem*, in *Successioni e donazioni*, I, a cura di Rescigno, Padova 1994, p. 976 ss. (ove si ritiene legittimo solo il rinvio che non riguardi «elementi espressivi che svolgano un ruolo globalmente precettivo», e comunque escludendo che sia «possibile utilizzare per il rinvio elementi risultanti da una forma "minore" (meno garantista)»); GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966, p. 40 ss. (ove il chiarimento che la *relatio* deve rimanere estranea «al nucleo centrale del negozio», o alla sua «essenza normativa», poiché «alla *relatio* non può esser dato di esprimere totalmente il contenuto precettivo del negozio»); CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, pp. 310-311 (secondo il quale la *relatio*, relativa alla determinabilità dell'oggetto del negozio formale, non può incidere sul «contenuto normativo», o «contenuto precettivo» del negozio stesso); MAGLIULO, *Il riferimento a fonti determinative esterne al contratto (relatio) e la forma del contratto di mutuo*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, p. 350 ss. (che ritiene inammissibile la *relatio* «allorché questa riguardi l'individuazione della causa o la formazione dell'accordo delle parti»).

(69) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 726; NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., p. 127.

(70) Cass., 7 agosto 2002, n. 11891, in *Giur. it.*, 2003, p. 1018; Cass., 21 giugno 2002, n. 9080, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Interessi*, n. 13; Cass., 19 luglio 2000, n. 9465, in *Foro it.*, 2001, I, c. 155; Trib. Bari, 29 maggio 2000, in *Arch. civ.*, 2001, p. 899; Trib. Perugia, 16

riferiti a casi di *relatio* riguardante la stessa «sostanza precettiva» del negozio, o relativi a fattispecie nelle quali la legge richiede la forma dell'atto pubblico *ad substantiam*. Salva forse la giurisprudenza relativa ad atto costitutivo e statuto di società di capitali, anteriore alla riforma societaria, che non aveva peraltro dato luogo ad orientamenti uniformi (71).

La valutazione dei diversi orientamenti porta ad aderire all'ultima impostazione riferita, che esclude l'ammissibilità della *relatio*, nell'atto pubblico notarile, sia con riferimento agli elementi che la legge espressamente richiede siano indicati nell'atto a pena di nullità (cfr. l'art. 51, in rapporto all'art. 58, L. Not.), sia più in generale con riguardo al «contenuto precettivo» del negozio, e quindi essenzialmente delle regole in cui si esprime la volontà dispositiva delle parti, ivi compresa la causa del negozio solenne. Del resto, se la funzione essenziale dell'atto pubblico si coglie nel documentare in forma solenne la volontà delle parti, che il notaio è tenuto ad indagare, appare evidente che non potrebbe ammettersi *relatio* con riferimento a tale volontà, a pena di snaturare la funzione suddetta e ridurre l'atto pubblico ad un vuoto simulacro. Deve invece ritenersi ammessa la *relatio* relativamente all'oggetto negoziale, del quale la legge ammette la semplice determinabilità (art. 1346 c.c.), e che evidentemente per tale motivo può non risultare dal contesto del negozio formale.

7. Atto pubblico ed allegati.

Al fenomeno della *relatio* in senso proprio è assimilabile, secondo l'orientamento preferibile, quello dell'allegazione di ulteriori documenti al

agosto 2000, in *Rass. giur. umbra*, 2000, p. 668; Cass., 8 gennaio 1999, n. 102, in *Arch. civ.*, 1999, p. 445; Cass., 11 agosto 1998, n. 7871, in *Giur. it.*, 1999, p. 996; Cass., 23 giugno 1998, n. 6247, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 508; Trib. Trani, 27 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2566; Trib. Milano, 30 giugno 1997, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 680; Cass., 29 novembre 1996, n. 10657, in *Corr. giur.*, 1997, p. 427; Cass., 10 novembre 1997, n. 11042, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Interessi*, n. 15; Cass., 18 maggio 1996, n. 4605, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1100; Cass., 25 giugno 1994, n. 6113, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Interessi*, n. 6; Cass., 23 novembre 1993, n. 11566, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 30; Cass., 7 marzo 1992, n. 2765, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, p. 390; Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Arbitrato*, n. 87; Cass., 25 agosto 1992, n. 9839, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2172; Cass., 22 maggio 1990, n. 4617, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Interessi*, n. 19; Cass., 12 novembre 1987, n. 8335, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Interessi*, n. 6; Cass., 14 febbraio 1981, n. 908, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2497.

(71) Cfr. per una panoramica della giurisprudenza *ante* riforma sulla natura e disciplina dello statuto societario, e quindi sulla *relatio* ad esso relativamente agli elementi propri dell'atto costitutivo, PETRELLI, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 451 ss.

documento principale (72). L'affermazione, condivisibile in linea di principio, vale a maggior ragione nel caso in cui il documento allegato abbia «rango formale» inferiore rispetto al documento principale, ponendosi allora tutti i problemi di natura «garantistica» già evidenziati.

Quanto della disciplina, come sopra enucleata in relazione all'atto pubblico, si applica agli allegati del medesimo?

Per rispondere a questa domanda, occorre considerare che l'allegato, in quanto documento preesistente all'allegazione, perfezionatosi quindi prima di tale momento, ha una propria *autonomia giuridica* rispetto all'atto pubblico cui è unito, e come qualsiasi documento si qualifica come pubblico o privato a seconda della qualità del suo autore (73); tale qualifica poi mantiene anche a seguito dell'allegazione, come espressamente risulta dalla legge notarile (cfr. l'art. 51, n. 12, L. Not., a proposito delle sottoscrizioni marginali degli allegati, che distingue tra documenti privati e documenti pubblici).

Il fatto che l'allegato non sia atto pubblico, ai fini della disciplina della documentazione notarile, implica innanzitutto che non si applichino ad esso le norme in tema di indagine della volontà; ciò è dimostrato, tra l'altro, anche dalla disposizione dell'art. 51, n. 8, della legge notarile, che ammette la dispensa, ad opera delle parti, dall'obbligo di lettura degli allegati: è evidente che, essendo quella della lettura una disposizione strumentale all'accertamento della corrispondenza tra contenuto del documento e

(72) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 742 ss.; MAGLIULO, *Il riferimento a fonti determinative esterne al contratto (relatio) e la forma del contratto di mutuo*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, cit., p. 350 (limitatamente al caso in cui «l'allegato, ancorché proveniente direttamente dalle parti, non sia rivestito della forma richiesta dalla legge per l'atto di cui trattasi»).

Contra, MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 491 ss. (il quale da un lato ritiene possibile che la regola contrattuale sia contenuta prevalentemente nell'allegato, dall'altro (p. 493) sottolinea come non possa parlarsi di serietà della dichiarazione nel «caso limite di un atto pubblico che contiene solamente l'identificazione delle parti contraenti e l'espressione della loro volontà diretta all'assunzione del vincolo, mentre il complesso regolamento negoziale è allegato all'atto vero e proprio»); ID., *La discussa natura dello statuto allegato*, cit., p. 812 (il quale ritiene che l'allegato sia documento senza paternità — non essendone richiesta dalla legge notarile la sottoscrizione finale — e partecipi quindi «della natura e della paternità» del documento cui accede, salvo che per l'efficacia probatoria; con la conseguenza che quando la legge parla di atto pubblico si riferirebbe all'insieme costituito da atto ed allegato). Adesivamente, ALESSANDRINI CALISTI, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, cit., p. 425. Il difetto di questa tesi è quello di attrarre al concetto ed alla disciplina dell'atto pubblico anche documenti, quali sono gli allegati predisposti in precedenza dalle parti o da terzi, che con tutta evidenza sono sottratti alle norme garantistiche «sostanziali» proprie degli atti pubblici (indagine della volontà, conseguente e successiva redazione ad opera del notaio, modalità di scritturazione, ecc.).

(73) CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 89.

volontà delle parti (74), la sua inapplicabilità dimostra proprio che l'indagine della volontà sugli allegati è solo eventuale.

L'inapplicabilità agli allegati delle disposizioni di forma relative all'atto pubblico è del resto comunemente ammessa dalla dottrina, la quale esclude, correttamente, la riferibilità ai suddetti allegati delle norme sulla redazione a cura del notaio, sulla scritturazione e postille, delle norme di garanzia sulla lingua dell'atto; di quelle che richiedono la sottoscrizione finale (75). Trova, invece, applicazione la disciplina relativa al controllo di legalità, *ex art. 28, n. 1, L. Not.*, che si estende anche agli allegati (76).

Quale il rapporto degli allegati di formazione privata rispetto alla scrittura privata autenticata? Si ritiene, comunemente, che *l'allegato, per il solo fatto di essere unito all'atto pubblico* (e come tale munito delle sottoscrizioni, sia pur marginali, del notaio e delle parti) *acquisisca natura di scrittura privata autenticata* (77). Altri ha contestato questa equiparazione, facendo leva su quell'orientamento che postula — ai fini della configurabilità di una scrittura privata — il requisito della sottoscrizione finale (78). Occorre tuttavia, sotto il profilo formale, evidenziare il fatto che la regola della necessità di sottoscrizione finale è stata elaborata in giurisprudenza con finalità innanzitutto garantistiche (evitare che si possa intervenire sul documento successivamente alla sua formazione), che non ricorrono rispetto all'allegato all'atto pubblico, date le garanzie ancor maggiori assicurate dall'intervento del notaio. D'altro lato, la giurisprudenza si è basata sul presupposto che la sottoscrizione finale presupporrebbe la volontà di appropriarsi del contenuto della scrittura, giustificandone quindi l'imputazione al sottoscrittore; tant'è vero che la stessa giurisprudenza ammette comunque la validità della sottoscrizione margi-

(74) CASU, *Funzione di ricevimento. Formalità richieste dalla legge notarile*, in *Il documento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2003, p. 130 ss.; CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano-Roma, 1996, p. 229 ss.; BOERO, *La legge notarile commentata*, I, cit., p. 313 ss.; MORELLO-FERRARI-SORGATO, *L'atto notarile*, cit., p. 471 ss.; SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, Roma, 1994, p. 133.

(75) Cfr. CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 211 ss.; CASU, *Allegati (all'atto notarile)*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, V, Roma, 2002, p. 22 ss.; FALZONE-ALIBRANDI, *Allegati all'atto notarile*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, Roma, 1973, p. 80 ss.

(76) L'estensione del controllo di legalità agli allegati dell'atto pubblico è pacifica: cfr. per tutti BOERO, *Deposito di atti e documenti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 217; FALZONE-ALIBRANDI, *Deposito di atti e documenti presso il notaio*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, II, Roma, 1974, p. 75; FALZONE-ALIBRANDI, *Plico chiuso*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, III, Roma, 1977, p. 303 ss.; CALÒ, *Deposito di software presso un notaio*, in *Studi e Materiali*, I, Milano, 1986, p. 416 ss.

(77) RESCIO, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., pp. 788-789.

(78) MARMOCCHI, *La discussa natura dello statuto allegato*, in questa *Rivista*, 2004, pp. 812-813.

nale, ai fini dell'imputazione della scrittura privata, ogni qualvolta non sia dubbio l'intento di assumere la paternità del documento (79). Orbene, nel caso dell'allegato all'atto pubblico nessun dubbio può sorgere, evidentemente, sull'imputazione dello stesso alle parti: il notaio deve evidentemente fornire alle parti almeno quel minimo di informazione relativamente alla natura dell'allegato, che possa consentire alle parti medesime di dispensarlo dalla relativa lettura (senza considerare che l'allegato deve essere richiamato nel contesto dell'atto pubblico: art. 51, n. 7, L. Not.). Tutto ciò depone, incontrovertibilmente, per la *natura di scrittura privata dell'allegato sottoscritto anche solo marginalmente dalle parti*. Che poi si tratti di scrittura privata autenticata, discende dalla circostanza che le relative sottoscrizioni sono apposte in presenza del notaio, nel contesto di un atto formale come è quello pubblico.

Per certi aspetti, gli allegati hanno peraltro una disciplina più rigorosa rispetto a quella propria delle scritture private autenticate. L'art. 51, comma 8, L. Not., dispone infatti che non se ne possa omettere la lettura quando le parti non sanno leggere e scrivere; anche nella generalità degli atti pubblici, del resto, la lettura degli allegati è la regola, salva espressa dispensa ad opera delle parti. Ma si è già visto che quella relativa alla lettura è una prescrizione strumentale all'esecuzione dell'indagine della volontà delle parti: ora, se di indagine della volontà in senso proprio non può parlarsi in relazione ad un documento già confezionato, non sembra dubbio che anche in tale ipotesi debba essere svolta, ad opera del notaio, la necessaria attività di informazione, al fine di chiarire alle parti il significato complessivo e le conseguenze dell'atto nel suo complesso, comprensivo degli allegati. In conclusione, sembra doversi affermare che *gli obblighi di informazione e chiarimento, e il correlativo obbligo di lettura, sussistono anche per gli allegati all'atto pubblico; e che le parti, capaci di leggere e scrivere, possono unicamente rinunciare alla tutela rappresentata dalla integrale lettura dei medesimi allegati.*

La disciplina degli allegati, come sopra individuata, sembrerebbe presupporre una loro collocazione «esterna» rispetto al nucleo del regola-

(79) Sulla necessità che la sottoscrizione sia posta alla fine del documento (anche se talvolta si ammette che da particolari circostanze possa comunque desumersi la volontà del sottoscrittore di assumere la paternità del documento, ritenendo quindi valide anche sottoscrizioni apposte a margine e non in calce), PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 65; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 4; SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, cit., p. 812; CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, cit., p. 83. In senso parzialmente contrario, cfr. però DE RADA, *Sulla regolarità della sottoscrizione di scrittura privata*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 192; Cass., 12 luglio 1991, n. 7764, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Prova documentale*, n. 15.

mento negoziale, e consentire quindi una «documentazione per allegato» esclusivamente riferita ad elementi accessori, presupposti dell'atto come la legittimazione (caso paradigmatico è quello della procura), o punti di riferimento esterni per i quali la legge ritiene sufficiente la determinabilità (l'oggetto del negozio). Non sembra dubbio, peraltro, che gli allegati possano essere costituiti da documenti incorporanti negozi autonomi, eventualmente stipulati tra le stesse parti dell'atto notarile (nulla, evidentemente, impedisce di allegare un vero e proprio contratto all'atto da stipularsi).

Quid in relazione all'allegato che contenga addirittura una parte della regolamentazione negoziale tra le parti, alla cui documentazione è destinato l'atto pubblico? Se non vi sono problemi nel caso in cui la forma dell'atto pubblico sia adottata volontariamente dalle parti (perché la legge ritiene sufficiente la scrittura privata: vedi il caso della compravendita immobiliare), la disciplina, meno garantistica, degli allegati non può evidentemente ritenersi compatibile con la ricomprensione negli stessi del «nucleo precettivo» del regolamento negoziale, nel caso in cui quest'ultimo debba essere espresso in forma solenne *ad substantiam*, con le garanzie quindi previste per l'atto pubblico in senso stretto (punto, questo, già dimostrato a proposito del fenomeno della *relatio* nei negozi solenni). Soprattutto, *il fatto che l'allegato possa essere predisposto anche dalle parti dell'atto o da terzi, anteriormente al ricevimento dell'atto pubblico — e che quindi lo stesso non sia formato dal notaio all'esito dell'indagine della volontà delle parti, né documentato con le garanzie richieste dagli artt. 51 ss. L. Not. — differenzia profondamente tale documento dall'atto pubblico vero e proprio.*

Appare allora evidente come non possa accedersi alla ricostruzione che da un lato vede nell'allegato all'atto pubblico una parte integrante di quest'ultimo, non riducibile alla disciplina della scrittura privata ma piuttosto equiparabile all'atto pubblico medesimo, e dall'altro lo sottrae all'applicazione delle relative norme di garanzia (80). La verità è che l'allegato non partecipa della natura dell'atto pubblico cui accede, se non la possiede autonomamente; e che, quindi, *non può essere trasposta in allegato la*

(80) MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 491 ss., il quale da un lato afferma che l'allegato costituisce parte integrante dell'atto pubblico, d'altro lato circoscrive gli effetti di questa affermazione all'esecuzione del controllo di liceità, mentre testualmente afferma che negli allegati «il dovere di chiarimento poi manca senza eccezioni, poiché l'opera del notaio si riduce ad un esame formale ed alla valutazione della mancanza di cause di illiceità, sotto il profilo sostanziale».

parte precettiva del regolamento negoziale, quando la legge prescrive per esso la forma pubblica.

8. *Atto pubblico e condizioni generali di contratto.*

La giurisprudenza e la dottrina ritengono, unanimemente, che il fenomeno delle condizioni generali di contratto (artt. 1341, 1342 c.c.) sia compatibile con la disciplina dell'atto pubblico (81). La giurisprudenza, in particolare, ritiene che l'indagine della volontà — che il notaio è tenuto ad effettuare, con le conseguenti attività di chiarimento e lettura dell'atto pubblico — dispenserebbe addirittura dall'approvazione specifica delle clausole onerose, ex art. 1341, comma 2, c.c., sia perché il contratto non potrebbe ritenersi «predisposto» dal contraente forte, sia in funzione della consapevolezza, acquisita dal contraente debole a seguito dell'intervento notarile, e quindi proprio delle attività di chiarimento e informazione che costituiscono il nucleo dell'indagine della volontà, imposta dall'art. 47 L. Not. (82).

Queste affermazioni richiedono però di essere adeguatamente approfondite. I punti nodali, che sono venuti alla luce nel corso del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, attengono in realtà ad aspetti diversi: la questione della paternità della «predisposizione» delle clausole vessatorie; la rilevanza dell'intervento notarile ai fini della «conoscibilità» di tali clausole, e della «consapevolezza» del loro carattere vessatorio; la possibilità di disapplicare la prescrizione formale dettata dall'art. 1341, comma 2, c.c., in considerazione delle diverse e, per certi aspetti, più incisive forma-

(81) In dottrina, cfr. per tutti CERESOLA, *Clausole vessatorie e atto pubblico*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, p. 602; SERRA, *Atto pubblico e tutela del contraente. L'applicabilità dell'art. 1341, comma 2, c.c. ai contratti notarili*, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 303; BRUNO, *Le deroghe agli artt. 1955, 1956, 1957 c.c. in un contratto di fideiussione stipulato per atto pubblico*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2043; SCARLATELLI, *I rapporti tra contrattazione standardizzata e atto pubblico alla luce del «nuovo» diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 411; CESARO, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole onerose*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 447; TATARANO, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 1189; BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in questa *Rivista*, 1978, p. 693; MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 463; MARMOCCHI, *Approvazione specifica e sottoscrizione generica*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 861; SALANITRO, *Atto pubblico e controllo giudiziario delle condizioni generali di contratto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1986, II, p. 503.

(82) Orientamento sostanzialmente pacifico. Cfr., tra le più recenti, Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 367; Cass., 21 gennaio 2000, n. 675, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1153; Cass., 23 aprile 1998, n. 4188, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 325. In dottrina, cfr. tra gli altri BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, Milano, 1984, p. 360 ss.

lità previste dalla legge notarile. Ciascuna di dette questioni deve essere separatamente analizzata, differenziando le soluzioni a seconda che le clausole siano contenute in un atto pubblico, in un allegato al medesimo o in una scrittura privata autenticata.

Per quanto concerne l'aspetto della *predisposizione unilaterale* delle clausole, non vi è dubbio che, nell'atto pubblico, il notaio debba dirigere la compilazione integrale del medesimo ai sensi dell'art. 47 L. Not.; ciò però non fa venir meno il carattere di predisposizione unilaterale sul piano «sostanziale» del regolamento negoziale, se le clausole sono riproposte nel testo dell'atto pubblico nell'identico tenore proposto dal contraente predisponente, senza cioè che sul contenuto di tale testo sia stato possibile intervenire per la controparte, e quindi che si siano instaurate quelle trattative individuali che sole potrebbero comportare la disapplicazione della disciplina dei contratti per adesione (83). Né su tale realtà può in alcun modo incidere la lettura dell'atto pubblico e la successiva approvazione ad opera dei contraenti, posto che essa lettura riguarda una fase successiva a quella di formazione del contratto, e non comporta alcun nuovo apporto in termini di negoziazione delle clausole contrattuali rigidamente preconfezionate (84). A maggior ragione il requisito della predisposizione unilaterale ricorre, ovviamente, riguardo alle condizioni generali che siano allegate all'atto pubblico, o contenute in una scrittura privata.

L'aspetto della *conoscibilità delle condizioni generali*, di cui si occupa l'art. 1341, comma 1, c.c., è invece certamente influenzato dalla disciplina

(83) Correttamente, in tal senso, SERRA, *Atto pubblico e tutela del contraente. L'applicabilità dell'art. 1341, comma 2, c.c. ai contratti notarili*, cit., p. 305 ss.; BRUNO, *Le deroghe agli artt. 1955, 1956, 1957 c.c. in un contratto di fideiussione stipulato per atto pubblico*, cit., p. 2043 ss.; MONTICELLI, *Atto pubblico e clausole vessatorie*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 557 ss. (ove il rilievo che «il notaio nell'esperire l'indagine della volontà delle parti non potrà far altro che prendere atto di una volontà preesistente e rigidamente preformulata da parte del predisponente e, nel contempo, della volontà dell'altro contraente di aderire al programma impostogli»); PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, I, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, pp. 302-303; BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 752 (che esattamente evidenzia come il ricorso all'atto pubblico «non modifica il fenomeno che è alla base della contrattazione uniforme e cioè il "prendere o lasciare"»); MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 480 («il termine "predisposizione", prima ancora di riferirsi al testo del contratto, riguarda la regola o assetto d'interessi che il suo autore sottopone all'atto di adesione (proposta o accettazione) dell'altra parte»); MISEROCCHI, *È applicabile ai contratti stipulati per atto pubblico l'art. 1341 c.c.?*, in *Rolandino*, 1966, p. 95 ss.

(84) TATARANO, *Clausole vessatorie e atto notarile*, cit., p. 1198 (che evidenzia come con l'ossequio alla formalità della lettura le parti «null'altro fanno [...] che confermare l'una la propria volontà già compiutamente predisposta, l'altra la mera volontà di aderire al regolamento unilateralmente preformato»); BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 752; MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 371 ss.

propria dell'atto pubblico: il dovere di indagine della volontà, ad opera del notaio, fa sì che l'intero contenuto del contratto, comprensivo quindi delle condizioni generali, debba essere illustrato alle parti, e se ne deve quindi presumere non già la conoscibilità, ma addirittura la conoscenza effettiva. Di conoscibilità si può invece parlare in relazione alle condizioni generali contenute nell'allegato dell'atto pubblico, quando sia stata fatta dispensa dalla relativa lettura; ed alle condizioni generali contenute nella scrittura privata, ancorché autenticata, non sussistendo in tal caso un obbligo di integrale lettura, né un dovere inderogabile di indagine della volontà (il che non toglie che tale indagine possa essere, in concreto, effettuata, anche in adempimento di doveri professionali e deontologici). In tutti i casi, comunque, la mera conoscibilità delle condizioni generali è sufficiente ai fini previsti dal comma 1 dell'art. 1341 c.c.; nessuno dubita poi che alle condizioni generali contenute in un allegato non letto, o in una scrittura privata autenticata, si applichi la regola posta dal comma 2 dell'art. 1341 (85).

Diverso ancora è il profilo della *consapevolezza del carattere vessatorio delle clausole*; proprio il difetto di tale consapevolezza, secondo la *communis opinio*, costituisce il fondamento della loro inefficacia nei confronti del contraente non predisponente. Non vi è dubbio che tale consapevolezza sia garantita dall'indagine della volontà operata dal notaio, quando le clausole onerose siano inserite in un atto pubblico. Non altrettanto garantita appare, invece, per le clausole contenute in un allegato dalla cui lettura le parti abbiano dispensato il notaio, e neanche per quelle contenute in scritture private autenticate.

La mera consapevolezza, però, della vessatorietà non sembra incidere sul peculiare regime formale imposto dall'art. 1341, comma 2, c.c.: qui si è in presenza di una *disposizione di forma*, che come tale non può subire disapplicazioni o «riduzioni teleologiche» in considerazione di valutazioni finalistiche (86). In altri termini, il legislatore può aver ecceduto nel

(85) BRUNO, *Le deroghe agli artt. 1955, 1956, 1957 c.c. in un contratto di fideiussione stipulato per atto pubblico*, cit., p. 2044.

(86) MONTICELLI, *Atto pubblico e clausole vessatorie*, cit., p. 559; TATARANO, *Clausole vessatorie e atto notarile*, cit., p. 1198; BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 753, e nota 165; Cass., 29 settembre 1984, n. 4832, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 123 (ove si trova riportato il giusto rilievo che «di fronte ad una norma che impone un adempimento formale non è possibile operarne l'esclusione facendo richiamo alla *ratio* che l'ha ispirata. Con questo stesso ragionamento, invero, potrebbe escludersi l'esigenza formale dell'atto pubblico per la donazione (art. 769 c.c.), dimostrando nei singoli casi concreti che il donante aveva valutato e maturato dopo ampia ponderazione l'atto di liberalità posto in essere»).

Altro e diverso discorso è quello relativo alle modalità della specifica approvazione nell'atto pubblico: la dottrina ritiene che — stante la rigidità delle prescrizioni formali della

prevedere in via generalizzata l'approvazione specifica delle clausole onerose, ma non avendo effettuato distinzione tra atti pubblici e scritture private, non può a tale mancanza sopperire l'interprete.

In definitiva, sia per la presenza del requisito della predisposizione unilaterale (nonostante il disposto dell'art. 47 L. Not.), sia in considerazione della specialità della disposizione di forma contenuta nell'art. 1341, comma 2, c.c., *l'approvazione specifica delle clausole onerose si impone anche nell'atto pubblico notarile.*

Ciò che, comunque, preme più rilevare in questa sede è la *compatibilità*, affermata da dottrina e giurisprudenza, *del fenomeno delle condizioni generali di contratto* (quindi della «predisposizione» ad opera di una delle parti) *con la disciplina dell'atto pubblico notarile* (che, invece, presuppone la «predisposizione» del documento pubblico, in senso sostanziale e non meramente formale, ad opera del notaio). La dottrina più attenta si è interrogata sulle ragioni e sui limiti di tale compatibilità, ed ha concluso nel senso che il fenomeno della «predisposizione unilaterale» risulti eccezionalmente legittimato, negli atti pubblici, limitatamente ai contratti per adesione, in virtù della speciale disposizione dell'art. 1341 c.c. — prevalente rispetto alle disposizioni della legge notarile, ai sensi dell'art. 60 di quest'ultima — mentre sarebbe inammissibile nella contrattazione «individuale» (87). Sorge però qualche perplessità, in ragione del fatto che l'art. 1341 c.c. è disposizione di carattere generale, non specificamente dettata per gli atti pubblici, e per ciò forse inidonea, di per sé sola, a derogare alla disciplina imperativa di carattere pubblicistico contenuta nella legge notarile. La soluzione sembra essere, piuttosto, un'altra: *la disciplina dell'indagine della volontà non presuppone necessariamente che la volontà delle parti sia manifestata al notaio oralmente*, ed è quindi *compatibile con la pregressa formulazione, ad opera delle parti o di una di esse, di una bozza contrattuale*. Il notaio dovrà, una volta ottenuta tale bozza, indagare la volontà di tutte le parti, verificandone la coincidenza rispetto al testo predisposto: se tale coincidenza ricorre, e si forma quindi il consenso delle parti sulle condizioni generali, l'atto può essere ricevuto (sempreché, ovviamente, il contenuto delle condizioni suddette sia conforme a legge), ed il notaio formerà allora un documento pubblico che recepirà, *in toto*, il

legge notarile — essa possa concretarsi in una dichiarazione *ad hoc* resa nel corpo dell'atto pubblico, senza necessità di doppia sottoscrizione: TATARANO, *Clausole vessatorie e atto notarile*, cit., p. 1199 ss.; MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 401; ID., *Approvazione specifica e sottoscrizione generica*, cit., c. 861 ss.

(87) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 720 ss., 751, e nota 159.

contenuto della bozza consegnatagli, senza che in ciò possa ravvisarsi deroga o violazione dell'art. 47 L. Not.

L'utilità dell'intervento notarile — con integrale applicazione della disciplina dell'atto pubblico — è evidente anche nella fattispecie come sopra delineata. *L'indagine della volontà delle parti* (con le connesse disposizioni strumentali, tra cui l'obbligo di lettura dell'atto alle parti e le norme a tutela dei minorati fisici) *gioca un ruolo importante anche in presenza di condizioni generali di contratto*, poiché *i chiarimenti resi dal notaio potranno indurre il contraente debole, in modo maggiormente ponderato e consapevole, a decidere se «prendere o lasciare», pur non potendo sortire l'effetto di modificare il regolamento contrattuale*; e quindi influiranno, comunque, sulle scelte operate da detto contraente. Quanto al profilo della *documentazione*, a parte le *garanzie* proprie della scritturazione dell'atto con le modalità previste dalla legge notarile e dalle norme in tema di documentazione amministrativa (art. 53 L. Not.; art. 7 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), vi è l'importante garanzia della predisposizione del testo definitivo del documento da parte di un soggetto terzo ed imparziale come il notaio. Il che consente quindi, come negli altri atti pubblici, lo svolgimento della funzione antiprocessuale del notaio.

9. *La costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione.*

Come si concilia con la regolamentazione dell'indagine della volontà la disciplina della costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione? In essa, i promotori predispongono un programma, che indica, tra l'altro, «l'oggetto e il capitale, le principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto» (art. 2333, comma 1, c.c.); le successive sottoscrizioni delle azioni possono risultare anche soltanto da scrittura privata autenticata (art. 2333, comma 3, c.c.); l'assemblea dei sottoscrittori «delibera sul contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto» (art. 2335, comma 1, n. 2, c.c.), a maggioranza, salvo che quando occorre modificare le condizioni stabilite nel programma, laddove è necessario il consenso di tutti i soci (art. 2335, ult. comma, c.c.). Quindi «gli intervenuti all'assemblea, in rappresentanza anche dei sottoscrittori assenti, stipulano l'atto costitutivo» (art. 2336 c.c.). Da tali disposizioni si è ritenuto di trarre argomento per sostenere, in via generale, che non sarebbe essenziale — nell'atto pubblico costitutivo della società di capitali — l'indagine della volontà da parte del notaio, posto che nel particolare procedimento sopra delineato i sottoscrittori che compaiono dinanzi al notaio stesso per la stipula dell'atto costitutivo non fanno

altro che «riprodurre in forma pubblica» una volontà già manifestata precedentemente, in forma non pubblica, che non può essere modificata (88) (tale impossibilità di modifica renderebbe superflua, sembra di capire, l'indagine della volontà da parte del notaio).

Anche questo argomento si rivela, a ben vedere, inconferente. Innanzitutto si pretende di ricavare un principio generale da una fattispecie del tutto particolare (la stipulazione a maggioranza dell'atto costitutivo, nel procedimento costitutivo per pubblica sottoscrizione), in violazione di un risalente insegnamento, che ammonisce a non utilizzare situazioni «anormali» al fine di delineare il «normale» atteggiarsi degli effetti giuridici (89). La non modificabilità delle condizioni contrattuali sembra, infatti, costituire una deroga eccezionale al normale «dover essere» del procedimento di documentazione notarile nel solo caso della stipulazione a maggioranza; del resto, non sembra dubbio che, allorché si realizzi la fattispecie prevista dall'art. 2335, ult. comma, c.c., e quindi si dia luogo ad una modifica del programma, la volontà dei soci ritorna ad atteggiarsi secondo la sua normale configurazione.

Si consideri, poi, che il programma deve contenere soltanto «le principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto»: il che, nella fattispecie legale, appare perfettamente compatibile con una «discrezionalità» dell'assemblea dei sottoscrittori, e di questi ultimi individualmente in sede di stipula dell'atto costitutivo, al fine di una più compiuta regolamentazione negoziale (90).

(88) RESCIO, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 806 ss. Sulle medesime basi GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, cit., p. 595, nota 37, ritiene il notaio esonerato dagli obblighi di informazione, chiarimento ed indagine della volontà nel «caso di costituzione di una società appartenente ad un gruppo, la quale adotta uno statuto conforme a quello normalmente usato dalle società del gruppo», presupponendo evidentemente che la sostanziale immutabilità «di fatto» dello statuto implichi l'inutilità dell'indagine della volontà; per la confutazione di tale argomento, v. quanto specificato nel testo a proposito della costituzione successiva della s.p.a.

(89) Cfr. BIGIAMI, «Normalità» e «anormalità» nella costruzione giuridica, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 519.

(90) Si è rilevato — in conformità al disposto dell'art. 2333, comma 1, c.c. — che non è necessario che il programma predetermini l'intero contenuto dello statuto, che potrà essere individuato successivamente dall'assemblea dei sottoscrittori: PAVONE LA ROSA-NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, cit., p. 326, nota 8 (ed ivi citazioni di dottrina in senso conforme).

Anche per quanto specificamente riguarda l'indicazione nel programma del capitale sociale, si ritiene che il programma stesso possa limitarsi ad indicare detto capitale tra un minimo ed un massimo; e che possa anche dar conto che una parte dello stesso è già stata inizialmente sottoscritta (essendo limitata la sottoscrizione pubblica alla parte residua): FRÉ-SBISA, *Della società per azioni*, I, cit., p. 120.

Ovviamente il programma potrà, facoltativamente, indicare l'integrale contenuto di atto costitutivo e statuto (salvo che per l'indicazione di amministratori e sindaci, che a norma dell'art. 2335 c.c. devono essere nominati in sede assembleare); nel qual caso non potrà

Ma soprattutto, anche con riguardo alla fattispecie in cui il programma contenga integralmente atto costitutivo e statuto e non vi sia l'unanimità nell'assemblea dei sottoscrittori, l'esistenza di «condizioni predeterminate», dalle quali i soci non possono discostarsi, non impedisce di configurare un *normale atto pubblico*, con applicazione integrale della disciplina ad esso dedicata. Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno non diverso da quello delle condizioni generali di contratto: una analoga *scelta di «prendere o lasciare»* può prospettarsi, nella fattispecie della approvazione del programma da parte della maggioranza dei sottoscrittori, senza che con ciò venga pregiudicata l'essenza dell'atto pubblico notarile (91). D'altra parte, deve ritenersi che eventuali vizi della volontà e stati soggettivi dei sottoscrittori che non abbiano partecipato all'assemblea e quindi alla stipula dell'atto costitutivo non rilevino ai fini della validità delle relative partecipazioni, posto che si è in presenza di una fattispecie di rappresentanza legale (art. 2336 c.c.), e che l'unica volontà rilevante per la validità dell'atto è quella dei rappresentanti (arg. ex artt. 1390 e 1391 c.c. (92)), che viene, come detto, debitamente indagata dal notaio. Del resto, la tesi criticata porterebbe alla singolare conclusione dell'inapplicabilità dell'art. 47, ult. comma, della legge notarile a tutti gli atti costitutivi e statuti di società di capitali e cooperative: risultato, questo, la cui palese assurdità, dopo quanto abbondantemente illustrato nei precedenti paragrafi, induce a non dedicare alla questione ulteriore attenzione.

modificarsi sostanzialmente alcuna delle clausole ivi contenute se non con il consenso unanime dei sottoscrittori: FRÉ-SBISÀ, *Della società per azioni*, I, cit., p. 123 ss.

(91) Non si può trarre argomento dalla configurazione, nell'art. 2335 c.c., di una vera e propria «assemblea» dei sottoscrittori per escludere — in parallelo con quanto normalmente ritenuto in relazione all'attività di verbalizzazione delle assemblee societarie — l'indagine della volontà delle parti ad opera del notaio. Invero, l'art. 2336 c.c. dispone che gli intervenuti all'assemblea, anche in rappresentanza dei sottoscrittori assenti, «stipulano» l'atto costitutivo. L'indubbia natura negoziale dell'intervento dei sottoscrittori all'atto — ai fini della costituzione della società — comporta che la tecnica redazionale del verbale debba essere diversa da quella delle normali deliberazioni assembleari: i sottoscrittori, in altri termini, devono essere costituiti come vere e proprie «parti» dell'atto notarile (applicandosi quindi le norme sull'accertamento dell'identità personale, sui testimoni, sull'indagine della volontà, sulla lettura dell'atto e degli allegati, sull'allegazione delle procure, ecc.), e devono sottoscrivere unitamente al notaio.

(92) Deve ritenersi che, nella fattispecie dell'art. 2336 c.c., gli eventuali vizi della volontà dei soggetti legalmente rappresentati — comunque attinenti al vincolo preparatorio dagli stessi contratto all'atto della sottoscrizione delle azioni — non rilevino, trattandosi per l'appunto di rappresentanza legale, ai fini del vincolo definitivo assunto con la stipula dell'atto costitutivo, dovendosi avere esclusivo riguardo, ex art. 1390 c.c., alle persone dei rappresentanti: cfr., con riferimento alla rappresentanza legale dei soggetti incapaci, Cass., 20 agosto 1986, n. 5103, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 303.

10. *Atto pubblico, clausole contrattuali di stile e utilizzo dei formulari notarili.*

Secondo un orientamento giurisprudenziale diffuso, sarebbero inefficaci, in quanto non rispondenti all'effettiva volontà delle parti, le c.d. clausole di stile, che un terzo (principalmente, il notaio rogante) inserisce nel testo contrattuale in conformità ad una prassi stipulatoria costante (93); tale inefficacia opererebbe *ex officio*, e non richiederebbe quindi la prova della non corrispondenza alla volontà delle parti ad opera dell'attore in giudizio, che viceversa viene presunta (94).

La tesi giurisprudenziale è stata contestata da buona parte della dottrina, la quale ha avuto buon gioco nel rilevare come nessuna disposizione di legge preveda la suddetta inefficacia, e che quindi la «sanzione» ipotizzata dalla giurisprudenza non avrebbe, in realtà, alcun fondamento positivo (95). L'argomentazione, certamente valida, non è però sufficiente al fine di affermare l'assenza di qualsiasi patologia negoziale riferita alle clausole di stile: se fosse ipotizzabile una vera e propria assenza di accordo delle parti sul contenuto delle clausole c.d. di stile potrebbe, infatti, aversi nullità del contratto, o eventualmente nullità parziale (artt. 1325, 1418, 1419 c.c.); senza considerare la possibilità di vizi del consenso, che ne determinerebbero invece annullabilità.

Altra dottrina, ed una giurisprudenza minoritaria, hanno più efficace-

(93) SACCO, *Il consenso*, in *I contratti in generale*, I, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 412; CARRESI, *Il contratto*, I, Milano, 1987, p. 324; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 240; COVIELLO, *Clausola di stile e clausola di rinvio*, in *Foro pad.*, 1965, I, c. 440; COVIELLO, *Appunti sulla clausola di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963, IV, c. 126; CAVALIERI, *Le clausole di stile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 939.

In giurisprudenza cfr., tra le sentenze più recenti, Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Giur. it.*, 2003, p. 1812; Cass., 17 aprile 2002, n. 5509, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 502; Cass., 24 luglio 2001, n. 10068, in *Foro pad.*, 2002, I, c. 36; Cass., 18 aprile 2001, n. 5699, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Servitù*, n. 13; Cass., 5 gennaio 1998, n. 47, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 430; Trib. Cagliari, 13 ottobre 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 127; Trib. Cagliari, 18 marzo 1996, in *Riv. giur. sarda*, 2000, p. 389; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1537, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 431; Cass., 8 ottobre 1993, n. 9979; Cass., 14 ottobre 1988, n. 5557, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Servitù*, n. 22; Cass., 5 giugno 1984, n. 3398, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, n. 135; Cass., 28 luglio 1983, n. 5203, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 224.

Cfr. anche la giurisprudenza citata in BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1195, nota 8; nonché le rassegne di TRIOLA, *Le clausole di stile*, in *Vita not.*, 2003, p. 648; BRACCINI, *Le clausole di stile (rassegna critica di dottrina e di giurisprudenza)*, in questa *Rivista*, 1962, p. 504.

(94) SACCO, *Il consenso*, cit., p. 412; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1998, p. 501; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 324.

(95) In tal senso, correttamente, PARDINI, *Le clausole di stile nei negozi mortis causa*, in questa *Rivista*, 1989, p. 1107.

mente contestato la tesi della giurisprudenza prevalente, facendo leva sull'obbligo di indagine della volontà delle parti ad opera del notaio, e sostenendo quindi che nell'atto pubblico sarebbe esclusa, in radice, la configurabilità di clausole di stile, intese come clausole prive di valore precettivo (96). L'affermazione è, più precisamente, da intendersi nel senso che non può presumersi *tout court* la non corrispondenza del contenuto di tali clausole alla volontà delle parti, stanti gli obblighi posti dalla legge a carico del notaio e la «presunzione» che gli stessi siano adempiuti; ma tale difformità va specificamente dimostrata da parte del contraente che vuole farla valere in giudizio (97), anche in considerazione del principio di conservazione delle clausole contrattuali (98), ed in parallelo con quanto già detto a proposito dei contratti per adesione (nei quali anche si ha l'adesione di un contraente ad un testo predisposto da altri (99)). Soprattutto, appare scorretto ipotizzare l'inefficacia della clausola, che abbia un contenuto specifico e determinato, e che risponda ad un concreto interesse delle parti o di una di esse (100), per il solo fatto che essa è predisposta da un terzo sulla base di formulari o prassi costanti.

Questo orientamento sembra senz'altro meritevole di accoglimento, ed induce a qualche ulteriore riflessione sulla funzione del notaio nella redazione dell'atto pubblico. Le clausole venute all'attenzione della giurisprudenza sono quelle, tralasciate, contenute in alcuni *vecchi formulari notarili* (in cui si prevede, ad esempio, la vendita degli immobili «nello stato di fatto e di diritto in cui essi attualmente si trovano», «con tutte le servitù attive e passive», «tutto compreso e nulla escluso», «con ogni inerente diritto», «con tutte le garanzie di legge»; o l'«accollo delle imposte di qualunque natura e specie»; ed altre simili). A fronte di tali clausole, i giudici avrebbero dovuto piuttosto puntare il dito sulla totale *indeterminatezza e genericità delle clausole*, che come tali, e soltanto per tale motivo, risultavano prive di valore precettivo, senza che possa avere alcun rilievo l'argomentazione che fa leva su una presunzione di non corrispondenza alla volontà delle parti. Parimenti, la clausola risolutiva espressa riferita all'ina-

(96) Cfr. specialmente BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1255 ss. In giurisprudenza, App. Roma, 3 febbraio 2000, in *Vita not.*, 2000, p. 770, con nota di DE LUCA, *Atto pubblico, clausole d'uso e clausole di stile*.

(97) Trib. Casale Monferrato, 31 luglio 2000, in *Nuova giur. civ.*, 2001, I, p. 109.

(98) Cass., 1 dicembre 2000, n. 15380, in *Contratti*, 2001, p. 543.

(99) Per il parallelismo tra clausole di stile e contratti per adesione, cfr. BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1244 ss.

(100) Cass., 12 giugno 1997, n. 5266, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2914; App. Cagliari-Sassari, 13 gennaio 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 1; App. Firenze, 13 aprile 1990, in *Arch. civ.*, 1990, p. 921; Trib. Milano, 18 marzo 1985, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 418.

dempimento di tutte le obbligazioni contrattuali è inefficace non perché «clausola di stile», ma solo in quanto non rispetti il presupposto dell'art. 1456 c.c., che consente tale clausola in caso di inadempimento di una obbligazione «determinata» (101).

La vera clausola «di stile», secondo un'accezione proposta dalla dottrina più attenta ed autorevole, è «quella parte del corpo contrattuale che, esposta dai contraenti in termini imprecisi ed atecnici, ma espressa o comunque ricavata dal notaio in seguito all' "indagine" della volontà, il redattore dell'atto ha provveduto a comporre in originale forma espressiva»; con la precisazione che in linea di tendenza detta clausola è «poi eventualmente rinvenibile in tutti gli atti della medesima natura da *questo notaio rogati*», dando luogo ad un processo di generalizzazione di tali clausole, «con la definitiva loro acquisizione ai formulari notarili» (102), che può anche condurre alla creazione di una sorta di «uso negoziale», ai sensi dell'art. 1340 c.c. (103).

Ebbene, la prassi conosce numerose clausole di stile, nell'accezione da ultimo indicata, che rispondono quindi ad un effettivo interesse delle parti, e che è quanto meno singolare presumere non corrispondenti alla volontà delle parti: si pensi a quelle, venute all'attenzione della giurisprudenza, che nella compravendita immobiliare dichiarano l'immobile «libero da ipoteche, iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli», o che obbligano l'alienante alla cancellazione delle ipoteche esistenti; a quelle che prevedono un dato pagamento da effettuarsi «entro e non oltre» una certa data (a cui la giurisprudenza erroneamente ha negato rilevanza ai fini della configurabilità di un termine essenziale); alla locuzione «congiuntamente» nella procura a più soggetti, alla quale altrettanto erroneamente la giurisprudenza ha negato efficacia al fine di richiedere l'operatività congiunta dei procuratori.

Anche in relazione alle *clausole di rinvio alla legge*, la giurisprudenza ha ritenuto che «anche nel caso di formale riproduzione nelle relative clausole di obblighi già nascenti dalla legge o il richiamo espresso di norme di legge comunque integrative della disciplina negoziale l'interprete deve accertare, in base ai criteri legali di ermeneutica, l'effettiva portata del rinvio o del richiamo, atteso che questo come può avere valore di pura

(101) BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1997, p. 314; BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 197. In giurisprudenza, cfr. sul punto, tra le altre, Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Giur. it.*, 2003, p. 1812; Cass., 6 aprile 2001, n. 5147, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 482.

(102) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., pp. 1209-1210.

(103) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1233 ss., spec. p. 1242 ss.

clausola di stile, così può assumere, per volontà delle parti, un particolare significato, che nelle concrete circostanze, sia tale da trascendere il limite del dato legale recepito» (104). Oltretutto, il rinvio alla legge può comportare una «recezione» del testo della disposizione richiamata nel regolamento negoziale, in particolare nel caso in cui la norma di legge venga «riprodotta» nel documento negoziale (105). Il richiamo delle disposizioni di legge può poi essere comunque utile ed opportuno, al fine di agevolare la conoscenza, da parte dei contraenti, delle norme applicabili al negozio, evitando anche possibili errori di diritto (106).

Esistono, per converso, nella prassi altre tipologie di clausole, che è più corretto definire come *clausole «generiche»*, alle quali proprio in virtù di tale genericità, e solo per tale ragione, deve negarsi valore precettivo, senza che su tale conclusione rilevi in alcun modo la prassi stilistica del notaio che ha redatto l'atto (107).

In nessun modo può, quindi, «presumersi» la non rispondenza della documentazione notarile alla volontà delle parti, ancorché la documentazione notarile sia stata attuata mediante l'uso generalizzato e ripetuto di formulari. Sarebbe come presumere la costante inosservanza da parte del notaio, pubblico ufficiale, dell'art. 47 L. Not.; singolare presunzione, se si considera che l'ordinamento giuridico conosce, sempre nell'ambito del diritto pubblico, la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo (108). Oltretutto, il contenuto della documentazione notarile è assistito

(104) Cass., 4 febbraio 1988, n. 1082, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 307.

(105) CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 160 ss.; Cass., 15 ottobre 1957, n. 3822, in *Giur. sic.*, 1958, p. 949. Non può condividersi il rilievo di BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1226, nota 108, secondo il quale nessun effetto giuridico sarebbe riconnesso al recepimento negoziale della norma di legge: salva l'applicazione dei criteri legali di interpretazione del negozio, un possibile effetto è infatti — quantomeno per le norme dispositive o suppletive — quello di «cristallizzare» la regolamentazione legislativa al momento del recepimento nel negozio, in modo da rendere irrilevanti successive modifiche legislative.

(106) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1227; Cass., 28 marzo 1960, n. 656, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 502.

(107) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1210, e p. 1217 (ove il rilievo che «l'essere il loro contenuto espresso in termini estremamente vaghi e generali, comporta un'alta probabilità che il redattore dell'atto abbia inteso inserirle nella fiducia di porsi al riparo da qualsivoglia accadimento o emergenza e comporta altresì il sospetto di scarsa conoscenza delle regole di diritto, di non troppa chiarezza di idee ed, in ultima analisi, la carenza di rigore scientifico-professionale»). Osservazioni che richiamano il notaio alla necessità di un uso accorto del linguaggio giuridico (su ciò, v. MARMOCCHI, *Il linguaggio dell'atto notarile pubblico*, in questa *Rivista*, 1999, p. 1; Id., *Linguaggio giuridico e nuovi statuti sociali*, in questa *Rivista*, 2003, p. 1061).

(108) Sull'attuale portata del principio di legittimità degli atti amministrativi, cfr. ANTINORI, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1988, p. 33; SCORDO, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi, con particolare riguardo alla posizione del soggetto passivo dei provvedimenti amministrativi nei giudizi avanti al giudice*

da efficacia probatoria privilegiata, per quanto attiene alla corrispondenza tra il documentato ed il dichiarato; con la conseguenza che chi volesse affermare la non riconducibilità di quanto documentato nell'atto alle dichiarazioni rese dalle parti, dovrebbe impugnare l'atto con querela di falso (109) (salva la possibilità di impugnare l'atto per errore e di provare quindi, a tal fine, la non volontarietà riferita al contenuto della clausola).

Quanto sopra non toglie, comunque, che sia assolutamente opportuno lo «svecchiamento» di molte formule notarili in uso nella prassi, e quindi l'utilizzo di clausole e pattuizioni maggiormente idonee — rispetto a detta prassi — a soddisfare i reali interessi delle parti dell'atto. D'altro lato, l'utilizzo dei formulari deve essere «intelligente» e, nel rispetto della lettera e dello spirito dell'art. 47 L. Not., non deve in alcun modo pregiudicare la reale indagine della specifica volontà delle parti nel caso concreto, in funzione realmente «antiprocedurale». Detto ciò, non si può negare che determinate clausole contenute nei formulari notarili — avendo alla base proprio la qualificata esperienza dei notai in determinati settori della contrattazione — risultino particolarmente idonee a soddisfare gli interessi che «tipicamente» si prospettano, così da essere acquisite in via generalizzata dalla prassi notarile, ma in modo legittimo e con la doverosa, concomitante applicazione dell'art. 47 L. Not.

Può quindi presumersi, in senso contrario rispetto alla prevalente giurisprudenza, che quando le parti abbiano sottoscritto l'atto, del quale il notaio ha dato loro lettura, «esse hanno inteso far proprie anche le clausole che si definirà di stile e che colui che ha steso l'atto inserisce perché ne ha ravvisato l'esigenza attraverso l'indagine delle volontà o perché una lunga pratica ne ha dimostrato la convenienza» (110). Ecco, quindi, che con

ordinario. Nuovi orientamenti della giurisprudenza, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 416; GRANELLI, *Presunzione di legittimità dell'atto amministrativo e onere della prova: un altro mito giuridico finisce in soffitta*, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 1773; BASILE, *Presunzione di legittimità dell'accertamento tributario e onere della prova*, in *Rass. Avv. Stato*, 1980, I, p. 377; TAR Campania, 11 luglio 2001, n. 3259, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Giustizia amministrativa*, n. 987; TAR Lazio, 10 ottobre 1998, n. 994, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Giustizia amministrativa*, n. 875; Cons. Stato, 23 aprile 1991, n. 637, in *Foro it.*, 1992, III, c. 115; Cons. Stato, 6 marzo 1990, n. 261, in *Foro it.*, 1992, III, p. 115; Cons. Stato, 25 giugno 1990, n. 581, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 790; Trib. Vicenza, 8 ottobre 1990, in *Giur. dir. ind.*, 1991, p. 289; Cons. Stato, 29 gennaio 1982, n. 45, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Atto amministrativo*, n. 81; Cass., 18 marzo 1982, n. 1760, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1166; Cass., 12 ottobre 1981, n. 5336, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 68.

(109) Nei limiti indicati nel testo, pertanto, non può ammettersi la libera prova, ad opera dei contraenti, della non corrispondenza delle loro dichiarazioni al documento pubblico, essendo necessaria la querela di falso. In senso contrario, con riferimento però alle problematiche del contratto in genere, e senza quindi specifico riferimento all'atto pubblico, GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 60; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 168; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, 1973, pp. 95-96.

(110) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1215.

riferimento all'atto pubblico l'efficacia delle clausole c.d. di stile risponde ad «una visione dell'attività notarile che non è più ancorata al vecchio schema che concepiva il notaio quale semplice certificatore di volontà, bensì cerca di porre in luce la vera natura di questi quale consulente che oltre a recepire la volontà delle parti dà alla stessa conveniente espressione giuridica» (111). La clausola contrattuale è quindi qualificata di stile non più per le ragioni addotte dalla giurisprudenza, bensì perché il notaio «traduce con propria originale forma espressiva quella fascia della volontà dei contraenti che risulta manifestata in termini imprecisi e che quindi acquisisce vitalità propria solo attraverso l'opera notarile» (112). Ne consegue che «la clausola “di stile” non ha natura ed efficacia diversa da ogni e qualsiasi altra clausola contrattuale» (113).

Il fenomeno delle clausole di stile può riscontrarsi anche nel contesto delle *scritture private*, che siano state predisposte dal notaio autenticante facendo ricorso a formulari, e che quindi abbiano contenuti uniformi nella prassi notarile in generale, o del singolo notaio in particolare. Per quanto detto, non sembra possano ravvisarsi sostanziali differenze rispetto al caso dell'atto pubblico: in entrambi i casi le parti, sottoscrivendo l'atto, ne fanno proprio il contenuto, ed è un elementare principio di autoresponsabilità che impedisce di disconoscere il contenuto del documento ad esse imputabile (114). Piuttosto, nel caso della scrittura privata, l'assenza di un obbligo inderogabile di indagine della volontà può rendere più agevole — alla parte interessata a contestare la vincolatività della clausola — la prova dell'eventuale assenza dell'accordo, o dell'errore negoziale, con conseguente maggiore possibilità di invalidare la singola clausola o, se del caso, l'intero contratto.

11. *Le residue differenze tra l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata.*

L'art. 12, comma 1, lett. a), della L. n. 246 del 2005 ha, tra l'altro, integrato il contenuto dell'art. 28 L. Not., estendendo il divieto, prima riferito al «ricevere» gli atti proibiti dalla legge, anche agli atti «autenti-

(111) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1216.

(112) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., p. 1241.

(113) MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 96.

(114) BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, cit., pp. 1244, 1258 ss. (ove si evidenzia, a proposito dell'ipotesi di sottoscrizione di una scrittura privata che non è stata adeguatamente letta e ponderata, «l'impossibilità di ammettere che un soggetto pretenda di riversare sulla controparte le conseguenze di un equivoco dovuto alla propria distrazione»); MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 95.

cati». La disposizione recepisce un orientamento largamente maggioritario, che già da tempo affermava l'applicabilità del suddetto art. 28 alle scritture private autenticate (115); può quindi sicuramente affermarsene la natura interpretativa e l'efficacia retroattiva.

Sicuramente innovativa è, invece, la disposizione (art. 72, comma 3, L. Not., nel testo novellato dal suddetto art. 12, comma 1, lett. e) che richiede l'obbligatoria conservazione, nella raccolta notarile, delle scritture private autenticate destinate alla pubblicità immobiliare o commerciale. Con la conseguenza che, per effetto della modifica, grava sul notaio autenticante l'obbligo inderogabile di conservare l'originale della scrittura autenticata nella raccolta dei suoi atti, senza più necessità di far menzione nell'autentica della richiesta delle parti circa tale conservazione. Ciò, tra l'altro, consente il rilascio, da parte del notaio, di copie conformi munite di efficacia probatoria privilegiata (art. 2715 c.c.), mentre in precedenza le copie rilasciate dal pubblico ufficiale non depositario avevano un mero valore indiziario (art. 2717 c.c.).

Entrambe le succitate disposizioni si pongono in linea di continuità con la disposizione legislativa, contenuta nell'art. 2, comma 3, lett. e), del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80, che — modificando l'art. 474 c.p.c. — ha qualificato come titolo esecutivo stragiudiziale, accanto all'atto pubblico, la scrittura privata autenticata (116). Il tutto opera, quindi, nel segno di una *valorizzazione* di quest'ultimo strumento, che da fattispecie marginale nella realtà dei traffici immobiliari e societari, quale era ancora nell'immediatezza dell'emanazione del codice

(115) Sull'applicabilità del controllo di legalità, previsto dall'art. 28, n. 1, L. Not., alla scrittura privata autenticata, oltre che all'atto notarile pubblico, era la dottrina assolutamente prevalente (v. CASU, *Scrittura privata autenticata*, cit., p. 583 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1423 ss., ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), nonché la giurisprudenza della cassazione civile (Cass., 22 marzo 1994, n. 2699, in questa *Rivista*, 1994, p. 1095). Esistevano anche specifici indici normativi in tal senso (art. 47 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo Unico sull'edilizia; art. 21 della L. 28 febbraio 1985, n. 47; art. 24, comma 2, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, Testo Unico sulla documentazione amministrativa; art. 25 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, codice dell'amministrazione digitale).

(116) Il riconoscimento dell'efficacia esecutiva alla scrittura privata autenticata è, in realtà, limitato a quelle portanti obbligazioni di somme di denaro (mentre l'atto pubblico è titolo esecutivo anche per le obbligazioni di consegna e rilascio): cfr. l'art. 474 c.p.c., nel testo risultante dalle modifiche apportate con legge 28 dicembre 2005, n. 263. Come evidenziato in altra sede, ciò si spiega in quanto "se è vero che il pacifico godimento dei beni rappresenta un'importante esigenza di ordine pubblico, appare inopportuna la previsione quale titolo esecutivo per la consegna o il rilascio, della scrittura privata autenticata accanto all'atto pubblico, in quanto solo quest'ultimo è in grado di assicurare — attraverso l'obbligatoria indagine della volontà ad opera del notaio, ex art. 47 della legge notarile — la ponderazione della volontà del soggetto obbligato, e quindi una sua adeguata tutela": PETRELLI, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2005, p. 555.

civile del 1942 (117), ha assunto oggi una diffusione tale da necessitare *l'equiparazione, sotto molteplici aspetti, all'atto pubblico*.

Anche riguardo alle *scritture private autenticate*, quindi, il notaio deve rifiutare il proprio suggello laddove l'atto sia contrario ad interessi generali dell'ordinamento. Qui si ferma, però, nel contesto dell'attività di autenticazione, il profilo della pubblica funzione e quindi la sfera dell'inderogabilità, connessa alla medesima. In definitiva, il notaio deve inderogabilmente rispettare il disposto dell'art. 2702 c.c. e quello dell'art. 72 L. Not., per quanto concerne l'attività di certificazione in ordine alla sottoscrizione delle parti, ed i relativi adempimenti formali; e deve, inderogabilmente, rifiutare l'autenticazione di atti contrari alla legge, *ex art. 28, n. 1, L. Not.* Invece, *la disposizione dell'art. 47, ult. comma, L. Not., specificamente dettata per l'atto pubblico, non si applica alla scrittura privata autenticata*, nella quale non è quindi prescritta, a pena di nullità dell'atto, l'indagine della volontà delle parti ad opera del notaio.

Al di là dei confini della pubblica funzione, le caratteristiche dell'intervento notarile nella scrittura privata autenticata sono pertanto rimesse alla libera contrattazione tra notaio e cliente, alla stregua di qualsiasi prestazione libero professionale. Certo, il notaio è comunque obbligato, in base ai doveri di correttezza e diligenza che integrano il contratto d'opera professionale (artt. 1175, 1176, 1375 c.c.), ad informare le parti in ordine al significato ed alle conseguenze dell'atto stipulato, chiarendone loro ogni possibile risvolto. Il notaio può essere anche — e nella realtà lo è spesso — incaricato dalle parti di redigere per loro conto, in qualità di libero professionista, la scrittura privata le cui sottoscrizioni esso stesso notaio dovrà poi autenticare. Si tratta, però, di profili inerenti esclusivamente alla prestazione professionale del notaio, suscettibili quindi di deroga convenzionale ove le parti, per motivi di urgenza, o per altre ragioni (ad esempio, quella di essere assistiti da altri professionisti di loro fiducia), dispensino il notaio dall'osservanza dei suddetti obblighi. Con la conseguenza che potrà ben aversi — salvo quanto prescrivono le norme di deontologia professionale — una scrittura privata, redatta dalle parti o da terzi per loro conto, riguardo alla quale il notaio non sia richiesto di effettuare alcuna consulenza professionale ulteriore rispetto al controllo di legalità *ex art. 28 L. Not.*

Quanto sopra spiega il perché dell'*inapplicabilità, alla scrittura pri-*

(117) Per tale rilievo, MORELLO, *Alcuni profili dell'atto notarile*, in questa *Rivista*, 1973, p. 1194; FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, Roma, 1973, p. 247.

vata autenticata, di una serie di disposizioni «strumentali», la cui funzione è quella di assicurare la corrispondenza del contenuto del documento pubblico alla volontà dichiarata dalle parti. Si tratta, in particolare, delle disposizioni relative alla lettura dell'atto (art. 51 L. Not.), alle formalità in presenza di persone che non conoscono la lingua italiana (artt. 54 e 55 L. Not.), di muti, sordi o sordomuti (artt. 56 e 57 L. Not.) (118): *tutte norme, queste, la cui funzione è quella di assicurare lo svolgimento di una corretta indagine della volontà ad opera del notaio, e quindi di assicurarsi che il contenuto dell'atto rispecchi tale volontà*. È, allora, evidente che tali disposizioni non trovino applicazione laddove quest'indagine della volontà non è prevista inderogabilmente, come nel caso della scrittura privata autenticata. Qui il notaio deve, essenzialmente, assicurarsi dell'identità di chi sottoscrive la scrittura privata, e della legalità di essa nei limiti richiesti dall'art. 28 L. Not., ma non deve accertare alcuna volontà delle parti, e non ha quindi bisogno — almeno ai fini delle disposizioni di diritto pubblico dettate dalla legge notarile — di interloquire con le parti. Potrà, invece, interloquire con le parti stesse nei modi ritenuti più opportuni e senza rigide formalità, al fine di assicurare la consulenza richiesta dalle norme privatistiche che disciplinano gli obblighi del professionista intellettuale.

Il notaio deve, però, effettuare anche nella scrittura privata autenticata un «accertamento minimale» in ordine alla capacità di agire delle parti ed alla «volontarietà dell'atto» (da non confondersi con la «volontà del contenuto» del medesimo); accertamento indispensabile al fine di consentire l'imputazione della scrittura autenticata ai sottoscrittori, tenendo conto del «crisma di legalità» che l'autenticazione — sia pure in misura inferiore all'atto pubblico, assicura (119). Di tale obbligo faceva cenno l'art. 24, comma 2, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che a proposito dell'autenticazione della firma digitale richiedeva la «attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma digitale è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità della chiave utilizzata e del fatto che il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 28, comma 1, n. 1, della L. 16 febbraio 1913, n. 89». La

(118) Per l'inapplicabilità degli artt. 53 ss. L. Not. alle scritture private autenticate, cfr. CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 395 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1431; BOERO, *La legge notarile commentata*, II, Torino, 1993, p. 439 ss.; PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, p. 181 ss.; DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 1981, p. 191; TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 282 ss.; FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, cit., p. 249.

(119) TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 283.

disposizione è stata ora sostituita dall'art. 25, comma 2, del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), ai sensi del quale «l'autenticazione della firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità del certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico». La formulazione di quest'ultima disposizione non ricomprende più l'attestazione della rispondenza del documento alla volontà della parte, anche perché — come dimostra la soppressione del riferimento all'art. 28 L. Not. — la nuova disposizione intende coprire un ambito più ampio di quello dell'autenticazione notarile. Ciò nonostante, non sembra dubbio che l'accertamento minimo, di cui si discorre, sia dovuto in linea generale. Proprio perché l'indagine notarile, sotto il profilo funzionale, è ridotta al profilo «minimo» dell'imputabilità della dichiarazione, la legge non richiede specifiche e rigorose formalità, che sono prescritte invece per l'atto pubblico al fine di garantire la rispondenza del «contenuto» dell'atto alla volontà delle parti.

Nei limiti sopra tracciati, si colloca sul piano degli obblighi derogabili la disposizione dell'art. 54 del regolamento notarile. In passato non si dubitava, e non può dubitarsi neanche oggi — nonostante la modifica formale dell'art. 28 non sia stata accompagnata da analoga modifica del suddetto art. 54 — che il notaio debba astenersi dall'autenticare atti nei quali le parti siano rappresentate da soggetti non adeguatamente autorizzati (120). La più recente giurisprudenza, tuttavia, ha chiarito che quello dell'art. 54 non è un divieto assoluto: alla violazione di esso consegue semmai l'inefficacia o l'annullabilità dell'atto, che non sono però vizi così gravi da determinare il divieto di ricevimento o autenticazione *ex art. 28 L. Not.* (121); e che ciò che il notaio deve fare, in presenza di «vizi» attinenti alla legittimazione di una delle parti, è avvertire tutte le parti del vizio; ma se le parti stesse insistono nel voler stipulare, il notaio deve ricevere l'atto, o autenticare le sottoscrizioni. Proprio in quest'ultimo obbligo (di avvertire

(120) CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 391 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1428 (ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali).

(121) Cfr. Trib. Potenza, 31 maggio 2002, in questa *Rivista*, 2003, p. 481; Cass., 1° febbraio 2001, n. 1394, in questa *Rivista*, 2001, p. 892; Cass., 4 novembre 1998, n. 11071, in questa *Rivista*, 1999, p. 1014; Cass., 3 agosto 1998, n. 7602, in *Vita not.*, 1998, p. 1767; Cass., 4 maggio 1998, n. 4441, in questa *Rivista*, 1998, p. 717; Cass., 19 febbraio 1998, n. 1766, in questa *Rivista*, 1998, p. 493, e p. 704; Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Notariato*, 1998, p. 7, con nota di BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*, ed in *Vita not.*, 1998, p. 1136.

le parti) si coglie, però, un limite a tale derogabilità, rappresentato dalla possibilità, per il notaio, di «interloquire» effettivamente con le parti al fine di riceverne la volontà di stipulare nonostante il vizio: come è stato acutamente rilevato, la soluzione giurisprudenziale non potrebbe certo essere attuata nel caso di atto al quale intervenga persona incapace di intendere e di volere, o addirittura legalmente incapace di agire (122). Inoltre, nei casi in cui è ammesso stipulare per esplicita richiesta delle parti, deve ritenersi che — ai fini dell'applicazione delle sanzioni disciplinari che comunque il regolamento notarile commina per la violazione dell'art. 54 — sia necessario esplicitare in atto l'avvertenza resa dal notaio e la richiesta delle parti. Ai fini dell'art. 54 del regolamento notarile, comunque, atto pubblico e scrittura privata autenticata si atteggiano in modo esattamente identico.

Possono comprendersi, all'esito dell'indagine che precede, le residue *differenze tra l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata*. Equiparate sotto il profilo dei controlli di legalità e sulla legittimazione delle parti, ed entro certi limiti ai fini dell'efficacia esecutiva, le due tipologie documentali presentano profonde differenze sotto il profilo dell'indagine della volontà delle parti, delle connesse disposizioni strumentali che ne assicurano l'effettività, e della «pubblica fede» che ne rappresenta il risultato. Nel caso della scrittura privata, infatti, la «pubblica fede» assiste solo la provenienza dell'atto dall'autore che l'ha sottoscritto, e l'inesistenza di cause di invalidità particolarmente gravi (quelle che impediscono l'autenticazione, *ex art. 28, n. 1, L. Not.*); non si ha invece alcuna garanzia della corrispondenza del contenuto della documentazione alla reale volontà delle parti (123), e conseguentemente *non può farsi affidamento* sull'inesistenza di cause di annullabilità per vizi del consenso, errori ostativi e simili. *Sta proprio, quindi, nell'essenzialità ed inderogabilità dell'indagine della volontà l'essenza dell'atto pubblico notarile*, mentre con riferimento alla scrittura privata autenticata (o allegata all'atto pubblico), l'attività di chiarimento, informazione ed indagine della volontà ad opera del pubblico ufficiale —

(122) NATUCCI, *L'art. 28 L. Not. e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 589.

(123) È pacifico che la scrittura privata vincoli il suo autore (salva la rilevanza dei vizi del consenso), sulla base del principio di autoreponsabilità, anche se la scrittura stessa non è stata letta e conosciuta, addirittura anche se chi ha sottoscritto è analfabeta: COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 324; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 83; PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 19 ss.; CARRESI, *In tema di sottoscrizione di scrittura privata*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, p. 158; FERRARA, *La firma dell'analfabeta nelle scritture private*, in *Giur. it.*, 1940, IV, c. 81; CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, cit., p. 522 ss.; Cass., 26 gennaio 1976, n. 251, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1909, con nota di DI LALLA; Cass., 22 luglio 1950, n. 2049, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1228, con nota di DISTASO.

che comunque, quando si tratta di scrittura preconfezionata dalle parti, interviene nella fase successiva alla documentazione (124) — è elemento naturale e non essenziale, certamente derogabile nell'ambito del contratto d'opera professionale tra notaio e clienti (125). *Il che spiega perché l'ordinamento imponga la forma dell'atto pubblico quando gli interessi coinvolti dalla stipula non sono disponibili dalle parti*: il che avviene non solo quando le parti meritano di essere «protette» in modo particolare, ma anche quando sono coinvolti importanti interessi di terzi che esigono una particolare «affidabilità» della documentazione (ad esempio in relazione agli atti costitutivi e modificativi delle persone giuridiche).

La legge richiede quindi la documentazione per atto pubblico quando vuole assicurare un «effetto maggiore», rispetto a quello garantito dalla scrittura privata: tale effetto maggiore — come si è tentato di dimostrare — è individuabile nella maggior ponderazione che assicura l'atto pubblico; nella sua più ampia efficacia probatoria; nella maggiore «affidabilità» e «stabilità» dell'atto («pubblica fede»), grazie alla «prevenzione» notarile dei vizi della volontà e delle divergenze tra volontà e dichiarazione; nella maggiore univocità e chiarezza del documento pubblico, e quindi nella minore probabilità di dubbi interpretativi. Tutto ciò si traduce in una maggiore «certezza» delle risultanze dell'atto pubblico, anche nei rapporti con i terzi.

(124) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 704, evidenzia come nell'atto pubblico «il cosiddetto dovere di chiarimento agisce cronologicamente non a livello successivo, ma a livello di tutte le varie fasi che si concludono con la redazione del documento».

(125) PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1426 ss., ove si chiarisce comunque che il notaio autenticante, in base al contratto d'opera professionale ed all'obbligo di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., deve informare le parti di tutte le conseguenze che possono derivare dall'atto (tra le quali conseguenze vi è, ora, l'efficacia esecutiva). Trattandosi, peraltro, di obbligo professionale e non funzionale, le parti possono dispensare il notaio da tale dovere di chiarimento e informazione.