La responsabilità del notaio nella prospettiva dell'analisi economica

Andrea Zoppini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Attività professionale e responsabilità: alcuni spunti dall'analisi economica. – 3. Professione notarile e regole di responsabilità: un binomio irriducibile.

1. Premessa

La lettura della responsabilità notarile in chiave di analisi economica del diritto giustifica alcune premesse metodologiche.

Anzitutto, giova anticipare che l'opzione interpretativa dell'analisi economica sconta alcuni presupposti sostanzialmente ideologici: *i*) essa è approccio ermeneutico unilaterale che riguarda l'applicazione delle c.d. teorie del benessere (e, in particolare, di quella tendenza delle economie del benessere che ruota intorno al paradigma dell'efficienza allocativa) alle norme giuridiche¹; *ii*) si iscrive, concettualmente, tra quei metodi funzionali che, come quello storico e quello comparatistico, si possono far risalire alla giurisprudenza degli interessi².

Ciò posto, l'analisi economica del diritto assurge a sistema che pone in discussione la certezza del diritto, demolendo la regola imperativa intesa quale impedimento alla crescita del benessere collettivo. Di contro, occorre rilevare che la cultura notarile è parsa tradizionalmente ritrosa a logiche antipositivistiche e che la legittimazione sociale del notariato, nonché il benessere individuale del notaio, si fondano proprio sulla norma imperativa e sulla certezza del diritto³.

¹ F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002. Si v. no i contributi raccolti in G. ALPA *et alii* (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982.

² Sul punto, A. GAMBARO, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in G. ALPA *et alii* (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 453 ss. In generale, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss.

La riflessione che segue intende, però, riflettere sull'applicazione delle partizioni dell'analisi economica del diritto alla responsabilità del notaio⁴.

2. Attività professionale e responsabilità: alcuni spunti dall'analisi economica

Può apparire utile, al fine di un miglior inquadramento del tema nella prospettiva indicata, procedere ad un parallelo con la responsabilità medica.

Le riflessioni di natura funzionale, volte ad individuare la ragione per cui in alcune comunità - ed in particolare negli Stati Uniti - si assista ad un'esplosione della responsabilità medica, si radicano non in un problema inerente al singolo rapporto o alla singola prestazione sanitaria quanto, piuttosto, ad un profilo più generale. Una delle spiegazioni più convincenti circa l'esplosione della responsabilità sanitaria negli Stati Uniti, e di come tutto ciò si sia riversato nello sviluppo di un sistema assicurativo molto più penetrante del nostro, riguarda il fatto che negli Usa non esiste una socializzazione della responsabilità sanitaria e quindi, in un certo senso, la *medical malpractice* rappresenta un surrogato funzionale di un sistema di internalizzazione dei costi collettivi⁵.

Questo tema è, sul piano dell'ingegneria sociale, una delle fondamentali chiavi di lettura della *public choice* per intendere il motivo per il quale si sviluppa un

³ In tema, U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi Economico-Giuridica Comparata per il Notariato*, Milano, 2006, spec. p. 19 ss., p. 114 ss. Una particolare analisi è offerta da F.D. BUSNELLI, *Ars notaria e diritto vivente*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1 ss. V. anche, il volume AA. VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio. Relazioni al XXXIX Congresso Nazionale del Notariato (Milano 10-13 ottobre 2002)*, Milano, 2002.

⁴ Cfr. R. VAN DEN BERGH, Y. MONTANGIE, *Theory and Evidence on the Regulation of the Latin Notary Profession. A Law and Economics Approach*, in http://www.bmg.eur.nl/fileadmin/ASSETS/bmg/ECRI/Onderzoeksrapporten/ECRi_2006_Regulation_lat_in_notary_profession.pdf, p. 19 ss. Sulla interazione tra tecniche di analisi economica del diritto e professione notarile, v. C. LICINI, *Nuovi equilibri tra professionalità notarile, condotte concorrenziali e pratiche predatorie: un tentativo di analisi giuseconomica*, in D. FALCONIO, F. FIMMANÒ, P. GUIDA (a cura di), *Scritti in onore di Giancarlo Laurini*, t. I, Napoli, 2015, p. 845 ss.

⁵ G. CALABRESI, *The Problem of Malpractice: Trying to Round Out the Circle*, in *University of Toronto Law Journal*, 27 (1977), p. 131 ss. a pp. 135-136; D. HOWARTH, *Three Forms of Responsibility: On the Relationship between Tort Law and the Welfare State*, in *The Cambridge Law Journal*, 60 (2001), p. 553 ss.

sistema di responsabilità del professionista: e cioè, che a livelli aggregati la responsabilità di questi rappresenta una tecnica di socializzazione dei costi collettivi⁶.

Ciò può considerarsi vero anche per la responsabilità del notaio⁷.

In soccorso di questa asserzione l'analisi economica del diritto propone tre autentici test.

i) Innanzitutto, per verificare dove debba concentrarsi la responsabilità professionale può procedersi mediante l'individuazione del *best* o *cheapest cost avoider*⁸, ovvero del soggetto più idoneo a prevenire il prodursi dell'evento lesivo al minor costo e, quindi, a decurtare i costi derivanti dall'illecito. Ad esempio, il notaio pur non essendo il soggetto che guadagna maggiormente nell'ambito delle compravendite immobiliari, per contro, in virtù delle capacità professionali specifiche di cui è dotato e della sua formazione tecnica, appare essere nella migliore condizione per evitare il danno⁹.

ii) Il secondo test concerne, invece, l'efficienza microeconomica, vale a dire l'ottimizzazione dell'utilità individuale derivante dal singolo scambio.

iii) L'ultima prova cui sottoporre l'assunto attiene, invece, al modello dell'efficienza macroeconomica in correlazione alla qualificazione di *gatekeeper* del notaio¹⁰.

⁶ Sia consentito rimandare al mio, *Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 415 ss.

⁷ A. FUSARO, *Le - tre o troppe? - responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1313 ss. sostiene che sul notaio gravi una responsabilità civile, deontologica e penale.

⁸ Si rinvia alla teoria di G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970.

⁹ Per alcuni spunti v. A. FORTE, *Il notaio garante nei trasferimenti immobiliari: spunti per non notai*, in AA. VV., *Società, mercato, regole. Il notaio garante. XLII Congresso Nazionale del Notariato (Riva del Garda 14-17 ottobre 2006)*, Roma, 2007, p. 304 ss. Cfr. anche, R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 761 ss.

¹⁰ Tale definizione concettuale è stata elaborata da R.H. KRAAKMAN, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, in *Journal of Law, Economics, & Organization*, 2 (1986), p. 53 ss. Sul punto, v. ora, M.B. CAROSI, *La strategia di "gatekeeping" fra controllo preventivo di legalità e certezza giuridico-economica: modelli a confronto*, pubblicato in due parti in *Vita not.*, 2011, p. 43 ss. e p. 707 ss.; U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi Economico-Giuridica Comparata per il Notariato*, cit., p. 23 s. Cfr. B. ARRUNADA, *The Economics of Notaries*, in *European Journal of Law and Economics*, 3 (1996), p. 5 a p. 11 ss.

La strategia di *gatekeeping* è retta sui seguenti presupposti: *i)* sulla previsione dell'attribuzione ad un soggetto privato di un ruolo di controllo svolto nell'interesse pubblico; *ii)* sulla cooperazione necessaria dei *gatekeepers* alla prevenzione di illeciti; *iii)* sull'indipendenza economica e personale dal cliente, intesa come autentica garanzia di terzietà e capacità di scelta¹¹.

A garantire il riparo (e l'efficacia) della strategia da possibili conflitti d'interesse e da pressioni alla complicità e all'acquiescenza occorre la predisposizione di un insieme congiunto di incentivi, quali: *a)* il timore di danneggiare la propria reputazione professionale; *b)* quello di incorrere in forme di responsabilità (trattasi di un regime in cui le conseguenze negative prodotte dalla sanzione a carico dei *gatekeepers* superano i benefici che deriverebbero a costoro se prestassero acquiescenza)¹²; *c)* la speranza di una ricompensa (sia essa economica che reputazionale)¹³.

Il vaglio preventivo di legalità effettuato dal notaio latino acconsente l'accostamento di questi al *gatekeeper*, così definendosi un modello economicamente efficiente di attuazione della strategia di prevenzione degli illeciti¹⁴. In questi termini, è evidente che una responsabilità che incida sui *gatekeepers* è funzionante sul piano macroeconomico, cioè sul piano dei costi sociali collettivi, perché la diminuzione del contenzioso processuale o dei costi del controllo di legalità (che pur possono

In una visione più larga della *gatekeeping strategy*, J.C. COFFEE JR., *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, New York, 2006; P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 318 ss.

¹¹ R.H. KRAAKMAN, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, cit., p. 58 ss.

¹² Si precisa che le conseguenze di un regime di responsabilità variano a seconda del tipo di *standard* che viene introdotto, in relazione ai costi e benefici connessi a ciascuno. I principali sono: *a)* *strict liability* (responsabilità oggettiva), che internalizza i costi sociali dell'illecito, dissuadendo il potenziale autore di un danno dal compierlo sapendo, poi, di sopportarne per intero le conseguenze; *b)* *negligence* (responsabilità per colpa), punibilità limitata ai soli casi in cui è possibile definire i confini entro i quali i *gatekeepers* sono chiamati a rispondere; *c)* *knowledge*, responsabilità riconnessa ai soli casi in cui i *gatekeepers*, pur a conoscenza di attività illecite, abbiano omesso di impedirle. Cfr. M.B. CAROSI, *La strategia di "gatekeeping" fra controllo preventivo di legalità e certezza giuridico-economica: modelli a confronto*, cit., p. 57 ss. cui si rinvia per il quadro riepilogativo e i riferimenti bibliografici contenuti.

¹⁴ G. ARICÒ, G. LIOTTA, E. MORANDI, *Il documento notarile garanzia degli investimenti. Strumento di sicurezza dei pubblici registri e titolo esecutivo*, in AA. VV., *Relazioni italiane al XXVI Congresso Internazionale del Notariato (Marrakech 3-6 ottobre 2010)*, Milano, 2010, p. 163 ss.

concentrarsi in maniera significativa sul singolo notaio) genera un beneficio collettivo altrettanto significativo¹⁵.

Quanto sin qui asserito ha incontrato la perplessità di chi, ragionando sempre secondo i canoni dell'analisi economica del diritto, riferitamente al settore delle contrattazioni immobiliari ha contestato che il notaio venga individuato come l'assicuratore totale del buon fine dell'operazione, allorché altri operatori economici conseguono compensi più elevati e vadano di fatto esenti da ogni responsabilità, come ad esempio gli agenti immobiliari¹⁶.

L'evidenza empirica, al contrario, può indurre a sostenere che un sistema più intenso di responsabilità del notaio non sia un elemento di debolezza della professione notarile ma, al contrario, un elemento di forza formalmente collegato alla funzione del notaio¹⁷.

L'attività notarile, volta alla riduzione delle asimmetrie informative, alla certificazione delle situazioni proprietarie, alla garanzia della sicurezza dei traffici

¹⁵ Certificando il compito *antiprocessuale* del notaio, già F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 928 asseriva «quanto più notaro, tanto meno giudice (dove il più riferito al notaro va inteso non solamente in senso quantitativo, ma qualitativo!); quanto più *consiglio del notaro*, quanto più *consapevolezza del notaro*, quanto più *cultura del notaro*, tanto meno *possibilità di lite*; e quanto meno possibilità di lite, tanto meno bisogno del giudice» (corsivi dell'A.). Secondo C. MARCHETTI, *Il diritto societario*, in U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi Economico-Giuridica Comparata per il Notariato*, cit., p. 347 «il presidio notarile minimizza i costi che la scelta del rimedio risarcitorio impone [...], mette in moto, quando ben interpretato, un circolo virtuoso che offre un apporto decisivo alla efficienza del sistema di tutela proprio del diritto societario»; P. ZANELLI, *Il notaio fra regole dello Stato e regole del mercato*, in *Vita not.*, 2015, p. 475. V., inoltre, A. NICITA, *Il Notaio e l'ordine istituzionale del mercato*, in *Not.*, 2011, p. 501 s. ove si precisa che il costo efficiente dell'atto notarile diventa il più basso costo transattivo tra quelli possibili per mantenere un sistema giuridico di sostegno al sistema economico.

¹⁶ A. FUSARO, *Le - tre o troppe? - responsabilità del notaio*, cit., p. 1321 s.; M. PALAZZO, *Le nuove frontiere dell'assicurazione obbligatoria: problemi, riflessioni e prospettive. Intervento*, in S. LANDINI (a cura di), *Le nuove frontiere dell'assicurazione obbligatoria: problemi, riflessioni e prospettive*, in <http://www.cesifinalbertopredieri.it/attionline/leNuoveFrontiere.page>, p. 32.

¹⁷ A. FORTE, *Il notaio garante nei trasferimenti immobiliari: spunti per non notai*, cit., p. 12 s.; R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in AA. VV., *Il diritto civile tra principi e regole. Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. I, Milano, 2008, p. 614 s.

giuridici, concorre a definire un sistema di mercato efficiente¹⁸ e non può essere soggetta a blandi regimi di responsabilità.

3. Professione notarile e regole di responsabilità: un binomio irriducibile

Ciò considerato, occorre interrogarsi se questo sistema di responsabilità, anche intrecciato alla logica del monopolio della funzione notarile¹⁹, possa rinvenire giustificazione in un contesto di despecializzazione professionale, alla luce di quanto parrebbe lumeggiato dalle recenti politiche di liberalizzazione²⁰.

Nell'ambito della contrattazione immobiliare, l'erosione caldeggiata dei poteri notarili offre l'occasione di un breve raffronto con la prassi della *title insurance* diffusa negli Usa²¹.

La *title insurance* è uno strumento privato di tutela degli interessi coinvolti nei trasferimenti immobiliari. Tipicamente, si compendia in una polizza per l'acquirente proprietario che protegge il diritto di questi sul bene e contiene, sostanzialmente, due promesse risarcitorie: quella relativa all'eventuale minor valore del bene e quella relativa alle spese legali per resistere in giudizio in caso di controversie nascenti da pretese di terzi sul medesimo immobile.

La *title insurance*, però, risulta promessa di risarcimento e non garanzia di buon diritto; protegge gli interessi economici e non i diritti proprietari. In termini di

¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *L'utilité du notariat face à des marchés menacés par la crise*, in *Droit & Patrimoine*, 204 (2011), p. 38 ss.; L. GALLIEZ, *Le Notariat à la lumière de l'analyse économique du droit*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2010, p. 1291.

¹⁹ V. le ricostruzioni di B. ARRUÑADA, *The Economics of Notaries*, cit., p. 18 ss. e R. VAN DEN BERGH, Y. MONTANGIE, *Theory and Evidence on the Regulation of the Latin Notary Profession. A Law and Economics Approach*, cit., p. 40 ss.

²⁰ V. le rassegne di M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *federalismi.it*, 2015,4; P. MARCHETTI, U. MORELLO, *Liberalizzazioni e Notariato*, in *Not.*, 2015, p. 312 ss.; M. COSTANZA, *A margine del Disegno di legge del 14 aprile 2015 sulla Concorrenza*, in *Vita not.*, 2015, p. 571 ss.

²¹ V. i contributi di M. GRAZIADEI, *I trasferimenti immobiliari nel mondo di common law. Modelli a confronto*, e E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla "title insurance"?*, in AA. VV., *Civil law - Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. XLI Congresso Nazionale del Notariato (Pesaro, 18-21 settembre 2005)*, Roma, 2006, rispettivamente p. 212 ss. e p. 221 ss.

comparazione tra *title insurance* e notaio, la prima non si propone in modo alcuno di garantire la correttezza della circolazione dei beni immobili né la certezza delle situazioni d'appartenenza. Il ruolo del notaio, invece, volto alla verifica *ex ante* della titolarità e della legittimazione a disporre del contenuto esatto del diritto: *i)* produce nelle contrattazioni esternalità positive (certificando le situazioni proprietarie)²²; *ii)* riduce, come già menzionato, i costi transattivi (giudiziali e non)²³.

Questo sistema alternativo, squisitamente privatistico, induce a chiedersi se sia opportuno omologarsi ad un livello di responsabilità meno intenso o, invece, anche in un potenziale contesto di maggiore concorrenza - ad esempio con gli avvocati - non sia richiesta ai notai l'osservanza di *standard* professionali più intensi²⁴.

La prima considerazione da fare, rispetto alla vicenda dell'ingresso degli avvocati nelle transazioni immobiliari al di sotto di una certa soglia, è che dietro questa operazione c'è un fenomeno a cui già si è assistito, ad esempio, con riguardo ad un altro settore della professione legale che è il recupero crediti, attività che è stata sostanzialmente reinternalizzata nella gestione dei grandi intermediari finanziari

Tuttavia, si ritiene che uno spazio, seppur molto meno ampio, per l'apporto professionale individualizzato - e quindi non seriale - permarrà anche in questa materia.

Il notariato deve riuscire a dimostrare che il suo costo sociale è stato e continua ad essere compensato da pari vantaggi sociali, contribuendo alla creazione di un sistema di mercato efficiente e che la funzione di controllo e sicurezza giuridica affidata generi esternalità positive diversamente non riproducibili²⁵.

²² R. VAN DEN BERGH, Y. MONTANGIE, *Theory and Evidence on the Regulation of the Latin Notary Profession. A Law and Economics Approach*, cit., pp. 25-29.

²³ Per un raffronto in chiave di analisi economica tra i due sistemi, E. MORANDI, *Il notaio: alternativa civilistica alla "title insurance"?*, cit., p. 234 ss. Sul tema, cfr. A. FORTE, *Il notaio garante nei trasferimenti immobiliari: spunti per non notai*, cit., pp. 321-326.

²⁴ Nel dibattito e nelle riflessioni sull'attività dei notai, si deve evitare l'errore di pensare che il problema della professione notarile sia separato da quello generale dell'evoluzione delle professioni legali. Sono estremamente interessanti, in proposito, le considerazioni svolte da R. SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford-New York, 2008.

²⁵ A. NICITA, *Il Notaio e l'ordine istituzionale del mercato*, cit., p. 502; R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, cit., p. 610. Secondo P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei*

In questa prospettiva, sarebbe un errore rinunciare a *standard* di diligenza - e quindi, inevitabilmente, di responsabilità più onerosi -, in quanto proprio la soglia di responsabilità più intensa consentirà anche in futuro di conservare un autonomo ruolo, quale che sia la decisione - spesso imperscrutabile - del legislatore, per una professione nobile come quella del notaio²⁶.

mercati, in *Not.*, 2011, p. 628 «è nell'esigenza di tale controllo il futuro dell'essenza notarile, la legittimazione sociale e giuridica della sua permanenza, la ragione del rifiuto di liberalizzazioni selvagge che sottraggono le attività ad un adeguato e competente controllo, con la inevitabile conseguenza della dispersione dei valori, dell'inefficienza del mercato e soprattutto della mancata promozione e tutela della dignità umana lasciate alla generosità delle grandi multinazionali. Oltre tutto, liberalizzando, resterebbe incomprensibile "a chi" e "come" attribuire funzioni, quale ad esempio l'omologazione degli atti societari, unica vera riforma con effetti deflattivi per la giurisdizione».

²⁶ Cfr. R. PERCHINUNNO, *Il notaio tra contratto e mercato*, in AA. VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio. Relazioni al XXXIX Congresso Nazionale del Notariato (Milano 10-13 ottobre 2002)*, cit., spec. p. 292 ss.; L. SILIQUINI CINELLI, *L'essenzialità della funzione notarile nell'era dello sviluppo sostenibile: analisi critica e profili pratico-comparativi di una professione legale*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 25 ss.