



Studio n. 153-2014/C

Offerta al pubblico di compravendita immobiliare: l'applicazione all'asta privata, ancora non normata, di principi accettati

Approvato dall'Area Scientifica – Studi Civilistici il 16/05/2014

Approvato dal CNN il 20/06/2014

Lo studio in sintesi (Abstract): *In un mutato scenario economico la negoziabilità ha effetti che non si possono più chiamare privati, dal momento che sono destinati alla collettività, cioè al mercato. Il notaio, orientando le iniziali determinazioni del venditore, sia quest'ultimo o meno professionale, nella modulazione dell'offerta, previo svolgimento dei suoi compiti istituzionali e professionali preliminari, permette di favorire l'incontro delle volontà in un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi, altrimenti difficilmente raggiungibile.*

Il contratto non si forma quasi mai istantaneamente, in specie in ambito immobiliare, in modo progressivo, mediante la determinazione tempo per tempo di tutti i suoi elementi. La realtà economica, tecnica e sociale ha condotto, allora, ad esplorare nuovi territori e nuove modalità conformative dell'offerta ed in generale dell'iter procedimentale che conduce alla formazione del contratto di vendita.

Il ricorso all'istituto dell'offerta al pubblico di cui al 1336 c.c. sul quale è innestata una selezione su base d'asta quale procedimento tecnico che consente l'individuazione del soggetto disposto a rendersi acquirente di un bene alle migliori condizioni possibili, può essere svolto anche nella contrattazione tra privati, sia pure in assenza di una specifica regolamentazione normativa, articolando in più fasi l'iter di formazione del contratto.

Il ricorso allo schema dell'asta nella selezione del soggetto acquirente e nella conseguente formazione del contratto di compravendita immobiliare è modulabile in stretta correlazione alle



esigenze e agli interessi della parte venditrice come modulati in occasione della redazione del disciplinare e del bando, che saranno mutevoli rispetto alla tipologia di asta scelta.

Il modello proposto ha quindi l'obiettivo di garantire: che l'intervento notarile non si svolga con garanzie minori di quelle offerte da un ordinario contratto preliminare in forma notarile non solo per la soddisfazione degli interessi delle parti, ma anche in relazione alla salvaguardia di interessi di rango pubblico (come ad esempio in materia di antiriciclaggio); che l'aggiudicatario possa disporre di un titolo trascrivibile nelle more del perfezionamento del trasferimento; che tutta l'operazione sia fiscalmente ineccepibile, ma non particolarmente onerosa per l'aggiudicatario.

Sommario: 1. Il ruolo sempre nuovo del notaio; 2. L'incarico di gestione dell'asta privata; 3.1. Offerta al pubblico di contratto preliminare di vendita immobiliare e modalità di accettazione; 3.2. Offerta al pubblico e fattispecie consimili; 4.1 Le tipologie di asta normate; 4.2 L'asta privata come fattispecie non ancora normata. 5. Modulazione tecnica dell'offerta al pubblico con asta privata; 6. Il disciplinare ed il bando d'asta; 7. Il verbale di asta; 8. Esclusione del conflitto potenziale tra un siffatto incarico e l'attività di mediazione e le prerogative di imprenditorialità; 9. Maggiori vantaggi e garanzie per venditore ed acquirente; 10. Conclusioni.

1. Il ruolo sempre nuovo del notaio

Il nostro Paese sta attraversando, ormai da qualche anno, una profonda trasformazione che è l'effetto di spinte interne e di spinte esterne, frutto della globalizzazione, che inducono il notaio a confrontarsi non solo con materie sempre più complesse, ma anche con istanze sempre nuove formulate dai cittadini.

Prima di valutare la compatibilità della funzione notarile con l'incarico di gestione di un'asta privata, ipotesi sin ad oggi non oggetto dell'attività di normazione, appare opportuno ricordare in estrema sintesi alcuni profili della funzione notarile istituzionale che possono agevolare lo svolgimento dell'indagine⁽¹⁾.

Se, certamente, il punto di riferimento è costituito dalla legge fondamentale del 16 febbraio 1913 n.89, pur in assenza di una novella espressa sul punto, è evidente l'attribuzione al notaio di



sempre nuovi compiti e funzioni, tutti diretti ad enfatizzare il perseguimento di interessi di rango pubblicistico e la collaborazione con le pubbliche amministrazioni, quali la tutela urbanistica ed edilizia, un sempre più ampio ruolo di collaborazione con il giudice nell'ambito del processo civile (in specie in materia di esecuzione e mediazione processuale, sino all'ampliamento del potere di ricevimento di verbali di inventario), l'aggiornamento dei pubblici registri (anche catastali, attraverso la metodica della conformità oggettiva), l'accesso agevolato alla casa di abitazione (mediante la collaborazione svolta in occasione delle dismissioni), il risparmio energetico (con l'esercizio di un ruolo tecnicamente complesso nella valutazione degli obblighi di dotazione dell'attestato di certificazione energetica e di allegazione agli atti), la tutela dei soggetti deboli (con la speciale disciplina dettata dal codice civile in tema di amministrazione di sostegno), la salvaguardia della posizione giuridica dell'acquirente (con la recente disciplina in materia di deposito del prezzo della compravendita), la lotta al riciclaggio ⁽²⁾, frutto di una sempre più marcata tendenza alla "costituzionalizzazione" del diritto privato ⁽³⁾.

Si assiste, poi, oggi, all'emersione di nuove istanze sociali, mutate dalla forte pressione tesa al superamento della crisi del sistema economico attuale, alle quali si accompagna una nuova e rinnovata richiesta di prestazioni notarili che hanno posto il notariato dinanzi a scenari del tutto nuovi e sino a poco tempo fa neppure immaginabili.

In un tale quadro, emerge con chiarezza soprattutto il ruolo di garanzia svolto dal notaio "nel più ampio contesto dello Stato comunità, "nel quale operano uffici che non sono organi dell'apparato amministrativo e si caratterizzano, anzi, per una spiccata indipendenza da quest'ultima, volta ad assicurarne l'imparzialità" ⁽⁴⁾; si tratta, in concreto, di una funzione tipizzata di salvaguardia del contraente più debole e dei diritti dei terzi e mediamente dell'interesse della comunità a che alcuno dei suoi appartenenti subisca nocumento; in tal senso, come le Autorità di garanzia ⁽⁵⁾ "si muovono nell'area del privato sociale, dei cittadini in quanto utenti, consumatori, risparmiatori ecc., così il ministero notarile non resta estraneo alla ponderazione di interessi sociali dietro quelli delle parti" ⁽⁶⁾.

E' stato attentamente ricordato ⁽⁷⁾, segnalando l'evoluzione dei tempi, che l'attività notarile rientra nell'esercizio di pubbliche funzioni, essendo egli un professionista investito di potestà pubblicistiche, i cui profili strutturali sono connotati da indipendenza, imparzialità e terzietà ⁽⁸⁾.



Le funzioni di certificazione e di adeguamento della volontà appaiono senz'altro espressione essenziale del *munus* notarile pubblico, ma sono entrambe sussunte "in una più ampia funzione di garanzia non solo dell'autonomia privata, ma anche degli interessi collettivi, che lo Stato assume come propri e che con essa possono entrare in conflitto" ⁽⁹⁾. Si tratta in particolare di una sempre più accentuata attività di collaborazione con le amministrazioni pubbliche, delineando un sistema organizzativo duttile e suscettibile di ulteriori modulazioni ed ampliamenti funzionali.

La ricostruzione che ravvisava l'essenza dell'attività notarile nella sola e mera funzione di certificazione appare, allora, oggi certamente retaggio di tempi ormai lontani ⁽¹⁰⁾.

Il notaio coniuga poi siffatta potestà come attribuitagli dalla legge, ma esercitata in nome proprio quale titolare di un ufficio, attuando in modo efficiente "il necessario raccordo tra la sua posizione pubblica e l'esercizio dell'attività libero professionale" ⁽¹¹⁾.

L'esercizio della funzione notarile è però essenzialmente unitario ed è intrinsecamente connesso ai valori ed agli interessi a tutela dei quali è unitariamente posto ⁽¹²⁾.

Se l'esercizio della funzione pubblica notarile manifesta, dunque, i tratti caratteristici dell'attività libero-professionale ⁽¹³⁾, la pubblica funzione, con l'insopprimibile qualità di terzietà del Notaio, affetta indelebilmente anche il rapporto privatistico fra Notaio e cliente ⁽¹⁴⁾. La pubblica funzione e l'attività libero-professionale non rappresentano, allora, l'espressione di due distinti atteggiamenti della stessa figura, svolgentisi in tempi e modi differenti e paralleli, bensì le qualità fondamentali di un'anima, quella notarile, intimamente ed inscindibilmente unitaria.

2. L'incarico di gestione dell'asta privata

In un mutato scenario economico, è stato osservato ⁽¹⁵⁾ che "la negoziabilità ha effetti che non si possono più chiamare privati, dal momento che sono destinati alla collettività, cioè al mercato". I compiti del notaio si pongono in tale esatto discrimine: "nella escursione di un tale pendolo si disloca ed evolve il compito e il ruolo privato sociale del notaio".

Nell'evoluzione della conformazione delle fattispecie i mercati tendono a sollecitare l'autonomia privata verso l'impiego di regolamenti atipici; il notaio in una siffatta ricerca evolutiva è colui al quale sono sempre più affidati dall'ordinamento giuridico il controllo sulla natura degli interessi in gioco, che le parti intendono regolare e modulare; ed anche una tale posizione di



garanzia è soggetta a tali fattori evolutivi: “è il privato sociale che ha il suo luogo elettivo nel mercato a porre il problema di come tutelare la società di massa da ogni possibile frode o nocumento”⁽¹⁶⁾.

In una tale luce non si evolve solo il ruolo e la funzione di garanzia svolta dal notaio, ma anche naturalmente la congerie di strumenti tecnologici che gli sono offerti dall’evoluzione informatica.

L’economia reale impone, inoltre, al modello astratto di mercato adeguarsi alle nuove prospettive che di volta in volta si affacciano sul campo, assicurando sempre di più una libera concorrenza tra gli operatori⁽¹⁷⁾. Di una tale prospettiva che costituisce un cardine dell’ordinamento comunitario il notariato deve tenere conto, concorrendo con i propri sforzi a favorirne l’esatto funzionamento ed evitando distorsioni.

E’ stato acutamente osservato⁽¹⁸⁾ che il mercato “funziona sulla base di scelte che i singoli compiono avendo riguardo alla loro personale utilità”; il ruolo di garanzia espresso dal notariato, insomma, va valutato anche sulla base della sua idoneità alla soddisfazione di interessi che altrimenti sul mercato non potrebbero ottenere una diretta ed immediata tutela.

Le modalità e il contenuto della partecipazione del notaio alla vicenda contrattuale, come conformata dalle parti, permettono di coniugare le esigenze di informazione e sicurezza delle contrattazioni svolte da parti che abbiano raggiunto un’ampia consapevolezza della scelta da svolgere, con l’efficiente funzionamento del mercato stesso, previo completo esame di legalità della fattispecie in oggetto⁽¹⁹⁾.

La crisi nella quale versa il mercato immobiliare, in specie dei venditori di tipo professionale, impone la ricerca di nuove metodiche che favoriscano l’incontro pieno della domanda con l’offerta, agevolando la conclusione di contratti di compravendita, attraverso nuove tecniche procedurali, e con essi offrendo uno strumento ulteriore e duttile che agevoli la auspicata ripresa economica.

In tale luce, i benefici che le parti e la comunità in via mediata possono trarre dalla transazione, superano di gran lunga i costi della stessa⁽²⁰⁾.

La formazione del contratto di compravendita mediante asta privata è chiara espressione delle premesse sin qui svolte.



E' stato osservato ⁽²¹⁾ che proprio in fase esecutiva si apprezza ancora di più il ruolo del notaio, laddove predispone il più adeguato e chiaro congegno di garanzia a presidio di eventuali inadempimenti, accentuando la sicurezza nella formazione del consenso e riducendo la possibilità di liti ⁽²²⁾.

Il notaio, orientando le iniziali determinazioni del venditore, sia quest'ultimo o meno professionale, nella modulazione dell'offerta, previo svolgimento dei suoi compiti istituzionali e professionali preliminari, permette di favorire l'incontro delle volontà in un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi, altrimenti difficilmente raggiungibile ⁽²³⁾. In tale ottica, è peraltro garantito il rispetto dei principi espressi dal Codice del Consumo di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 ⁽²⁴⁾, il cui obiettivo è senz'altro, come si rileva dall'art. 1, di assicurare un elevato livello di tutela a consumatori ed utenti, intendendosi per tali le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

3.1. Offerta al pubblico di contratto preliminare di compravendita immobiliare e modalità di accettazione

Il contratto non si forma quasi mai istantaneamente, in specie in ambito immobiliare ⁽²⁵⁾. Le trattative possono essere più o meno prolungate e il loro risultato non è ancora il contratto "ma uno schema ipotetico che diventerà contratto, se e in quanto su di esso, cioè su ciascuna delle clausole, si formi il consenso delle parti" ⁽²⁶⁾.

La realtà economica, tecnica e sociale ha condotto, allora, ad esplorare nuovi territori e nuove modalità conformative dell'offerta ed in generale dell'*iter* procedimentale che conduce alla formazione del contratto di vendita.

Il contratto può formarsi in modo progressivo, mediante la determinazione tempo per tempo di tutti i suoi elementi.

La proposta o l'offerta può, poi, essere o meno revocabile; ove sia a fermo, l'oblato ha un termine normalmente prefissato durante il quale ha la facoltà di accettare. L'accettazione intervenuta in tale periodo è vincolante per l'offerente per effetto della sua implicita rinuncia al diritto di revoca, secondo le indicazioni di cui all'art.1329 c.c.. Peraltro la revoca di una siffatta



offerta da parte del proponente, conseguenza di uno spontaneo atto di volontà dell'offerente diviene efficace solo dopo la scadenza del termine il cui decorso senza accettazione per altro verso la rende praticamente inutile.

L'offerta, che deve generalmente avere un destinatario, può essere, tuttavia, anche diretta alla generalità dei terzi (la cd. offerta al pubblico, ossia in *incertam personam* "fatta per pubblici proclami perché sia accettata da persona a cui eventualmente convenga" ⁽²⁷⁾), nel rispetto delle previsioni di cui all'art.1336 c.c..

Non vi è nelle disposizioni del codice civile vigente alcuna definizione dell'istituto dell'offerta al pubblico; la norma appena ricordata si limita a delimitare semplicemente dal punto di vista descrittivo la fattispecie, ammettendone e precisandone il rilievo giuridico, superando definitivamente il dibattito che era disceso dal difetto previsionale del testo codicistico anteriore al 1942 ⁽²⁸⁾.

La persona dell'oblatore è, insomma, nell'ipotesi dell'offerta al pubblico, al tempo della proposta medesima, del tutto non individuata ed indifferenziata ⁽²⁹⁾: si tratta, infatti, di una proposta destinata a soggetti indeterminati, intendendosi con il termine *pubblico* una pluralità inorganica di persone a favore delle quali l'offerta stessa è rivolta ⁽³⁰⁾.

Lo scopo evidente è certo di aumentare la possibilità di concludere il contratto con il contraente che appaia più idoneo allo scopo ⁽³¹⁾.

Va, invece, esclusa la qualificazione in termini di offerta al pubblico delle ipotesi nelle quali l'individuazione del destinatario sia affidata ad un terzo (quale ad esempio un procacciatore di affari) o ad un meccanismo di determinazione di tipo relazionale ⁽³²⁾.

E' stato, poi, osservato ⁽³³⁾ che l'offerta può essere considerata una proposta, in virtù di un principio di equivalenza ⁽³⁴⁾, solo se contiene tutti gli elementi essenziali ⁽³⁵⁾ ("formali" e "sostanziali" ⁽³⁶⁾) per la conclusione del contratto al quale è diretta, a norma del ricordato art. 1336 c.c. ⁽³⁷⁾.

Un tale assunto conduce ad escludere la possibilità di trattative, e con ciò senz'altro anche la possibilità di modifica della stessa in funzione delle esigenze dell'accettante ⁽³⁸⁾, pur dipendendo in astratto proprio dal tenore della manifestazione la possibilità di modulazione dell'accettazione ⁽³⁹⁾. In tal modo, l'offerente rimane vincolato non appena l'accettazione, ai sensi del secondo comma



dell'art. 1326 c.c. giunge al proponente nel termine da lui stabilito (o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi). Mediante l'accettazione, l'oblato, che è qualsiasi persona facente parte del gruppo o della categoria alla quale l'offerta stessa è diretta, da incerto diviene certo ed individuato. Il pubblico non è un soggetto di diritto; pertanto, sino al momento dell'accettazione della proposta, "si ha un'offerta senza destinatario".⁽⁴⁰⁾

L'offerta di cui all'art. 1336 c.c. non è, allora, subordinata alla ricezione da parte dell'oblato, a differenza di quanto accade con gli atti di tipo recettizio⁽⁴¹⁾; in questo caso, per realizzare la fattispecie basta che il proponente abbia emesso l'offerta, rendendola conoscibile in modo idoneo⁽⁴²⁾. E' evidente, infatti, che "il render pubblica l'offerta" non è semplicemente un fatto che si aggiunge all'espressione della dichiarazione, "ma un requisito costitutivo della medesima"⁽⁴³⁾.

Normalmente in occasione della formazione di un contratto mediante il ricorso allo schema dell'offerta al pubblico si ricorre alla pubblicità dei giornali o ad apposite agenzie di pubblicità o a manifesti murali o a mostre in vetrine di negozi o ad esposizioni in luoghi pubblici⁽⁴⁴⁾. Nessun dubbio che anche gli strumenti informatici ed in generale internet costituiscano mezzo idoneo allo scopo⁽⁴⁵⁾. La peculiarità nel caso in esame è però certamente rappresentata dal fatto che oggetto dell'offerta è un bene immobile soggetto a peculiari e specifiche regole di circolazione⁽⁴⁶⁾.

La forma notarile⁽⁴⁷⁾ della proposta nella modalità dell'offerta al pubblico offre, allora, senz'altro le garanzie di sicurezza derivanti dall'adozione della stessa *sub specie* di atto pubblico notarile e non preclude la sua diffusione con strumenti pubblicitari di ogni sorta⁽⁴⁸⁾. Si tratterà piuttosto di determinarne le modalità in considerazione anche del ministero del notaio incaricato, il quale curerà che il contenuto della offerta da parte del proponente sia perfettamente conforme alle vigenti disposizioni in materia ed alla volontà del disponente che gli ha dato l'incarico professionale.

Sarà compito del notaio incaricato non solo la cura della definizione esatta della prestazione dell'offerente e dell'espressione delle menzioni richieste dalla legge, ma anche la indicazione di un termine finale di validità della proposta⁽⁴⁹⁾. L'offerta al pubblico di cui al 1336 c.c. deve essere completa ed è proprio questo il suo tratto essenziale⁽⁵⁰⁾, che assume rilievo ancor di più nelle ipotesi nelle quali sia un bene immobile a formarne oggetto ed il notaio a curarne la redazione⁽⁵¹⁾.



Va certamente escluso che possano in alcun modo rilevare elementi di stretta personalità della prestazione offerta, proprio a causa dell'evidente contraddizione che vi sarebbe con un pubblico indifferenziato di oblati ⁽⁵²⁾. In tale ipotesi, l'offerta potrà semmai valere come invito a contrarre ⁽⁵³⁾.

L'offerta al pubblico potrà, inoltre, essere conformata in funzione delle esigenze e degli interessi delle parti; la peculiarità della compravendita immobiliare, con il suo corredo di regole, menzioni e accertamenti necessari e/o opportuni, importa che la selezione del potenziale promissario acquirente non sia lasciata alla sorte del *prior in tempore potior in iure*, principio al quale è normalmente devoluta la scelta dell'oblato, ma sia filtrata attraverso un procedimento che coniughi sicurezza della contrattazione, certezza delle operazioni e le migliori condizioni contrattuali possibili, che affianchi l'offerta di cui al 1336 c.c.; il riferimento è senz'altro, anticipando considerazioni che verranno sviluppate più avanti, ad un meccanismo di incanto o di asta ⁽⁵⁴⁾ che consenta di raggiungere un tale obiettivo mediante l'aggiudicazione.

Nessun limite soffre sul punto la modulazione procedimentale di formazione dell'accordo; in particolare, laddove la parte (promittente) venditrice intenda restare immediatamente vincolata all'epoca dell'aggiudicazione, l'accettazione potrà anche precedere l'aggiudicazione stessa ed essere ad essa sospensivamente condizionata ⁽⁵⁵⁾.

Resta in ogni caso possibile, apparendo anzi l'ipotesi più agevolmente praticabile in concreto, che l'accettazione debba, per espressa previsione regolamentare, temporalmente coincidere con il tempo dell'aggiudicazione; una tale soluzione, da congegnare tecnicamente anche mediante il ricorso alla strumentazione offerta dalle moderne metodiche informatiche, appare certamente preferibile perché permette di cristallizzare il meccanismo contrattuale del preliminare di compravendita, aggiungendo la sicurezza derivante dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie alla certezza della formazione in itinere del meccanismo contrattuale ⁽⁵⁶⁾.

E' naturalmente sempre possibile che l'accettazione possa essere espressa nella forma prevista anche dopo l'aggiudicazione, in un tempo che sia però essere ragionevolmente breve rispetto a quest'ultima, garantendo gli obiettivi che siffatto procedimento reca con sé.

In entrambe tali ipotesi va certamente segnalato che la cauzione andrà imputata a caparra ai sensi dell'art. 1386 c.c. ⁽⁵⁷⁾, con qualche differenza concreta tra l'uno e l'altro caso: ove



l'accettazione sia contestuale all'aggiudicazione, la cauzione troppo bassa renderà, per un verso, più accessibile l'asta da parte di una pluralità indifferenziata di soggetti, ma nel contempo renderà più agevole il recesso (in specie del venditore); un cauzione troppo alta ridurrà in misura proporzionale il numero dei soggetti potenzialmente interessati alla partecipazione all'asta, ma ne garantirà la serietà di intenti.

Può immaginarsi, tuttavia, che in entrambe le ipotesi postulate (accettazione contestuale o immediatamente successiva all'aggiudicazione e accettazione successiva nei tempi predeterminati), la cauzione debba essere integrata in occasione della sottoscrizione del formale atto di accettazione da parte dell'aggiudicatario di un'ulteriore somma da imputarsi unitamente alla cauzione stessa a caparra, rendendo più forte il legame precontrattuale tra le parti.

Nessuna difficoltà pone un tale *iter* procedimentale di formazione del contratto di compravendita in relazione alla modulazione del prezzo, che potrà essere corrisposto con le modalità preferite senza alcuna deviazione dall'assetto ricostruttivo degli interessi voluto dalle parti proponente ed oblati; il prezzo potrà, allora, essere in parte mutuato, con il ricorso ad un finanziamento bancario e ove lo ritenga anche rateizzato con la analitica previsione o la espressa esclusione di pagamento di interessi per la dilazione accordata.

E' stato ricordato ⁽⁵⁸⁾ che il meccanismo dell'offerta al pubblico può poi essere conformato in modo da avere una pluralità di oggetti sui quali si pone la contrattazione, sino a condurre astrattamente alla conclusione non di uno ma di una pluralità indefinita di contratti ⁽⁵⁹⁾; la questione si pone non solo nel caso in cui l'offerta non sia in grado di soddisfare le richieste degli oblati, ma anche nel caso in cui la modulazione del prezzo come proposto ed accettato dipenda dal contenuto oggettivo della prestazione promessa ⁽⁶⁰⁾.

Il contratto si conclude quando un soggetto accetta la proposta e la stessa accettazione giunge a conoscenza del proponente al pubblico ⁽⁶¹⁾. L'eventuale accettazione non conforme vale come controproposta, secondo le regole generali.

Il vantaggio di una tale ricostruzione è evidente: la trascrizione del contratto preliminare nei registri immobiliari da parte del notaio incaricato di ricevere l'atto di accettazione (a favore dell'aggiudicatario) costituisce senz'altro il valore aggiunto dell'operazione, proprio perché la



rende dal punto di vista esecutivo appetibile ed idonea anche in termini di sicurezza delle contrattazioni.

Va, altresì, risolto alla luce delle metodiche tecniche attualmente praticate, il problema posto dalla possibile pluralità di accettazioni contemporanee della medesima offerta.

Le soluzioni accolte e prospettate dagli interpreti nel recente passato avevano il pregio della fantasia, ma nel contempo anche il difetto – in assenza di un'esatta previsione del caso nell'offerta – di prestare il fianco al dubbio ermeneutico e spaziavano dalla facoltà per il proponente di scelta tra le diverse accettazioni, alla necessità di dividere il bene in parti ove esso sia divisibile, o di costituire una comunione di diritti sul bene oggetto della prestazione o ancora, nel caso di beni ceduti in serie, all'esecuzione ripetuta della prestazione ⁽⁶²⁾. La precisione temporale dei meccanismi di aggiudicazione, filtrata dalla moderna tecnica informatica, permette oggi di risolvere siffatti potenziali conflitti a monte, senza generare dubbi di sorta, reputando l'accettazione più sollecita idonea alla produzione dell'effetto conclusivo del contratto ⁽⁶³⁾.

Se normalmente l'offerta al pubblico è revocabile, la maggiore serietà di essa può essere espressa dalla previsione della sua irrevocabilità (art. 1329 c.c.); in siffatto caso, l'offerente deve esprimere in tal senso la sua chiara volontà ⁽⁶⁴⁾. Una tale soluzione appare fortemente consigliata nel caso in esame proprio nell'ottica di attribuire sicurezza e certezza all'intero procedimento, che rischierebbe altrimenti di perdere di affidabilità.

Deve, comunque, essere affrontata la questione della revoca dell'offerta al pubblico che può essere manifestata sino al momento della conclusione del contratto e che deve essere effettuata nella stessa forma o in forma equivalente all'atto al quale accede ed efficace anche nei confronti di colui che non abbia avuto notizia di tale revoca (art. 1336 cpv. c.c.) ⁽⁶⁵⁾.

Si tratta di una disciplina che deroga a quella ordinaria prevista per la revoca della proposta semplice e che certamente non ha carattere recettizio ⁽⁶⁶⁾. Ne discende con evidenza che il rispetto dell'onere formale di tipo relazionale con l'offerta, libera, comunque, l'offerente revocante da qualsivoglia responsabilità in ordine all'eventuale pagamento dell'indennizzo ai sensi dell'art. 1328 c.c. in favore dell'accettante che in buona fede abbia intrapreso l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca ⁽⁶⁷⁾, nonostante l'autorevolezza della contraria opinione ⁽⁶⁸⁾.



Resta naturalmente impregiudicata la possibilità dell'offerente ⁽⁶⁹⁾ di provare che colui che è destinatario dell'offerta, in quanto facente parte del gruppo o della categoria selezionata, abbia in ogni caso avuto *aliunde* notizia della revoca con conseguente inefficacia dell'accettazione ⁽⁷⁰⁾.

Ove, come nel caso in esame, inoltre, l'offerta al pubblico sia formata con atto pubblico anche la revoca dovrà avere la medesima forma ⁽⁷¹⁾.

E' tuttavia fortemente opportuno, proprio in funzione delle modalità informatiche di sviluppo della fattispecie, che all'offerente venditore debba essere imposto un termine finale per il ritiro della sua proposta. Si potrebbe immaginare che quest'ultima possa essere revocata sino al momento immediatamente antecedente l'apertura delle buste con dichiarazione scritta presentata allo stesso notaio banditore ⁽⁷²⁾.

Anche le cause di cessazione dell'offerta possono essere agevolmente desunte dalle regole generali che presiedono la formazione procedimentale del contratto; oltre che per revoca e sopravvenuta morte o incapacità del proponente, qualora l'offerente non sia imprenditore (art. 1330 c.c.) o non abbia disposto l'irrevocabilità della proposta al pubblico (art. 1329 c.c.) l'efficacia dell'offerta al pubblico cessa se entro il termine espressamente fissato non sia stata espressa l'accettazione relativa ⁽⁷³⁾.

3.2. Offerta al pubblico e fattispecie consimili

E' necessario a questo punto l'esame di altri strumenti consimili all'offerta al pubblico che pur ontologicamente distinti da essa, possono accompagnarla per rendere il procedimento di formazione del contratto maggiormente conforme alla volontà ed agli interessi delle parti.

Non si può innanzi tutto confondere l'offerta al pubblico, che è il nucleo di un eventuale futuro contratto, con la promessa unilaterale al pubblico, che, invece, di per sé, è fonte di obbligazione e vincola colui che la esprime, non appena resa pubblica, indipendentemente dalla sua accettazione ⁽⁷⁴⁾. L'unico elemento comune tra le due fattispecie è costituito dal fatto che entrambe sono rivolte a destinatari indeterminati ⁽⁷⁵⁾.

Non si tratta, tuttavia, di una differenza solo di effetti tra le due ipotesi, ma di essenza ⁽⁷⁶⁾.

Nella promessa al pubblico disciplinata dall'art. 1989 c.c. "colui che, rivolgendosi al pubblico, promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una



determinata azione, è vincolato dalla promessa non appena questa è resa pubblica". Un tale istituto si colloca al di fuori dell'area del contratto e, come è stato segnalato ⁽⁷⁷⁾, non è sottoposto alla regola causale che vige appunto in materia contrattuale ⁽⁷⁸⁾. La mera promessa non può costituire fonte di obbligazione, fatti salvi i casi in cui, come nella disposizione ora ricordata ciò sia esattamente previsto ⁽⁷⁹⁾.

In realtà, caratteristica dell'atto unilaterale quale è la promessa al pubblico, è, infatti, l'assoluta irrilevanza del comportamento dell'altro soggetto, essendo del tutto sufficiente a far nascere l'obbligazione l'espressione della dichiarazione. Nell'offerta al pubblico invece vi è una proposta contrattuale che non è vincolante per l'offerente finché non interviene l'accettazione di uno dei destinatari. Se la promessa al pubblico è essa stessa fonte del rapporto obbligatorio a carico del promittente, l'efficacia obbligatoria dell'offerta al pubblico discende dall'essere intervenuta l'accettazione di essa che genera esattamente la nascita del rapporto obbligatorio ⁽⁸⁰⁾.

La promessa al pubblico è, in definitiva, un negozio unilaterale di per sé vincolante non appena reso pubblico, l'offerta al pubblico è un elemento di un possibile futuro contratto che necessita di un'apposita accettazione da parte di chi fa parte della cerchia degli oblati e che *ex ante* sono soggetti indeterminati ⁽⁸¹⁾. E' stato osservato ⁽⁸²⁾ che se nell'offerta al pubblico non solo l'obbligo sorge dopo l'accettazione, ma anche il rifiuto della prestazione da parte dell'oblato non dà origine al vincolo obbligatorio, invece nella promessa al pubblico non solo l'emissione della dichiarazione e l'assunzione della relativa obbligazione prescindono dall'accettazione, ma addirittura il rifiuto di essa non preclude, nei termini fissati, l'espressione di una successiva accettazione dalla quale discenda poi l'obbligo di adempimento della promessa ⁽⁸³⁾.

Ipotesi ancora diversa è l'invito ad offrire, che è la sollecitazione ad una o più persone affinché separatamente si rendano offerenti di un futuro contratto nei confronti di colui che loro rivolge fornendo proprie indicazioni sul contenuto del contratto che è temporalmente a venire ⁽⁸⁴⁾. Si tratta di una tecnica alla quale si ricorre, come è stato attentamente rilevato ⁽⁸⁵⁾, per saggiare la serietà delle intenzioni della controparte e nel contempo discutere e definire meglio le condizioni dell'affare, riservandosi l'ultima parola, in ordine alla sua conclusione.

L'invito, ad evidente differenza con l'offerta al pubblico, non è suscettibile di accettazione, con l'effetto che colui che ad esso risponde non accetta, ma a sua volta propone la conclusione del



contratto al primo il quale potrà finalmente ove lo ritenga con la propria accettazione dare luogo alla conclusione del contratto mediante accettazione. Il valore tecnico giuridico dell'invito ad offrire è, allora, quello di un atto di avvio di trattativa contrattuale ⁽⁸⁶⁾, che però ha un rilievo ed un'importanza economici atteso che ha la funzione di selezionare un futuro contraente possibile, ossia l'invitante ⁽⁸⁷⁾. E' evidente allora che in tali ipotesi l'esame della vicenda contrattuale e della sua formazione non può partire dalla proposta ma deve essere anticipato al tempo dell'invito ad offrire ⁽⁸⁸⁾. La conseguenza di un tale assunto è che l'invitante, una volta che sia stato espresso l'accoglimento dell'invito dovrà senz'altro comportarsi secondo la buona fede di cui all'art. 1337 c.c. ⁽⁸⁹⁾.

Diversa dall'offerta al pubblico appare anche la licitazione privata (o atto di sottomissione) nel quale di regola ad un invito ad offrire più proponenti fanno pervenire le loro offerte per iscritto; colui che le riceve ha la facoltà di accettare quella migliore in conformità al suo interesse ⁽⁹⁰⁾. In questo caso, il meccanismo della formazione del contratto, (a differenza dell'ipotesi del pubblico incanto) consiste in offerte di aumenti o ribassi su un prezzo base fatte in modo non pubblico ma segreto.

Una particolare ipotesi di formazione del contratto con prestazioni corrispettive è stata individuata nell'asta o pubblico incanto in cui si effettua una gara di offerte funzionali ad un bando nel quale è precisato il prezzo base.

Secondo un'autorevole ricostruzione ⁽⁹¹⁾, può individuarsi nel bando d'asta un vero e proprio invito ad offrire da parte del promotore, con la conseguenza di qualificare le successive offerte presentate in corso di gara quali proposte contrattuali. In virtù di un tale procedimento, diviene contraente di colui che ha emanato il bando, proprio colui che ha offerto il prezzo più alto, se l'incanto ha ad oggetto una vendita o il prezzo più basso se l'incanto abbia ad oggetto una compera ⁽⁹²⁾.

E' stato osservato, in contrario, sul punto, che un'offerta non può "successivamente «scadere» ad invito ad offrire" ⁽⁹³⁾; in mancanza di ulteriori manifestazioni di volontà da parte degli oblati, il contratto (definitivo o preliminare) di vendita si forma senza alcuna successiva ulteriore dichiarazione manifestata dal promotore. Le offerte degli oblati non sono altro che una pluralità di accettazioni della medesima proposta sospensivamente condizionate al non sopravvenire (ovvero



risolutivamente condizionate al sopravvenire) di dichiarazioni più vantaggiose di altri contraenti ⁽⁹⁴⁾.

Con felice anticipazione rispetto ai tempi attuali, è stato, al proposito, osservato ⁽⁹⁵⁾ che il ricorso all'asta quale "forma di conclusione del contratto" (o meglio quale elemento procedimentale del meccanismo di conclusione del contratto) appare possibile, seppur non frequente anche nei rapporti tra privati. L'accettazione dell'oblato permette, poi, il perfezionamento dello schema procedimentale e con esso del contratto ⁽⁹⁶⁾.

I meccanismi sin qui descritti seppur distinguibili in un immaginario laboratorio come monadi che vivono l'una indipendente dall'altra, possono, invece, essere coniugati in modo da ottenere la migliore allocazione e soddisfazione degli interessi in gioco. Lo schema che consente le migliori garanzie, ove il promittente venditore intenda vendere il suo bene immobile mediante asta privata, è costituito dal susseguirsi procedimentale dell'offerta al pubblico (irrevocabile o meno, come ricordato) di contratto preliminare formulata da parte del primo, seguita dalla relativa accettazione da parte dell'aggiudicatario ⁽⁹⁷⁾.

Va, infine, ancora una volta ricordato il vantaggio evidente che consegue alla trascrizione del contratto preliminare nei registri immobiliari da parte del notaio incaricato di ricevere l'atto di accettazione (a favore dell'aggiudicatario) anche in termini di sicurezza delle contrattazioni.

4.1 Tipologie di asta normate

L'asta è il procedimento tecnico che consente l'individuazione del soggetto disposto a rendersi acquirente di un bene o fornitore di un servizio alle migliori condizioni possibili. Un tale strumento trova impiego non solo nell'ambito della contrattazione con la Pubblica Amministrazione, ma anche nelle procedure esecutive ed in quelle concorsuali.

Quanto al primo ambito, l'asta rappresenta strumento negoziale privilegiato nella contrattazione con la Pubblica Amministrazione. L'indice normativo è chiaro, infatti, nel prevedere, per i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato, la procedura dei pubblici incanti ⁽⁹⁸⁾. La *ratio* di tale preferenza è da rinvenire nella idoneità di tale strumento ad individuare, con maggiore oggettività, il soggetto contraente, in quello offerente le migliori condizioni di acquisto, con ciò escludendosi dunque scelte parziali e svantaggiose per il patrimonio pubblico. Oltre a ciò



l'asta consente di realizzare la parità di trattamento dei potenziali acquirenti e di garantire un regime di concorrenza tra i partecipanti alla gara.

Le stesse finalità muovono l'adozione dello strumento dell'asta nelle procedure esecutive e concorsuali volte alla liquidazione di beni dei privati.

Nella contrattazione con la Pubblica Amministrazione il ricorso all'asta è impiegato sia per l'aggiudicazione nei contratti comportanti un esborso da parte dello Stato (ad esempio, per la scelta delle imprese prestatrici di servizi), sia per la dismissione di beni facenti parte del patrimonio pubblico, in quanto permette di coniugare la tutela di interessi diversi: in primo luogo, l'interesse economico della pubblica amministrazione riconducibile al dettato dell'art. 97 Cost.; in secondo luogo, l'interesse alla parità di trattamento di cui all'art.3 Cost.; ed infine l'interesse di rango comunitario alla tutela della libera concorrenza ⁽⁹⁹⁾.

E' stato, tuttavia, sul punto, rilevato ⁽¹⁰⁰⁾ che i difetti del ricorso al meccanismo tecnico dell'asta per la selezione dell'avente causa, possono essere rinvenuti in alcuni fattori che danno luogo ad un effetto negativo: si tratta in particolare dei tempi e dei costi necessari per la sua realizzazione, che costituiscono in concreto una sorta di prezzo dell'asta nonché della consueta incompletezza del contratto che permette al contraente aggiudicatario di volgere a proprio vantaggio la mancata disciplina di determinati aspetti contrattuali.

E', tuttavia, un dato di esperienza comune che siffatte diseconomie nell'ipotesi in cui l'asta pubblica abbia ad oggetto beni immobili tendono ad attenuarsi, se non a dissolversi del tutto ⁽¹⁰¹⁾. Infatti, è evidente che l'asta è un meccanismo di emulazione del mercato che spesso consente di rimediare alla limitata conoscenza di un certo mercato da parte dell'utente; nelle ipotesi delle vendite immobiliari, l'asta permette, poi, di selezionare non la migliore prestazione disponibile, ma certamente il soggetto che è disposto ad offrire la maggiore cifra per quel particolare bene; si tratta infatti di paragonare tra loro *beni* e non *attività di imprese*, ottenendo il miglior risultato possibile proprio mediante l'accettazione della più alta delle offerte avanzate.

L'asta consente, poi, di escludere due ulteriori diverse asimmetrie informative potenzialmente entrambe molto pericolose: la prima tra amministrazione e potenziali concorrenti; la seconda tra l'amministrazione e coloro che agiscono in suo nome, che potrebbero in astratto



esserle anche infedeli. Il meccanismo dell'asta è ancora più importante allora in quanto permette in concreto di prevenire la potenziale corruzione ⁽¹⁰²⁾.

Nel caso di impiego di vendita all'incanto, la procedura è strutturata in fasi che vedono susseguirsi alla deliberazione a contrarre, la pubblicazione dell'avviso d'asta, l'ammissione dei contraenti, la celebrazione degli incanti, l'aggiudicazione della quale si darà conto nel relativo verbale e, salvo quanto vedremo di seguito, la successiva stipulazione tra aggiudicatario e P.A..

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate della natura giuridica di tali atti hanno qualificato, prevalentemente, l'avviso d'asta quale invito ad offrire ed individuato la consacrazione dell'accordo, con efficacia vincolante per le parti, nella sottoscrizione del verbale di aggiudicazione (in caso di presenza dell'aggiudicatario, o alternativamente, nella notifica del verbale allo stesso), fatta salva la successiva approvazione da parte della P.A. ⁽¹⁰³⁾. In questo quadro, dunque, il verbale di aggiudicazione equivale, come sembra confermato dalla giurisprudenza ⁽¹⁰⁴⁾, ad ogni effetto legale al contratto, sebbene l'accordo raggiunto possa essere successivamente oggetto di separata stipulazione tra P.A. ed aggiudicatario.

La questione in ordine all'idoneità del verbale di aggiudicazione a costituire esso stesso fonte del rapporto contrattuale è stata sollevata dal contrasto tra l'art. 16, co. 4 e 5 del R.D. n. 2440 del 1923, secondo cui "I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto", e l'art. 88 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 in forza del quale "Avvenuta la definitiva aggiudicazione, si procede nel più breve termine alla stipulazione del contratto, tranne i casi in cui il verbale di aggiudicazione tenga luogo di contratto".

Gli interpreti, pertanto, nel tentativo di ricomporre tali diverse previsioni hanno attribuito al verbale di aggiudicazione, ai sensi della prima norma citata, efficacia vincolante per le parti, in cui l'eventuale successiva stipulazione avrebbe mera funzione riproduttiva; in alternativa, riconoscendo il valore dispositivo del citato art. 88, si è ritenuto possibile attribuire, per volontà delle parti da rinvenirsi nel bando, al verbale di aggiudicazione una funzione preparatoria, che, pur esplicando la sua cogenza nel rapporto contrattuale in via di formazione, necessita altresì di un successivo contratto tra P.A. e aggiudicatario ⁽¹⁰⁵⁾. In tal caso, il titolo di trasferimento del bene è da rinvenirsi, non nel verbale di aggiudicazione, che funge da veicolo di individuazione del



contenuto dell'accordo e delle parti contraenti, quanto invece nel successivo atto di trasferimento posto in essere, conformemente alle previsioni risultanti dal bando d'asta e dal verbale, tra la P.A. e l'aggiudicatario.

Discorso a parte meritano le vendite nell'ambito di procedure giudiziarie esecutive e concorsuali. Nel primo caso, come noto, il trasferimento del bene avviene, a seguito dell'aggiudicazione, in forza del decreto di trasferimento adottato dal giudice dell'esecuzione⁽¹⁰⁶⁾.

In ambito fallimentare, al contrario, l'innovata disciplina delle *procedure competitive* regolate dal nuovo testo dell'art. 107 l. fall.⁽¹⁰⁷⁾, ha eliminato il necessario rinvio agli artt. 584 e ss. c.p.c. sulla procedura esecutiva⁽¹⁰⁸⁾, prevedendo nuove regole per la vendita⁽¹⁰⁹⁾.

Nel programma di liquidazione, che assurge a elemento centrale dell'intera procedura, si devono individuare le modalità di vendita dei singoli cespiti e prevedere se si ritenga possibile cedere l'intera azienda o singoli rami di azienda in blocco; in ogni caso le vendite devono essere effettuate secondo modalità competitive, e può essere previsto che vi provveda il giudice secondo la disciplina del c.p.c. in materia di esecuzione.

Si possono individuare tre principali tipologie di procedure competitive prevedibili nel programma di liquidazione:

- la vendita a trattativa privata, che però sembrerebbe consentita solo per beni di modesto valore;
- la vendita c.d. "deformalizzata", con procedura competitiva semplificata, ma che in ogni caso presuppone stima e pubblicità;
- la vendita secondo le procedure regolate dal c.p.c.

Con riferimento alla seconda ipotesi delineata, la dottrina ha osservato come, esclusa la riconducibilità del titolo di acquisto al decreto di trasferimento del giudice delegato ex art. 586 c.p.c., non appare titolo idoneo in tal senso neppure il verbale di vendita, trattandosi di atto a valenza documentale, limitantesi a fornire prova del rispetto delle modalità di individuazione dell'acquirente⁽¹¹⁰⁾. Il titolo deve rinvenirsi, dunque, in un successivo atto di trasferimento posto in essere, compiuti i prescritti adempimenti⁽¹¹¹⁾, tra curatore ed aggiudicatario.

Quanto al ruolo del notaio nella procedura a mezzo asta si rinvia alla dottrina che ha indagato la competenza notarile, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2699 c.c. e dell'art. 1 l.n.,



e delle norme di legge speciale, anche alla luce dell'annosa questione circa la ricevibilità dei verbali di constatazione da parte del notaio ⁽¹¹²⁾.

4.2 L'asta privata come fattispecie non ancora normata

Le stesse esigenze che spingono all'impiego dell'asta negli ambiti sopra esaminati possono manifestarsi altresì nella contrattazione tra privati ⁽¹¹³⁾, consentendo di realizzare contemporaneamente una maggiore celerità e migliori condizioni di vendita all'interno di una procedura unitaria, sia pure in assenza di una specifica regolamentazione normativa.

Si tratta, infatti, di una fattispecie non disciplinata nel nostro ordinamento alla quale non è possibile estendere analogicamente la disciplina dettata per l'asta di natura pubblica, il cui procedimento "è per intero caratterizzato da una funzione eminentemente pubblicistica che non si ravvisa negli incanti organizzati da privati" ⁽¹¹⁴⁾.

L'asta privata è qualificabile, dunque, quale istituto atipico di natura procedimentale, che trae la sua fonte normativa dall'autonomia privata come espressa in particolare nel disciplinare di gara e nel bando d'asta. E' stato osservato ⁽¹¹⁵⁾, al riguardo, che l'esigenza di individuare percorsi alternativi di formazione progressiva del contratto è andata ampiamente affermandosi nella prassi contrattuale, ove si è assistito ad un ridimensionamento dello schema proposta-accettazione individuato dal codice.

In questo quadro, l'autonomia privata si esplica, dunque, nell'individuazione di un procedimento variamente articolato di volta in volta in considerazione dell'interesse delle parti e delle esigenze sottostanti l'operazione da realizzare ⁽¹¹⁶⁾.

Ciò posto, in base alle previsioni del disciplinare e del bando, si potranno individuare, attraverso le varie fasi del procedimento, manifestazioni di volontà tipiche, mutevoli rispetto alla tipologia di asta posta in essere.

In particolare, sono prospettabili in astratto *in relazione alle modalità di fissazione del prezzo di vendita*:

- l'asta con offerte segrete, senza incanto o con incanto, in cui si renderà aggiudicatario il miglior offerente (cd. *al rialzo* o c.d. asta inglese); in tale ipotesi la vendita viene aggiudicata



- a colui che ha proposto la migliore offerta, partendo dal prezzo minimo indicato dal venditore nell'ambito dei limiti temporali dell'offerta;
- l'asta con offerte segrete (cd. *asta segreta al prezzo massimo*), cui può seguire un incanto a determinate condizioni (ad esempio, possono essere ammesse a partecipare all'incanto solo le migliori offerte segrete) nella quale ogni interessato al bene offre, per iscritto, un prezzo massimo. Le offerte vengono raccolte, nei limiti temporali fissati, e rese pubbliche contemporaneamente con l'aggiudicazione all'offerta più elevata;
 - l'asta con offerte al ribasso (c.d. *asta olandese*), da valutare con eventuale incanto, solo in assenza di offerte pari o superiori alla base d'asta; in tale caso, la vendita viene aggiudicata al miglior offerente, partendo dal prezzo massimo indicato dal venditore e nell'ambito dei limiti temporali dell'offerta;
 - *asta con riserva*, in cui la vendita viene aggiudicata solo se le offerte abbiano raggiunto e/o superato il prezzo minimo stabilito. Tale prezzo non viene comunicato durante la gara;
 - *asta con il metodo Vickrey*, nella quale la procedura è analoga all'asta al prezzo massimo. La differenza consiste nel fatto che l'aggiudicazione è fatta al miglior offerente per il prezzo di acquisto del secondo migliore offerente.

In tutte queste ipotesi sono mutevoli altresì le posizioni del proprietario/venditore e dell'aggiudicatario.

Quanto alla posizione del primo, l'asta potrà essere predisposta secondo un meccanismo tale da consentire al venditore l'interruzione del procedimento, prima o durante l'incanto, purchè prima dell'aggiudicazione, ovvero anche successivamente a questa, nella misura in cui il bando contenga un invito ad offrire in forza del quale le successive offerte, qualificabili quali proposte, necessitino dell'accettazione da parte del proprietario.

Al contrario, si potrà prevedere che il contratto sia perfezionato con l'aggiudicazione oppure stabilire che in seguito a questa il venditore sia obbligato alla stipulazione di un contratto preliminare o definitivo, in questo caso senza alcuna facoltà di interruzione.

Quanto alla posizione dell'aggiudicatario, questi potrà ritenersi, a seconda dei casi, obbligato a contrarre o meno (perdendo in questo caso la cauzione versata all'offerta)⁽¹¹⁷⁾.



L'asta costituisce in tal modo un segmento del più ampio iter procedimentale per la formazione della volontà contrattuale e, in base alla sua modulazione e conformazione, può essere ricondotta alle categorie tipologiche dell'invito ad offrire, della promessa al pubblico, o infine dell'offerta al pubblico, indipendentemente dalle concrete modalità di attuazione anche di tipo informatico ⁽¹¹⁸⁾.

Va subito precisato, a questo punto, che la materia in esame è del tutto estranea alla regolamentazione espressa in argomento dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006 n.163) e dal relativo regolamento attuativo emanato con d. P. R. 5 ottobre 2010 n.207 ⁽¹¹⁹⁾, sebbene proprio dall'esistenza di una siffatta regolamentazione possano trarsi utili spunti ricostruttivi in ordine ai principi vigenti in materia.

Emerge, in particolare, in tale ultimo ambito che la preoccupazione del legislatore che ha disciplinato una tale fattispecie riguarda la riferibilità all'utente delle operazioni che abbia compiuto adoperando strumenti certi di identificazione, alla immodificabilità dei documenti e delle registrazioni di sistema prodotte dalla piattaforma utilizzata, alla sottoscrizione con firma digitale di tutti gli atti, offerte e dichiarazioni prodotte in gara dai concorrenti ed alla sottoscrizione con firma digitale degli atti di procedimento tra i quali in modo peculiare il verbale di aggiudicazione ⁽¹²⁰⁾.

Il fenomeno delle aste on line di tipo privato, al di fuori di un terreno tecnico di natura squisitamente pubblicistica, va ricondotto nel più ampio sistema del commercio ed in particolare del commercio di tipo elettronico.

Va a tale proposito ricordata, allora, la *direttiva 2000/31/Ce* in materia di commercio elettronico attuata nel nostro ordinamento con il *d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70*; nonostante l'assenza di qualsiasi riferimento espresso al concetto di asta *on line*, sulla base di essa è stato definito il ruolo svolto dalle società che gestiscono i siti on line attraverso i quali vengono praticate le aste stesse ⁽¹²¹⁾, prevedendo inoltre alcuni specifici obblighi informativi in capo ai soggetti che le esercitano, in modo che all'interno del sito siano presentate una serie di informazioni chiare, esatte e non equivoche. Atteso il rilievo degli interessi in gioco l'obiettivo è quello di assicurare un complesso di regole che coniughino la parità di condizione ai partecipanti senza generare discriminazione alcuna in uno con l'affidabilità dell'offerta e delle dichiarazioni degli offerenti.



Quanto alle norme di diritto interno riferibili al sistema delle aste on line, il primo riferimento va fatto all'art. 18 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 114 ⁽¹²²⁾, (rubricato "Vendita per corrispondenza, televisione o altri sistemi di comunicazione" ⁽¹²³⁾) che disponeva "Le operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione sono vietate" ⁽¹²⁴⁾, ed estendeva alle vendite in questione, la disciplina di cui al *d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50* in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

L'art. 2 del d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185 ⁽¹²⁵⁾, che escludeva invece l'applicazione della disciplina sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza conclusi in occasione di una vendita all'asta (anche *on line*), sembrava entrare in contraddizione con il ricordato divieto della pratica della vendita all'asta mediante "televisione o altri sistemi di comunicazione" (tra i quali, appunto, ben potrebbe rientrare internet per mezzo del quale si svolgono le aste *on line*). E' evidente al riguardo l'incongruenza consistente nel fatto di escludere l'applicazione della disciplina relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza conclusi in occasione di una vendita all'asta, proprio in presenza di un divieto assoluto di adozione di un sistema di vendita.

E' stato però affermato ⁽¹²⁶⁾ che una siffatta evidente contraddizione può agevolmente essere risolta attraverso una contestualizzazione delle disposizioni: l'art. 18 d.l. 114/1998, infatti, era collocato all'interno del Titolo VI rubricato "Forme speciali di vendita al dettaglio" , con l'effetto che il divieto in questione si applicava solo a chi esercitava il commercio al dettaglio definito ex art. 4, comma 1°, lett. b) come "l'attività svolta da chiunque, professionalmente, acquisti merci in nome e per conto proprio e le rivenda, in aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, al consumatore finale" ⁽¹²⁷⁾.

Nel dibattito sviluppatosi nel tempo era però intervenuta la Circolare del Ministero delle Attività Produttive del 17 giugno 2002, n. 3547/C intitolata " *Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 114 . Commercio elettronico. Indicazioni sulle aste on line*", molto analitica ed articolata ⁽¹²⁸⁾.

Tale ultimo documento amministrativo da una parte confermava la possibilità di un'apertura del nostro sistema alle aste *on line*, dall'altra ribadiva la sussistenza del limite per gli operatori dettaglianti che svolgono l'attività di acquisto per la rivendita ai consumatori finali" (par., 2.1) di ricorrere al sistema delle aste on line ⁽¹²⁹⁾.



Ne discenderebbe, da una tale interpretazione, che in Italia le aste on line, business to consumer, tra dettaglianti e consumatori (B2C), dovrebbero ritenersi vietate o comunque ammesse con i limiti di cui sopra⁽¹³⁰⁾.

Nessun dubbio invece sorge in alcun caso nel quale invece l'asta concerna le aste tra professionisti (*business to business- B2B*), nelle quali i partecipanti all'asta non rivestono lo *status* di consumatori; nelle aste tra consumatori e professionisti (*consumer to business- C2B*), nelle quali è il consumatore ad indicare il prodotto che intende acquistare nonché nelle aste tra consumatori (*consumer to consumer – C2C*).

Un tale risultato che deve fare però i conti con l'abrogazione da parte dell'art. 146 del d.lgs. del 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo) del ricordato decreto legislativo n.185 del 1999, sembra oggi avere risolto ancora di più l'apparente antinomia⁽¹³¹⁾.

Nello stesso Codice del consumo due articoli (14, comma 5, lett. b - riferito all'obbligo di indicazione dei prezzi per unità di misura - e 51, comma 1, lett. e - riferito ai contratti a distanza) prevedono, poi, espressamente la disapplicazione dei relativi sezioni e capi del Codice del consumo rispettivamente: ai prodotti offerti nelle vendite all'asta ed ai contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta con espressioni analoghe a quelle del più volte ricordato ed oggi abrogato art. 2 lett e) D.lgs. n. 185/89 che ha originato il dubbio di liceità delle aste *on line*.

Il ricordato divieto era stato posto dal legislatore allo scopo evidente di tutelare i partecipanti all'asta (e, pertanto, i potenziali acquirenti) dalla possibilità di essere vittime di procedure non obiettive né imparziali (come nelle aste cd. *Telesive*)⁽¹³²⁾.

E' evidente che tali preoccupazioni potrebbero essere presenti anche nelle aste on line di tipo B2C (essendo del tutto pacifica la liceità delle altre), ponendosi senz'altro un problema (risolvibile) di identificazione dei soggetti partecipanti, che può essere resa sicura (come suggerito anche dalla circolare 3547/C) mediante la firma digitale che assicura sia la provenienza e la non manomissione del messaggio inviato.

Posto che le soluzioni tecniche offerte dall'informatica permettono di superare la *ratio* del limite normativo nel nostro ordinamento non dovrebbe valere, in relazione alle aste on line, il divieto espresso per quelle televisive⁽¹³³⁾.

Le aste on line dovrebbero allora ritenersi libere, con l'auspicio di un intervento del



legislatore comunitario che le regoli soprattutto nelle ipotesi in cui il venditore sia un professionista⁽¹³⁴⁾.

Ed anche le aste on line *business to consumer*, che costituiscono uno strumento di vendita in cui il professionista utilizza una piattaforma on line offerta da un terzo, rientrerebbero nella disciplina predisposta per i contratti a distanza, con l'effetto di far fruire al consumatore proprio quella congerie di tutele previste nella normazione sulla contrattazione a distanza⁽¹³⁵⁾.

Conferma di un tale indirizzo si può trarre dalle indicazioni che provengono dall'attuazione delle direttive CE 17/2004 e 18/2004 le quali senz'altro vanno nella direzione della modernizzazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici; in particolare, il ricorso alle nuove tecnologie favorisce una maggiore concorrenza, efficienza, economicità nonché trasparenza nel ricordato settore degli appalti pubblici⁽¹³⁶⁾; l'abrogazione ad opera dell'art. 146 del codice del consumo del ricordato decreto legislativo n.185 del 1999 non può che confermare tali indicazioni.

Tali conclusioni possono essere assunte quale espressione di un indirizzo ed estese alla materia delle cd. aste libere⁽¹³⁷⁾, fermo restando l'auspicio per un intervento del legislatore che disciplini organicamente la materia⁽¹³⁸⁾.

In tal senso, il recepimento della direttiva 2011/83/UE "Nuove norme a tutela dei consumatori"⁽¹³⁹⁾ ha lo scopo di armonizzare a livello europeo, sin dalla data di entrata in vigore del 13 giugno 2014, le norme purtroppo poco coordinate tra loro che disciplinano i contratti a distanza ed i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, disciplina la cui frammentarietà ha da sempre costituito un grave ostacolo al funzionamento del mercato interno e transfrontaliero⁽¹⁴⁰⁾.

In particolare, l'art.45 del ricordato decreto n. 21 del 2014 definisce asta pubblica il metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o ai quali è data la possibilità di partecipare all'asta personalmente, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste in cui l'aggiudicatario è vincolato all'acquisto di beni o servizi. Una tale previsione conferma l'impostazione positiva sin qui accolta pur in assenza dell'auspicata analitica regolazione normativa, ammettendo il ricorso ad una siffatta metodica per la selezione di una delle parti contraenti⁽¹⁴¹⁾.

Vi è di più. Le disposizioni delle sezioni da I a IV del capo I del codice del consumo per effetto



dell'art. 47 lettera i) come novellato dal ricordato decreto n.21 del 2014 non si applicano ai contratti stipulati con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore concluda il contratto soltanto sulla base di una dichiarazione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica; in altre parole il meccanismo di tutela speciale è disattivato in presenza di un meccanismo generale di salvaguardia operante per l'intervento nel processo di formazione della volontà del notaio.

L'esercizio del ministero notarile e l'affidabilità dei sistemi informatici già collaudata nelle aste telematiche previste dalle normazioni speciali per gli enti pubblici in specie, non fanno allora che enfatizzare i vantaggi di un siffatto sistema *inter absentes* proprio per la presenza di un pubblico ufficiale sotto la cui cura l'intera attività di formazione è assicurata, facendo svanire le ombre palesate nel recente passato.

5. Modulazione tecnica dell'offerta al pubblico con asta privata

La scelta delle soluzioni nella materia in esame è frutto non solo della "dinamica della fenomenologia reale", ma anche dell'autonomia configurativa della fattispecie che si esprime "nella scelta degli schemi procedurali più consoni agli interessi e alle esigenze dell'operazione ⁽¹⁴²⁾.

E' stato ricordato che secondo una prima ricostruzione ⁽¹⁴³⁾, può individuarsi nel bando d'asta un invito ad offrire da parte del promotore, così da identificarsi le successive offerte presentate in corso di gara quali proposte. Evidentemente, ove si ricorra a questo schema, non potrà dirsi concluso il contratto finché non intervenga l'accettazione del promotore, a discrezione del quale sarà pertanto rimesso il perfezionamento dell'operazione.

In particolare, tale procedimento sarà di maggiore utilizzo in tutti quei casi in cui il venditore voglia raccogliere presso il pubblico le migliori offerte, valutando ulteriormente se e quale di esse accettare, rimanendo libero, pertanto, di concludere o meno il contratto. Tuttavia, in tale contesto, la posizione privilegiata del venditore, il quale conserva fino all'accettazione facoltà di ripensamento, potrebbe rendere meno appetibile l'offerta.



Diversamente il bando d'asta potrà qualificarsi come promessa al pubblico ai sensi dell'art. 1989 c.c., con l'effetto, da un lato, di essere immediatamente vincolante con la pubblicazione (e dunque non revocabile da parte del venditore) e, dall'altro, di obbligare, con l'aggiudicazione, proprietario e aggiudicatario, alla stipula del contratto. Come è stato giustamente osservato ⁽¹⁴⁴⁾, infatti, la prestazione dedotta nella promessa si riferirebbe alla conclusione del contratto (preliminare o definitivo) di vendita.

L'opinione dominante ⁽¹⁴⁵⁾ ravvisa nelle aste un meccanismo di tipo contrattuale che si sviluppa secondo lo schema proposta-accettazione. Più precisamente colui che indice l'asta è da considerare *proponente* in quanto formula una proposta di contratto completa, mentre colui il quale risulta c.d. aggiudicatario è da considerare *accettante*. La circostanza che nella pratica l'accettante sia designato come "offerente", non incide sulla sua posizione nel procedimento di formazione del contratto, quel termine riferendosi infatti al suo ruolo sostanziale di offerente ⁽¹⁴⁶⁾.

La suddetta ricostruzione, in particolare, viene esplicitata nel senso che se a colui che bandisce ed apre l'asta non si richiedono ulteriori manifestazioni di volontà dopo l'aggiudicazione - così che il contratto "bandito" possa dirsi concluso a seguito dell'accettazione dell'"offerente" individuato - il suo comportamento iniziale si configura come un'offerta (o proposta) al pubblico disciplinata dall'art. 1336 cod. civ. se indirizzata ad *incertam personam*.

Al di là di qualsivoglia ricostruzione si preferisca o si ritenga in concreto più idonea da praticare, l'espressione dell'offerta al pubblico in atto pubblico offre chiarezza e sicurezza alle parti e costituisce un elemento essenziale nella proceduralizzazione della fattispecie ⁽¹⁴⁷⁾. Come è stato attentamente rilevato ⁽¹⁴⁸⁾, i difetti del ricorso al meccanismo tecnico dell'asta per la selezione dell'avente causa, possono essere rinvenuti nei tempi e nei costi necessari per la sua realizzazione e nella consueta incompletezza della proposta contrattuale che consentirebbe al contraente aggiudicatario di volgere a proprio vantaggio la mancata disciplina di determinati profili negoziali.

In caso di aste immobiliari tra privati con il meccanismo che si suggerisce tali diseconomie tendono ad attenuarsi, se non a dissolversi del tutto; in primo luogo, la predisposizione da parte del notaio dell'offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c. contenente l'integrale regolamentazione della fattispecie, che ha fatto seguito all'espletamento dei consueti controlli ed accertamenti,



innanzi tutto in ordine all'indagine della volontà dell'offerente, permette di escludere, ove adempiuta correttamente tali rischi; inoltre, l'accettazione formale contestuale all'aggiudicazione con la formazione di un contratto preliminare idoneo ad essere trascritto (con conseguente applicazione del relativo statuto di tutele e meccanismi di salvaguardia) mette l'acquirente in condizioni di assoluta sicurezza. Quanto ai costi procedurali essi sono sovrapponibili alla ordinaria formazione della volontà precontrattuale, mediante la sottoscrizione di un contratto preliminare di compravendita.

E' evidente poi che l'asta è un meccanismo di emulazione del mercato che spesso consente di rimediare alla limitata conoscenza di un certo mercato da parte dell'utente selezionando certamente il soggetto che è disposto ad offrire la maggiore cifra per quel particolare bene.

Si tratta certamente di definire un complesso *iter* procedimentale ⁽¹⁴⁹⁾.

Le peculiarità di tale procedimento sono: la ricorrenza di una *gara* tra coloro che possono essere interessati e la predisposizione di regole piuttosto rigorose, ma nel contempo *chiare, semplici e complete*, che tutelino le posizioni dei partecipanti ⁽¹⁵⁰⁾. In particolare:

- . la proposta dell'alienante ricevuta dal notaio incaricato consacrata in atto pubblico, deve essere normalmente irrevocabile o comunque lo deve diventare appena si siano avute delle "offerte" di acquisto ⁽¹⁵¹⁾;
- . le c.d. "offerte" devono consistere nella indicazione della somma che il soggetto dichiara di essere disposto a pagare per ottenere il bene offerto in vendita. Di queste dichiarazioni sarà idonea a provocare la conclusione del contratto solo quella che conterrà il prezzo più alto ⁽¹⁵²⁾.

Solo in questo modo, infatti, sancendo l'aggiudicazione la formazione del (solo) contratto preliminare di vendita, il trasferimento della proprietà dell'immobile verrà rinviato alla successiva stipulazione del contratto definitivo. Inoltre, ricostruendo la formazione di un siffatto contratto come preliminare chiuso o formale ⁽¹⁵³⁾ e quindi organico e completo, aumentano le garanzie offerte all'aspirante acquirente in ordine alle garanzie di serietà dell'affare proposto. Si ottiene in tal modo l'applicazione di idonee regole di salvaguardia all'accettante oblatore ⁽¹⁵⁴⁾.

Si realizza così, da un lato, il differimento del momento traslativo, unitamente al pagamento del saldo prezzo, rispetto a quello dell'aggiudicazione, in modo tale da consentire al vincitore della



gara di procurarsi i mezzi finanziari necessari, apprestando, dall'altro lato, idonea tutela all'aggiudicatario nelle more della procedura, mediante lo strumento della trascrizione. Infatti, il ricorso al contratto preliminare consente di attribuire alla negoziazione le ulteriori tutele date dalla trascrizione, così garantendo l'aggiudicatario da eventuali trascrizioni e iscrizioni pregiudizievoli che possano intervenire nelle more tra l'aggiudicazione ed il successivo trasferimento.

Con l'aggiudicazione, seguita dall'immediata accettazione da parte dell'oblatore, quindi si formalizzerà la conclusione del contratto preliminare tra l'"offerente" che assumerà il ruolo di promissario acquirente e il banditore, che assumerà quello di promittente alienante.

Quanto alle fasi in cui si articolerà il procedimento proposto:

- nella prima fase: il venditore dà incarico al notaio di bandire l'asta, sottoscrivendo contemporaneamente un'offerta al pubblico in forma pubblica⁽¹⁵⁵⁾, contenente la proposta di concludere un contratto preliminare con chi risulterà aggiudicatario a seguito dell'esperimento dell'asta notarile, e per il prezzo che risulterà dal verbale di aggiudicazione; tutte le altre condizioni contrattuali sono contenute nel disciplinare che, opportunamente, dovrà essere allegato alla proposta. Ove il disciplinare preveda la presentazione di offerte al ribasso, occorre prevedere un meccanismo di conclusione del contratto che veda o la predeterminazione del ribasso massimo in busta chiusa, preventivamente consegnata a mani del notaio, o la riserva di accettazione del venditore.
- Il venditore deve eleggere domicilio per la notifica dell'accettazione, trattandosi di atto unilaterale recettizio, presso il notaio banditore;
- nella seconda fase: il notaio bandisce l'asta e redige il verbale di aggiudicazione, individuando l'aggiudicatario e determinando il prezzo di aggiudicazione;
- nella terza fase⁽¹⁵⁶⁾: si determina la conclusione del contratto preliminare nel momento in cui l'aggiudicatario, ove presente avanti al notaio banditore, sottoscriva direttamente il verbale di aggiudicazione, al quale verrà allegata la proposta al pubblico (eventualmente unitamente al bando) in forma autentica o esprima anche con documento separato, avente carattere pubblico o autentico, la propria accettazione dell'offerta. Il notaio può così



procedere alla trascrizione del contratto preliminare perfezionato nei pubblici registri immobiliari, senza necessità alcuna di ulteriori adempimenti. Per contro, l'aggiudicatario che non sia presente davanti al notaio banditore, deve sottoscrivere l'accettazione, in forma autentica, davanti al notaio periferico al quale il banditore trasmetterà una copia (informatica) del verbale di aggiudicazione con allegati offerta al pubblico e il relativo bando. Sarà, infine, in tale secondo caso il notaio periferico a curare le formalità di trascrizione del contratto preliminare di vendita immobiliare così concluso, allegando all'accettazione copia autentica (informatica) del verbale di aggiudicazione (del relativo bando) nonché dell'offerta al pubblico⁽¹⁵⁷⁾.

Alternativamente potrebbe anche ipotizzarsi una preventiva accettazione dell'offerente, redatta in forma autentica al momento della presentazione dell'offerta, condizionata all'aggiudicazione; in tal modo potrebbe darsi luogo ad aggiudicazione definitiva anche nei casi in cui l'offerente non si presenti il giorno dell'incanto, ma risulti comunque aggiudicatario.

Quanto, infine, alla cauzione versata dall'aggiudicatario, analogamente a quanto accade nell'asta pubblica, potrà prevedersi nell'avviso d'asta, che la stessa sarà trattenuta a seguito di aggiudicazione, imputandola, una volta perfezionato il contratto preliminare, a titolo di caparra confirmatoria, unitamente ad eventuali altre somme secondo le previsioni indicate nel regolamento⁽¹⁵⁸⁾.

Nel caso in cui il venditore sia soggetto a rischio di default sarà opportuno prevedere le garanzie necessarie, quali il deposito della cauzione a mani del notaio, senza imputazione a caparra.

Le ipotesi ricostruttive su esposte potranno apparire ancor oggi inusuali, ma certamente non *contra legem* e certamente funzionali ai nuovi interessi da realizzare e conformi al sistema ordinamentale vigente.

Pacificamente è infatti ammesso dalla giurisprudenza di legittimità⁽¹⁵⁹⁾ che, all'esito di un'asta bandita da un soggetto privato, l'aggiudicatario possa ritrovarsi parte di un contratto preliminare che pone l'obbligo per entrambe le parti o per il solo offerente (in caso di preliminare unilaterale), di stipulare il contratto definitivo.



6. Il disciplinare ed il bando d'asta

Il ricorso allo schema dell'asta nella selezione del soggetto acquirente e nella conseguente formazione del contratto di compravendita immobiliare è modulabile in stretta correlazione alle esigenze e agli interessi della parte venditrice⁽¹⁶⁰⁾. E' stato osservato che l'esercizio dell'autonomia privata si può articolare di volta in volta in funzione del quadro assiologico in gioco⁽¹⁶¹⁾.

In una siffatta ottica svolgono un ruolo essenziale le previsioni del disciplinare e del bando, che saranno mutevoli rispetto alla tipologia di asta scelta.

Al di là della qualificazione della natura giuridica del bando d'asta che si preferisce, talora ricondotto alla fattispecie di cui all'art. 1336 c.c., talaltra al paradigma dell'invito ad offrire⁽¹⁶²⁾, esso fissa in concreto le regole sulla cui base potrà essere poi espressa l'accettazione (laddove esse non siano già indicate nell'offerta al pubblico), con il completamento del procedimento di formazione del contratto; ed è proprio un tale ruolo procedimentale del bando, già accolto in sede amministrativistica⁽¹⁶³⁾, a potere essere importato anche nell'ambiente giuridico in esame. La dottrina⁽¹⁶⁴⁾ ha sottolineato che bando e disciplinare d'asta dovranno poi avere un contenuto nel contempo semplice e completo, allo scopo di limitare il contenzioso.

Sarà poi l'accettazione dell'oblato, immediatamente successiva all'intervenuta aggiudicazione, a permettere il perfezionamento dello schema procedimentale e con esso la conclusione del contratto definitivo.

In particolare, in assenza di ulteriori manifestazioni di volontà da parte degli oblato, il contratto preliminare di vendita si formerà senza alcuna successiva ulteriore dichiarazione manifestata dal promotore. Le offerte degli oblato (facenti parte della collettività indifferenziata destinataria dell'offerta al pubblico proveniente dal proponente) non sono altro che una pluralità di accettazioni della medesima proposta sospensivamente condizionate al non sopravvenire (ovvero risolutivamente condizionate al sopravvenire) di ulteriori dichiarazioni più vantaggiose da parte di altri contraenti⁽¹⁶⁵⁾

La segmentazione procedimentale porta poi a differenziare dall'asta il disciplinare ed il bando⁽¹⁶⁶⁾; se questi ultimi sono diretti alla fissazione delle regole procedurali di formazione del contratto immobiliare, permettendo all'interessato di potere partecipare senza qualsivoglia barriera discriminatoria⁽¹⁶⁷⁾, la prima costituisce lo strumento tecnico di supporto all'offerta al



pubblico di cui all'art.1336 c.c. per la selezione dell'oblato potenziale accettante e conseguentemente potenziale acquirente dell'immobile promesso in vendita.

E' stato, poi, osservato che l'asta (anche nella modalità elettronica) non è in realtà una procedura di gara ma piuttosto uno strumento che permette una classificazione automatica delle offerte, con selezione della migliore mediante un meccanismo interamente automatico ⁽¹⁶⁸⁾.

In questo senso l'asta non costituisce essa stessa di per sé né un invito ad offrire né un'offerta contrattuale, al pari del bando e del disciplinare d'asta, che completano l'offerta al pubblico vera e propria integrandola.

Non è di ostacolo a tale ricostruzione la ricordata opinione che esclude dalla qualificazione in termini di offerta al pubblico delle ipotesi nelle quali l'individuazione del destinatario sia affidata ad un terzo (quale ad esempio un procacciatore di affari) o ad un meccanismo di determinazione di tipo relazionale ⁽¹⁶⁹⁾. Invero, l'innesto nel descritto procedimento di formazione della volontà contrattuale di un meccanismo di selezione dell'accettante tra gli oblati, quale è l'asta tra privati, è in funzione della soddisfazione maggiore degli interessi delle parti ricade a pieno nella fattispecie di cui all'art. 1336 c.c. .

I meccanismi ai quali la ricordata opinione fa, invece, riferimento per evitare l'applicazione della disposizione ora richiamata, devono essere intesi come strumenti idonei ad escludere che l'offerta medesima abbia quali destinatari una pluralità indistinta di soggetti, facenti o meno parte di un gruppo, più o meno omogeneo essendo diretti al mero affidamento ad un soggetto terzo della facoltà di scelta dell'oblato; laddove, infatti, in estrema sintesi compete ad un terzo la selezione degli oblati, è evidente che si è certamente al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 1336 c.c..

E' stato già ricordato ⁽¹⁷⁰⁾ che il meccanismo dell'offerta al pubblico può poi essere conformato in modo da avere una pluralità di oggetti sui quali si pone la contrattazione; la questione si pone non solo nel caso in cui l'offerta non sia in grado di soddisfare le richieste degli oblati, ma anche nel caso in cui la modulazione del prezzo come proposto ed accettato dipenda dal contenuto oggettivo della prestazione promessa ⁽¹⁷¹⁾. Nessuna peculiare difficoltà teorica pone la questione, che è invero complessa dal punto di vista descrittivo della previsione della relativa regola da inserire nel bando.



Se va risolto alla luce delle metodiche tecniche attualmente praticate, il problema posto dalla possibile pluralità di accettazioni contemporanee della medesima offerta affidando alla precisione temporale dei meccanismi di aggiudicazione, filtrata dalla moderna tecnica informatica, la soluzione di siffatti potenziali conflitti, senza generare dubbi di sorta, reputando l'accettazione più sollecita idonea alla produzione dell'effetto conclusivo del contratto ⁽¹⁷²⁾, resta senz'altro da considerare il rischio che il disciplinare deve prevedere il tempo per l'espressione dell'accettazione dell'aggiudicazione da parte dell'acquirente vincitore dell'asta; l'accettazione da parte di colui che si sia classificato successivamente preclude definitivamente la possibilità di un ripensamento, una volta decorso il termine finale per l'accettazione da parte del primo.

Resta aperta la questione della giustificazione causale della perdita della cauzione da parte dell'oblato aggiudicatario che non sottoscriva la contestuale accettazione dell'offerta al pubblico di cui al 1336 c.c. . La prestazione della cauzione costituisce l'espressione di una sanzione preliminarmente convenuta e determinata per l'interruzione delle trattative che si colloca in una fase squisitamente precontrattuale. Sorge, a tale riguardo, il problema della legittimità di una penale riferita alla responsabilità non contrattuale dell'oblato accettante e della sua eventuale riducibilità laddove superi il limite dell'interesse negativo.

E' stato osservato ⁽¹⁷³⁾ che sono legittimi i negozi sanzionatori aventi l'effetto di applicare una pena convenzionale a sostegno di comportamenti non aventi natura di obblighi contrattuali o di obbligo in senso stretto, estendendo conseguentemente al di fuori dell'area contrattuale applicazione delle clausole penali. Il modello della clausola penale ha, insomma, un'autonoma tipicità sanzionatorie non collegata ad un contratto principale. La perdita della cauzione pertanto svolge una funzione di risarcimento (predeterminato) del danno di tipo precontrattuale causato dall'offerente che violi il principio di buona fede e si sottragga alla giustificata conclusione del contratto ⁽¹⁷⁴⁾.

7. L'asta ed il suo verbale ⁽¹⁷⁵⁾

Il verbale d'asta può essere configurato come vero e proprio atto notarile, con la particolarità che può essere ricevuto anche in assenza delle parti; ⁽¹⁷⁶⁾ in questo caso ovviamente non richiede la lettura.



Quanto alle formalità da rispettare, il verbale va annotato nel repertorio degli atti tra vivi, ex art. 62 comma 1 L.N.; potrebbe nascere il problema della conservazione a raccolta. La soluzione accolta da parte della dottrina con riferimento ai verbali ex art. 591 c.p.c. , conduce alla non necessità della conservazione a raccolta, ma in quel caso i verbali sono conservati nel fascicolo dell'esecuzione; è preferibile però suggerire che il verbale vada a raccolta, anche per poter successivamente rilasciare copia del verbale (pare impraticabile la soluzione della redazione del verbale in più originali).

Quanto alla formalità di registrazione, in questo caso non risulta applicabile l'art. 11 ter della Tabella allegata al TU di registro, che esenta da registrazione i verbali di gara o d'incanto, ... redatti o ricevuti dai notai delegati non trattandosi in questo caso di operazione effettuata per delega.

Resta aperta comunque la questione della ricevibilità da parte di un notaio di un verbale di asta privata, in assenza di uno specifico dato normativo.

Appare, invero, riduttivo il richiamo all'ampia previsione della legge notarile in ordine alla determinazione delle competenze notarili non negoziali; il verbale d'asta va invece secondo una condivisibile impostazione dottrinale ⁽¹⁷⁷⁾, ricondotto "all'interno di una procedura negoziale e si atterrebbe alla stessa stregua della ricezione per mano di notaio di atti prenegoziali quali l'offerta e l'accettazione fra loro separate di un contratto".

Ed è proprio una tale considerazione ad escludere qualsivoglia dubbio in ordine alla legittimazione del notaio alla redazione del verbale d'asta.

8. Esclusione del conflitto potenziale tra un siffatto incarico e l'attività di mediazione e le prerogative di imprenditorialità

L'art. 2 della Legge notarile individua le ipotesi d'incompatibilità tra la funzione pubblica esercitata dal notaio e le eventuali ulteriori attività che lo stesso svolge ⁽¹⁷⁸⁾.

Va subito sottolineato al proposito che la norma è stata scritta circa un secolo fa e che pertanto utilizza una terminologia attualmente inadeguata che va interpretata ed adeguata alle situazioni che la realtà nuova pone. Tale disposizione individua in particolare alcuni vincoli allo status notarile, che vanno interpretati in termini rigorosi, senza possibilità alcuna di applicazione analogica oltre i casi espressamente previsti dal legislatore ⁽¹⁷⁹⁾.



Lo scopo della norma è, innanzitutto, rappresentato dall'esigenza di tutelare il decoro della professione, escludendo *in nuce* la possibilità di svolgere attività o più in generale occupazioni che non si addicono alla sua dignità professionale; in tal senso, il legislatore ha voluto escludere che il notaio possa inoltre essere eccessivamente assorbito da compiti ulteriori e diversi da quelli che tradizionalmente gli competono, o possa essere impegnato in occupazioni il cui esercizio possa ledere, sia pure astrattamente, la tradizionale terzietà che è tipica dell'ufficio notarile ⁽¹⁸⁰⁾.

Viene, in tal modo, accentuata la distanza rispetto ad alcune specifiche attività esattamente indicate dal legislatore.

Si tratta, in particolare, di attività esattamente individuate dal legislatore che difettano della posizione di terzietà nella quale versa il notaio, quale ad esempio la professione forense ⁽¹⁸¹⁾, o di attività interessate per definizione agli affari dei quali si occupa, quale l'attività di commerciante in nome proprio o altrui ⁽¹⁸²⁾, di mediatore o di sensale ⁽¹⁸³⁾, e di agente di cambio ⁽¹⁸⁴⁾, o infine di attività in grado di influenzare la collettività nel cui ambito si trova ad operare, come il ministro di culto ⁽¹⁸⁵⁾, o ancora di attività talmente assorbenti dal punto di vista dell'impegno temporale da non consentire un completo esercizio del ministero notarile, come i pubblici impieghi a certe condizioni ⁽¹⁸⁶⁾. La definizione delle fattispecie che danno luogo al conflitto sono state oggetto di un'articolata e ricca casistica, il cui esame appare proficuo allo scopo di definire alcuni assunti di base ⁽¹⁸⁷⁾.

I limiti posti dal legislatore all'esercizio di altre attività, possono quindi, in estrema sintesi essere riassunte nell'esigenza fondamentale di garantire sempre la dignità del notaio e la sua neutralità ed imparzialità operativa e salvaguardare una dedizione temporale all'ufficio che gli permetta di assolvere nel modo migliore ed alle migliori condizioni la funzione a lui devoluta ⁽¹⁸⁸⁾. Le previsioni normative presuppongono l'iscrizione a ruolo del notaio ed intervengono in un momento successivo all'atto di investitura del soggetto nella funzione pubblica ; si tratta, in estrema sintesi, di ipotesi che presuppongono che il soggetto sia investito del *munus* che lo concerne ⁽¹⁸⁹⁾.

La questione è stata, poi, ripresa dall'art. 4 del codice deontologico notarile ⁽¹⁹⁰⁾ che statuisce testualmente "il notaio deve astenersi dall'esercitare, anche temporaneamente, le funzioni o le



attività qualificate incompatibili con l'ufficio di notaio, se per le prevedibili modalità di svolgimento possano derivare conseguenze pregiudizievoli al decoro e al prestigio della categoria.”

Le apposite disposizioni della legge notarile al riguardo non mirano, tuttavia, ad evitare semplicemente l'insorgere di una situazione di contrasto, quanto piuttosto ad escludere che un eventuale siffatto conflitto possa in alcun modo perpetuarsi nel tempo ⁽¹⁹¹⁾.

L'incompatibilità non determina l'automatica rimozione o decadenza del notaio incolpato, ma solo l'instaurarsi di un giudizio che si estingue con il venir meno della causa che lo aveva generato, in virtù del combinato disposto dell'art. 2, dell'art. 32 e dell'art. 34 della legge notarile. La sentenza che accerta lo stato di incompatibilità pronuncia la rimozione del notaio ⁽¹⁹²⁾, qualora esso permanga, non può avere effetto retroattivo, ma produce i suoi effetti solo *ex nunc*.

Con particolare riferimento all'ipotesi concernente la vendita all'asta che qui è modulata, si tratta senz'altro di una novità assoluta che deve però essere esaminata con riferimento alle conclusioni alle quali è pervenuta la dottrina e la giurisprudenza sul punto.

E' stato escluso che l'attività di banditore d'asta immobiliare in occasione della procedura di liquidazione coatta amministrativa possa configurare un'attività incompatibile con il ministero notarile ⁽¹⁹³⁾. Non pare, quindi, che il concreto svolgimento dell'asta e la redazione del relativo verbale ove si tratti di segmenti del procedimento diretto alla vendita di un bene (immobile), anche nelle ipotesi in cui l'asta possa essere definita privata possano violare i principi posti dall'art. 2 della Legge Notarile. Al notaio compete un compenso per la sua opera professionale e per l'esercizio del suo ministero che non consiste nella “messa in relazione” tipica della mediazione. Il notaio nella filiera descritta svolge direttamente il suo lavoro senza devolverlo a terzi.

Resta inteso che possono sorgere eventuali incompatibilità per attività di tipo collaterale, laddove l'incarico professionale non sia limitato allo svolgimento in concreto dell'asta di tipo privato, che rientra pacificamente tra i compiti che il notaio può esercitare, ma concerna anche fattispecie ausiliarie che possono astrattamente ricadere nelle condotte vietate dal legislatore; vanno, allora, esclusi senz'altro, gli incarichi professionali collaterali al ministero notarile dal cui adempimento possano discendere proprio i comportamenti lesivi della dignità del notaio, della sua neutralità e dell'imparzialità operativa, secondo le regole sin qui delineate.



Il riferimento è ad esempio all'attività di mediazione e di ricerca del soggetto acquirente, che pacificamente sono incompatibili con il *munus* notarile.

Questione molto più delicata è, invece, quella della pubblicità dell'incarico professionale ricevuto, come modulato dal soggetto che lo ha espresso; tale ipotesi, in specie nei procedimenti legali disciplinati espressamente dal legislatore, trova pratica applicazione; in particolare, in tali casi, la notizia della vendita e dell'incarico professionale ad effettuarla trova già spazio in mezzi di diffusione di massa (quotidiani, giornali, televisione radio e internet) che permettono ad un ampio numero di utenti potenzialmente interessati di conoscere l'esistenza di un tale meccanismo tecnico, sia che esso assuma la forma dell'invito ad offrire, dell'offerta o della promessa al pubblico di vendita di un certo bene mediante il ricorso all'asta; in altre parole ed in un ambito vicino seppur non coincidente, la pubblicizzazione di un incarico di vendita all'asta privata, che sia limitata alla diffusione della notizia di un tale evento, pare essere insomma diversa dallo svolgimento dell'attività di mediazione, regolata dall'art. 1754 e ss. c.c.) e che è diretta ontologicamente alla messa in relazione di due o più parti, previo specifico e modulato incarico in tal senso da parte del venditore o dell'acquirente, per la conclusione di un affare ed è al tempo stesso a ciò limitata.

Ove la pubblicità con le suddette modalità sia, invece, limitata a rendere nota semplicemente l'esistenza di un peculiare procedimento di vendita mediante asta privata, sulla base di un'offerta al pubblico specifica avente ad oggetto un certo bene immobile, ricevuta dalla parte venditrice, ed affidata allo stesso notaio incaricato non si viola certamente l'art. 2 della legge notarile. Conferma di un tale assunto può rinvenirsi nel codice deontologico europeo che dispone all'art. 1.2.5. il divieto della pubblicità individuale, salvo che essa sia consentita sia nel Paese d'origine che in quello ospitante.

Aggiunge la stessa disposizione che in ogni informazione diretta al pubblico il notaio esclude ogni dato che possa nuocere alla sua indipendenza, alla sua imparzialità e alla sua qualità di pubblico ufficiale, nonché ogni dato che comporti un giudizio di valore nei confronti di sé stesso e dei suoi colleghi.

Il notaio inoltre non può accettare una pubblicità proposta da terzi, salvo nel caso in cui provenga dai competenti organi notarili. La pubblicità collettiva può essere assicurata da qualsiasi



istanza professionale, a livello nazionale ed internazionale, ed in particolar modo dalla CNUE, allo scopo essenziale di fornire al consumatore e alle imprese una facile fonte d'informazione.

A questo proposito, potranno essere create pagine internet a carattere istituzionale, il cui contenuto è stabilito dalle autorità notarili di ogni Stato. Ove la pubblicità dell'asta rientri in siffatti parametri, filtrati dalle regole dettate dagli Organi competenti, la soluzione parrebbe praticabile.

Del pari è assolutamente inibito al notaio l'organizzazione di vendite all'asta, su base commerciale o qualsivoglia attività che impinga nell'attività di tipo commerciale.

9. Maggiori vantaggi e garanzie per venditore ed acquirente

In conclusione, l'asta privata va ricondotta all'interno dello schema procedimentale di formazione del contratto a far tempo dalla espressione dell'offerta al pubblico disciplinata dall'art. 1336 cod. civ. con la conseguenza di applicare la disciplina generale sulla formazione del contratto mediante proposta e accettazione (art. 1326 – 1330 cod. civ.).

Il modello proposto ⁽¹⁹⁴⁾ ha l'obiettivo di garantire:

- che l'intervento notarile non si svolga con garanzie minori di quelle offerte da un ordinario contratto preliminare in forma notarile non solo per la soddisfazione degli interessi delle parti, ma anche in relazione alla salvaguardia di interessi di rango pubblico (come ad esempio in materia di antiriciclaggio (195));

- che l'aggiudicatario possa disporre di un titolo trascrivibile nelle more del perfezionamento del trasferimento;

- che tutta l'operazione sia fiscalmente ineccepibile, ma non particolarmente onerosa per l'aggiudicatario.

In ogni caso, quale che sia la soluzione che si intende adottare, ricorrendo anche a procedimenti di tipo diverso, è opportuno che il bando ed il disciplinare d'asta indichino chiaramente e senza necessità di ricorrere ad attività interpretativa, a quali tra gli strumenti sopra prospettati si intenda fare ricorso (offerta al pubblico, proposta al pubblico, promessa al pubblico aventi ad oggetto la stipulazione di un contratto preliminare, invito ad offrire).

È richiesta, ovviamente, un'attività di *due diligence* ⁽¹⁹⁶⁾ da parte del notaio prima della predisposizione del bando, non tanto per garantire la perfetta conformità dell'immobile e la sua



assoluta assenza di vizi, ma per rendere evidenti nel bando gli eventuali vizi urbanistici o di altra natura riscontrati e quali siano le garanzie prestate dal venditore.

Come è stato già osservato, non sembra estensibile all'asta privata la disciplina dell'asta pubblica ⁽¹⁹⁷⁾. Resta tuttavia da chiedersi come possano rilevare eventuali comportamenti dei partecipanti, che possano ostacolare il corretto svolgimento della procedura, sotto il profilo della responsabilità ad essi imputabile. Risulta evidente l'impossibilità di ricondurre la fattispecie nell'alveo della responsabilità penale sancita dall'art. 353 c.p., che in quanto norma penale non è applicabile analogicamente a fattispecie diverse. Sembra piuttosto che eventuali turbative nell'asta privata potranno rilevare sotto il profilo della responsabilità precontrattuale ovvero, ove se ne ravvisino i presupposti, nella responsabilità da fatto illecito.

Possono in estrema sintesi essere schematizzati come segue i vantaggi per le parti e precisamente:

per il venditore:

- maggiori possibilità di vendita;
- risoluzione dei problemi operativi posti dalla vendita *ex ante* sin dal tempo della *due diligence* svolta dal notaio e dai tecnici incaricati prima della sottoscrizione dell'offerta al pubblico;
- possibilità di mutare avviso e di modulare le esatte regole del gioco nei limiti previsti nell'offerta e sino all'accettazione ⁽¹⁹⁸⁾, qualora manchi la previsione della irrevocabilità;
- certezza nell'individuazione dell'acquirente;
- correttezza ed equilibrio nel meccanismo di selezione dell'acquirente e conseguente determinazione del prezzo di vendita;
- trascrizione del preliminare e conseguenti garanzie;
- ottenimento del prezzo più conveniente ⁽¹⁹⁹⁾;

per l'acquirente:

- nessuna sorpresa negativa in ordine alle caratteristiche del bene, essendo lo stesso stato esaminato *ex ante* ;
- maggiori possibilità di scelta;
- esatta conoscenza delle regole;



- trascrizione del contratto preliminare all'esito dell'accettazione;
- la possibilità più agevole di esercizio dell'azione ex art. 2932 c.c.;
- sicurezza maggiore nella contrattazione;
- possibilità di finanziare l'operazione ove tale facoltà sia consentita nell'offerta al pubblico ex art. 1336 c.c.;
- minori rischi in ipotesi di paventata revocatoria (ordinaria o fallimentare).

Il ricorso alle tecniche informatiche (anche in ordine all'impiego di mezzi elettronici di pagamento ⁽²⁰⁰⁾) enfatizza poi, i risultati di una siffatta auspicata metodica ⁽²⁰¹⁾ ed accentua certezza e sicurezza del procedimento proprio per l'affidabilità del sistema ⁽²⁰²⁾, coniugando la riservatezza dell'accesso, imponendo l'anticipazione della fase di controllo della documentazione a corredo di ciascun lotto prima della pubblicazione del bando e affidando ad un notaio la verifica della legittimazione, dell'onorabilità e dell'affidabilità dei partecipanti, anche sotto il profilo della normativa in materia di lotta anti-riciclaggio ed alla criminalità organizzata ⁽²⁰³⁾ con la garanzia tipica dell'intervento notarile, accentuando le garanzie ordinariamente offerte in occasione della formazione della volontà contrattuale ed unendo nel contempo la segretezza della partecipazione con la adeguatezza dell'informazione offerta in relazione all'affare.

Le indicazioni sin qui esposte dovranno da ultimo certamente essere coordinate con la nuova disciplina del deposito del prezzo, come introdotta dalla Legge 27 dicembre 2013 n.147 (cd. Legge stabilità per il 2014) ⁽²⁰⁴⁾

10. Conclusioni

Il ricorso a strumenti classici del diritto civile italiano in un'ottica di evoluzione consente senz'altro di impiegare in termini nuovi un istituto quale l'offerta al pubblico regolata dall'art. 1336 c.c. sulla quale è procedimentalmente innestato un meccanismo selettivo dell'acquirente proposto a mezzo asta, nell'obiettivo di realizzare e soddisfare interessi non solo delle parti ma anche di rango pubblicistico, coniugando certezza, sicurezza e rapidità, in uno con le consuete garanzie prestate dall'esercizio del ministero notarile in ambito immobiliare.

Non si tratta, in definitiva, di creare nuove fattispecie di diritto, bensì di adeguare al mutato contesto socio economico istituti già presenti nel nostro ordinamento, attraverso l'indicazione di



un percorso “giuridico efficiente e di un esito ragionevolmente sicuro, tutelabile e coerente”, “calibrando la corrispondenza tra interessi e congegni giuridici”⁽²⁰⁵⁾.

Lo schema proposta – accettazione, insomma, assume semplicemente una nuova veste senza essere snaturato.

In una siffatta ricostruzione, il verbale d'asta è un semplicemente un frammento del procedimento di formazione della volontà contrattuale, come documentata dall'intervento professionale notarile⁽²⁰⁶⁾ e come agevolata dal ricorso agli strumenti di tipo informatico, moderna espressione del “pubblico proclama” al quale alludevano qualche decennio gli interpreti dell'art. 1336 c.c.⁽²⁰⁷⁾.

Il ruolo di garanzia del Notaio (chiamato qui a coniugare il *munus publicum* con l'attività professionale sulla base di uno specifico incarico) permette di mettere a disposizione dei cittadini un patrimonio di “esperienza giuridica nel mercato immobiliare che non ha pari nella filiera della contrattazione”, come è stato efficacemente osservato⁽²⁰⁸⁾. Mediante l'esercizio dell'*opus notarile* la volontà delle parti assurge e viene innalzata poi a volontà dell'ordinamento⁽²⁰⁹⁾: la figura essenziale del notaio, peculiare nella sua assoluta singolarità, si muove anche in quest'occasione tra due estremi, frutto dell'esercizio (prima positivo poi nella seconda occasione negativo) del giudizio di legalità: da una parte traduce la volontà delle parti nel testo dell'atto, offrendo agli interessi dei singoli il linguaggio del diritto; dall'altra, ricusa il suo ministero allorquando la legge vieti di ricevere l'atto⁽²¹⁰⁾; ed “in questo confine vi è il rischio, che sempre si congiunge all'esercizio dell'autonomia e che accompagna ogni iniziativa dei privati” del “conflitto delle pretese” e la conseguente decisione del giudice statale⁽²¹¹⁾.

Non si tratta, allora, per il notaio incaricato nel caso di specie di assumere un nuovo ruolo⁽²¹²⁾, ma semplicemente di adeguare alle nuove istanze sociali, una funzione duttile ed essenziale⁽²¹³⁾ nel sistema Paese⁽²¹⁴⁾.

E' stato autorevolmente sottolineato⁽²¹⁵⁾ che il futuro del diritto privato come parte vitale dell'ordinamento giuridico dipende dalla misura in cui le idee di libertà, di autodeterminazione e di responsabilità del singolo, che sono alla base dei suoi istituti, conserveranno la loro forza persuasiva nonché dallo spazio che una società sensibile a tali modelli vorrà concedere al singolo individuo affinché quest'ultimo possa acquistare e disporre liberamente dei suoi beni patrimoniali.



Il diritto privato avrà futuro solo se continuerà ad esistere e a svilupparsi come un sistema aperto flessibile costituito da principi e da istituti che non dipendono dalle forme in cui si organizza la società, ma dalla stessa condizione umana ⁽²¹⁶⁾.

E l'auspicio, ma anche nel contempo la certezza, è che la fattispecie in questione sia senz'altro espressione della "sfida permanente che si prospetta all'operatore e all'interprete" ⁽²¹⁷⁾, quotidianamente.

Vincenzo Gunnella e Giuseppe Trapani ⁽²¹⁸⁾

-
- 1) Si è assistito, in campo privatistico, ad una progressiva disgregazione dell'assetto unitario del codice civile a causa dell'incremento della legislazione speciale, acutamente segnalato ed approfondito da N. Irti in *L'età della decodificazione*, Milano, 1986. Tale processo di disintegrazione normativa ha, naturalmente, determinato effetti pregiudizievoli al principio della certezza del diritto e della legge e, conseguentemente, alla stabilità dei rapporti giuridici. In tale luce, assume un ruolo fondamentale la figura del Notaio. La forza della tradizione del Notariato diventa così elemento essenziale di certezza nella continua evoluzione della società postindustriale. Svolge considerazioni di particolare interesse al riguardo Marè, *La sfida alla complessità del moderno. La tradizione come trasgressione*, Riv. Not., 1988, p.327. Oltre a tale intervento tratto dal Convegno su "Il ruolo del notaio nella società postindustriale" tenutosi a Roma il 2 ottobre 1987, organizzato dall'Associazione sindacale dei Notai del Lazio, segnalo le interessanti considerazioni svolte nella stessa sede da De Masi in ordine all'intimo legame fra il Notaio ed il Tempo in *Il Notaio nella società post-industriale* in Riv. Not., 1988, p.305 e da ultimo la ricerca del Nasti di verifica dei valori emergenti in *Il Notaio a confronto col futuribile. Prospettive di una verifica* in Riv. Not., 1988, p.351. Il Marè in *Fenomenologie del notariato* in Riv. Not. 1986, p.132, sottolinea, infine, concretamente che la crisi dei valori si può tradurre in crisi di immagine.
 - 2) Sulla questione si rinvia agli atti del XXXVI Congresso nazionale del Notariato tenutosi a Roma il 27-30 novembre 1997 *Il Notaio, istituzione garante dei diritti del cittadino e dell'interesse pubblico*, coordinato dal Pres. F. A. CASAVOLA, al quale si deve la *Prefazione*, Roma De Cristofaro 1997; si rinvia in particolare ai contributi di G. CELESTE *La funzione notarile* p. 7, e C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* p. 155. Sia consentito un rinvio anche al mio contributo *Il notaio, consulente giuridico delle parti interprete e garante di interessi pubblici e privati* p. 73.
 - 3) Sulla questione G. CELESTE *La funzione notarile* p.26.
 - 4) L'espressione è di G. CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.28. Si rinvia sul punto al contributo di M. Nigro *Il Notaio e il diritto pubblico*, in Riv. Not. 1979, p.1151 e ss., in particolare p. 1170. I fondamenti giuridici di tale impostazione vengono rinvenuti in tre argomenti: a) imputazione degli atti allo Stato: l'art.51 L.not. statuisce che l'atto deve recare l'"intestazione" "Repubblica Italiana", significando, in parallelo con le norme processuali in materia di forma della sentenza del giudice, che l'atto è stato rogato proprio "in nome della Repubblica Italiana"; gli atti non appartengono al Notaio che ne è "custode" e può solo entro certi limiti sostanziali e



temporali rilasciarne copia; b) configurazione peculiare della responsabilità civile "ritenuta più vicina alla responsabilità extracontrattuale" (p.1164); c) percezione di un onorario a titolo di retribuzione determinato variamente in considerazione del tipo di interesse a garanzia e per la realizzazione del quale è effettuata la prestazione richiesta. Nello stesso senso, distingue il titolare dell'organo (o funzionario) dall'ufficio (ambito di potestà pubblica) pur non facendo alcun riferimento specifico alla figura del Notaio, il Virga in *Diritto amministrativo - I principi*, Milano 1983, I, p.45 e ss..

- 5) G. CELESTE *La funzione notarile* p.65 sottolinea che l'assimilazione del notaio con le autorità statali indipendenti (che sono appunto amministrazioni dello Stato, ma indipendenti) opera sul piano squisitamente funzionale.
- 6) In questo senso, F. A. CASAVOLA *Prefazione* op. cit. p.5.
- 7) G. CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.20, al quale si rinvia in specie in ordine alla revisione della lettura tradizionale della funzione di adeguamento.
- 8) G. CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.49, afferma che tali sono le prerogative della funzione notarile secondo un'impostazione pressoché unanime.
- 9) G. CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.29, in questo senso, al quale si rinvia per l'ampia trattazione sulla questione e che intravede nella figura notarile "un ruolo di promozione dei valori costituzionali" (p.33), svolto in termini sovrapponibili alle cd. autorità indipendenti (p.37) . In tal modo è evidenziato anche il fondamento dell'istituzione notarile nella Carta Fondamentale ed in particolare nell'art. 97 Cost. norma immediatamente precettiva che dispone che gli uffici pubblici siano organizzati in modo da assicurarne l'imparzialità ed il buon andamento (p.50).
- 10) Sul punto, G. CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.28.
Perde rilievo poi anche la dicotomia diritto pubblico-diritto privato: "il diritto privato del futuro sarà innanzitutto il diritto dei rapporti civili cioè *ius civile*, non contrapposto al pubblico, quale insieme di rapporti ed istituti che hanno ad un tempo interessi privati e pubblici" (in questo senso, P. Perlingieri, *Il futuro ius civile ed il ruolo della dottrina* in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco - La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, p.863). E' infatti costante la tendenza del legislatore a non permettere che il diritto dei privati resti indenne dalla necessità di una tutela sempre più pregnante degli interessi pubblici via via emergenti nella società, tanto che neppure la stessa autonomia contrattuale può essere esercitata in modo legittimo senza assicurarne il rispetto. Appare peraltro del tutto vano e non proficuo un tentativo di disaggregazione delle norme di diritto pubblico dalle norme di tipo privatistico disciplinanti i diversi istituti giuridici allo scopo di accertarne la prevalenza dell'uno o dell'altro carattere, essendo ciascun istituto "tipico" proprio in quanto risultante dalla sintesi organica o dalla variegata aggregazione di tali elementi eterogenei. Ne sono espressione le nuove questioni poste dal diritto urbanistico (prima tra tutte la materia dei diritti edificatori) e dal diritto dell'energia (in specie in materia di attestazione di prestazione energetica).
- 11) L'espressione è di G. CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.64. L'Autore sottolinea che la distribuzione territoriale dei notai è evidente espressione di un tale coacervo di interessi pubblici e privati.
Scriveva Salvatore Satta (in *Poesia e verità nella vita del Notaio* in *Riv. Not.*, 1955, p. V e ss.) che lo studio del diritto lo ha condotto sempre alla "contemplazione di misteri": dal "mistero del processo", al "mistero della norma", al "mistero del diritto" ed infine allo studio di una figura che racchiude in sé tutti tali misteri : il Notaio. Tale saggio appare ancor oggi di straordinaria attualità ed efficacia, per la passione che traspare da ogni parola e per la vitalità delle considerazioni svolte; il Notaio è infatti, secondo il Satta, "un uomo che parla, un uomo che scrive", un uomo che esprime un giudizio, trasfuso nell'atto pubblico: anzi, è proprio l'atto pubblico il giudizio in sé. Ed il mistero consiste, allora, nel fatto che l'ordinamento giuridico "ha bisogno dell'uomo che lo affermi e lo dichiari, cioè di un uomo che lo faccia suo attraverso il giudizio; come il soggetto ha bisogno dell'uomo che lo riconosca, e questo bisogno esprime attraverso l'azione, che non è se non esigenza di giudizio; così la volontà per essere tale, cioè, volontà dell'ordinamento ha bisogno dell'uomo che la faccia sua, e compia anch'egli quindi un giudizio. L'atto pubblico è questo giudizio, e il notaio, come gli antichi avevano ben intuito, è un giudice" (p. VIII). Carnelutti in *Diritto o arte notarile* in *Vita Notarile* 1954, p.209, il quale rileva che allorquando nella professione notarile si indaga "l'aspetto spirituale, affiora il concetto dell'arte; e i notari, che del loro pregevolissimo compito vogliono essere degni, a questo soprattutto debbono pensare"(p.229). Ed il



Notaio, se vuole veramente esercitare a pieno la sua professione, aiutando le parti “a negoziare, che è a sua volta navigare, deve conoscere non solo le vie della terra ma le vie del cielo” (lo stesso Autore nel celeberrimo *La figura giuridica del Notaio* pubblicato in *Riv. Not.* 1951, p.I, nonché in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 195, p.921).

Grande passione traluce, poi, un vecchissimo saggio dal titolo *La funzione essenziale del Notaio* del Notaio G.B. Curti-Pasini, risalente al 1932 ripubblicato dalla Rivista del Notariato nel 1951, p.15 e ss. Si può osservare come lo studio delle funzioni notarili abbia impegnato alcuni tra i più illustri studiosi del diritto di tutti i tempi. Per una ricostruzione delle teorie al proposito sia consentito un riferimento al mio contributo *Il notaio, consulente giuridico delle parti interprete e garante di interessi pubblici e privati* op. cit. p.78.

- 12) Anzi, proprio dalla tutela attenta e sostanziale di tali valori ed interessi, il Notaio - ed il Notariato - traggono nuova linfa e nutrimento.
- 13) A mo' d'esempio si possono richiamare le modalità di remunerazione, l'assenza di una clientela stabile, l'ammissibilità di una concorrenza che sia lecita, l'organizzazione di studio
- 14) M. NIGRO *Il Notaio e il diritto pubblico*, op. cit., p.1172-1173 il quale aggiunge che la professionalità ha “un significato ancora più profondo: essa è il modo mediante il quale il notaio si congiunge alla comunità sociale di cui è membro e partecipa intimamente alla vita di essa”.
- 15) F. A. CASAVOLA *Prefazione* op. cit. p.5 dal cui contributo sono tratte tutte le espressioni di questo capoverso.
- 16) F. A. CASAVOLA *Prefazione* op. cit. p.5.
- 17) In questo senso, C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* op. cit. p.157.
- 18) C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* op. cit. p.158, il quale aggiunge che il mercato non funziona da sé solo, non riuscendo in tal modo ad allocare correttamente le proprie risorse e che la logica mercantile non può mai essere totalizzante, esistendo valori ed alternative (in specie concernenti il diritto delle persone) che sfuggono ad ogni monetizzazione.
- 19) Diffusamente C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* op. cit. p.164-165, intendendo per mercato “uno strumento ottimale per lo sviluppo economico”, non solo in materia immobiliare (p.169 e ss.).
- 20) Sull'analisi dei costi transattivi degli atti notarili C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* op. cit. p.162, al quale si rinvia inoltre in ordine al commento della decisione assunta dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato in occasione dell'adunanza del 3 ottobre 1997.
- 21) C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* op. cit. p.165.
- 22) Il Notaio, “uomo del contratto”, operatore a salvaguardia di una vasta gamma di interessi, pubblici e privati, insomma, assurge a “garante dei rapporti contrattuali” per eccellenza e svolge un ruolo attivo e pregnante di tutela del consumatore e dei soggetti deboli in generale proprio perché opera al di fuori del mercato se non è assillato da logiche affaristiche e di accaparramento.
- 23) Ricorda C. CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* op. cit. p.172 che anche i due agricoltori teorizzati dal *Coase* potrebbero non accordarsi mai se non venissero loro prospettati dei congegni contrattuali che li mettano al riparo entrambi da eventuali modifiche dei prezzi di mercato dei rispettivi prodotti.
- 24) Pubblicato sulla G.U. n. 235 del 8-10-2005- Suppl. Ordinario n.162
- 25) F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3 Milano 1957 p. 594.
- 26) L'espressione è di F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.595; sulla questione dell'offerta al pubblico (e dei rapporti con gli altri istituti) si rinvia anche a C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto* 3 Milano, 1984 p. 251; A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)* in Enc. Dir. Milano, 1979 vol. XXIX p. 761; M. C. DIENER *Il contratto in generale* Milano, 2011 p.276; P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1090; P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico* in *Noviss. Dig.* Torino, XI, p. 763; G. MIRABELLI *Delle Obbligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.* Torino, 1960 1^a edizione e 2^a edizione 1980, p. 104 (il riferimento alla prima o alla seconda edizione verrà fatto di volta in volta); G. OBERTO *Offerta al pubblico* in *Digesto* 4^a edizione Torino, 1995, p. 9; R. SACCO *La conclusione dell'accordo* in *I contratti in generale* a cura di E. GABRIELLI *Trattato dei contratti* Torino, 1999 p.123; R. SACCO *La conclusione dell'accordo* in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO *Obbligazioni e contratti* 10 Tomo secondo Torino, 1982, p.77; SBISA' *La promessa al pubblico* Milano, 1974; R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* in *Dei contratti in generale* Bologna Roma 1970, p. 187. Si rinvia



per i commenti anteriori al codice del 1942 agli studi di A. SCIALOJA *L'offerta a persona indeterminata*, Città di Castello, 1902, 133; CICU, *L'offerta al pubblico*, Sassari, 1902, II, 72; BAVIERA, *L'offerta al pubblico*, Milano, 1907, 159 ss. ; VIVANTE *Trattato di diritto commerciale IV Roma 1905*, p.28.

- 27)** In questo senso, F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.598.
- 28)** La questione era fortemente dibattuta sotto la vigenza del precedente codice in mancanza di una norma espressa; sul punto P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.764, dubitandosi se fosse compatibile l'indeterminatezza dei destinatari con i caratteri propri della proposta contrattuale . I canoni oggi accettati e confluiti nella disposizione del codice sono il frutto, condiviso, dell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza precedente al 1942. E' merito del legislatore del codice sono solo avere regolato nel 1336 c.c. la fattispecie in commento, ma anche averla distinta rispetto alla promessa al pubblico, figure entrambe sconosciute prima del 1942 al legislatore dell'epoca, nonostante l'interesse al riguardo della dottrina . Sulla questione, A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.761, nota 1, il quale ricorda che lo scopo dell'art. 1336 c.c. è quello di offrire un sicuro quadro di riferimento normativo a prassi ormai diffuse (naturalmente relativamente ai beni mobili); ed anche M. C. DIENER *Il contratto in generale* , op. cit. p.276.
- 29)** Si ricorda l'esigenza del rispetto del principio di non discriminazione che non è in antinomia con l'autonomia contrattuale; nel caso di offerta, il proponente sarà tenuto al rispetto dei principi di buona fede e correttezza; allora egli non potrà rifiutarsi, senza giusta causa, di trattare, così come non potrà rifiutarsi, sempre senza giusta causa, di contrattare con chi tra il pubblico abbia dato seguito alla proposta senza incorrere in una responsabilità precontrattuale per aver ingenerato nella controparte un ragionevole affidamento in merito alla conclusione dell'affare. Il divieto di discriminazione rileva se ci si trova ad una proposta contrattuale completa, rivolta indistintamente al pubblico; diverso è il caso della pubblicità priva di efficacia vincolante.
- 30)** In questo senso, Cass. Civ. 24 luglio 1997 n.6919 in Mass. Giur. It. 1997, ripresa da P. FAVA (a cura di) *Il contratto* Milano, 2010 p.1089. Viene poi sul punto osservato che l'ambito applicativo di tale figura sarà più o meno vasto in relazione alla quantità ed alla qualità di servizi offerti. La numerosità del pubblico è un dato di assoluta irrilevanza; ciò che conta è, invece, più che la quantità degli oblati la loro indeterminatezza; secondo P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.764 rientra nella previsione dell'art.1336 c.c. l'offerta diretta a poche persone (quali possono essere ad esempio i condomini di un edificio, i membri di un circolo o i dipendenti di una certa impresa) purché essa sia indeterminata per il modo in cui è proposta, essendo in modo indiscriminato diretta a tutti quei condomini ai quali possa eventualmente interessare. Si tratta secondo quest'ultimo Autore di uno strumento "cospicuo e penetrante" (p.764). Nello stesso senso, R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.191; nonché G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.9 che di entrambi riprende le considerazioni e precisa che per escludere che dietro un'apparente offerta al pubblico si celi una pluralità di offerte singole, basterà che l'offerta sia diretta ad una collettività variabile nei componenti, in modo da intendere che essa si riferisca anche a coloro che siano poi entrati a far parte del gruppo stesso.
- 31)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p. 9.
- 32)** Tale è l'opinione di A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.762, ripresa da G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.10. Un tale assunto non preclude che però si possa comunque ricorrere al meccanismo dell'asta per l'individuazione delle migliori condizioni di vendita per l'offerente. Invero, l'innesto nel descritto procedimento di formazione della volontà contrattuale di un meccanismo di selezione dell'accettante tra gli oblati, quale è l'asta tra privati, è in funzione della soddisfazione maggiore degli interessi delle parti ricade a pieno nella fattispecie di cui all'art. 1336 c.c. .Laddove compete ad un terzo la selezione degli oblati, è evidente che si è al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 1336 c.c. .
- 33)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.598; P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1089; C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 251.
- 34)** A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.761; C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 251.
- 35)** E' evidente che in caso di difetto degli elementi essenziali la offerta possa valere come invito ad offrire C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 251.
- 36)** I termini sono di G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.10.
- 37)** Può, poi, accadere che in relazione alle circostanze o agli usi l'offerta non valga comunque come proposta.



- 38)** P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1090. Sottolinea R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.195 che in tali casi la proposta può o essere accettata o essere respinta, come una sorta di contratto per adesione.
- 39)** In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.195, secondo il quale potrebbe proprio il contraente determinato selezionato chiedere la diversa modulazione della proposta.
- 40)** In questo senso, P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1090, per il quale è destinatario colui che è potenzialmente in grado di divenire accettante.
- 41)** C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 251.
- 42)** Una tale disposizione è speculare alla disciplina della revoca dell'offerta che è efficace anche nei confronti di chi non ne ha avuto notizia, "se è fatta nelle stesse forme dell'offerta o in forma equipollente" (art. 1336, secondo comma c.c.). In questo senso, P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766.
- 43)** L'espressione è di R. SACCO *La conclusione dell'accordo*, op. cit. p.125, il quale giunge a tale conclusione a seguito della valutazione della simmetria tra proposta e revoca nelle due ipotesi di cui al 1336 c.c. e 1989 c.c.. L'affermazione è poi ripresa dallo stesso Autore in *La conclusione dell'accordo* op. cit. (Trattato Rescigno) p. 78, nel quale aderisce all'interpretazione secondo la quale il render pubblico non basterebbe alla esistenza della proposta che sarebbe perfetta solo allorché queste ultime ne venissero a conoscenza, fa venire meno la differenza tra offerta al pubblico ed offerte individualizzata.
- 44)** Il render pubblica l'offerta può essere fatto anche con il ricorso agli strumenti multimediali proposti dalle moderne metodiche sul punto, R. SACCO *La conclusione dell'accordo*, op. cit. p.123. Il richiamo è non solo alla radio ed alla televisione, ma anche ai social network ed alle nuove tecnologie informatiche. Secondo G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.10 è preferibile porre l'accento sulla circostanza che la recettività della dichiarazione deve essere riferita alla particolare natura dei suoi destinatari che nel caso di specie è rappresentata dalla collettività: secondo l'Autore allora il momento di efficacia viene a coincidere con quello indicato nel secondo comma dell'art.1989 c.c. ("Se alla promessa non è apposto un termine, o questo non risulta dalla natura o dallo scopo della medesima, il vincolo del promittente cessa, qualora entro l'anno dalla promessa non gli è stato comunicato l'avveramento della situazione o il compimento dell'azione prevista nella promessa"), in via analogica. E' agevole obiettare che si tratta di fattispecie del tutto diverse dal punto di vista tecnico, tanto da rendere impraticabile il ricorso all'analogia.
- 45)** Per gli utili spunti sulla questione della lettura delle informazioni provenienti da siti internet in specie in ordine alla prova offerta al terzo relativa alla pubblicazione di una certa offerta su un sito web si rinvia a G. ARCELLA e C. VALIA *La copia conforme di una pagina web: natura giuridica e modalità operative* studio approvato dalla Commissione studi di informatica giuridica del Consiglio Nazionale del notariato l'undici maggio 2007 n.7/2007/IG e M. NASTRI *Copie autentiche e documento informatico* studio approvato dalla Commissione studi di informatica giuridica del Consiglio Nazionale del notariato il 20 novembre 2006 n.3/2006/IG entrambi in Banca dati notarile Angelo Gallizia www.notariato.it.
- 46)** Invero, il render pubblica l'offerta non sarebbe sufficiente all'esistenza o all'efficacia della dichiarazione che diventerebbe invece perfetta nei confronti delle singole persone che ne abbiano notizia solo nel momento in cui ciascuna di esse ne prenda conoscenza. Con una tale interpretazione in realtà verrebbe cancellata ogni differenza strutturale tra l'offerta al pubblico e l'offerta semplice. Appare preferibile (come sostiene R. SACCO *La conclusione dell'accordo*, op. cit. p.123), invece, affermare che l'offerta al pubblico è perfetta proprio per effetto della sua pubblicità.
- 47)** Nell'ipotesi di vendita immobiliare è vero che sarebbe sufficiente la forma scritta; ma è altrettanto vero che il ricorso all'atto pubblico e l'intervento del notaio assicurano maggiore sicurezza al complesso procedimento. Sul punto, G. MIRABELLI *Delle Obbligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.* 1980, p.111; in generale sulla questione, P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.765 per il quale in ipotesi di donazione l'offerta deve essere formata con atto pubblico alla presenza dei testi, ma all'infuori di alcune ipotesi potrebbe ammettersi la forma orale o tacita.
- 48)** Pur non essendo preclusa la possibilità di un ricorso alla scrittura privata, appare senz'altro preferibile l'adozione dell'atto pubblico.



- 49) Va naturalmente segnalato che nell'ipotesi in cui l'offerta al pubblico sia formulata con tecnica notarile e concerne in particolare beni immobili, sarà compito del notaio incaricato svolgere con la maggiore attenzione e professionalità il compito affidatogli; in particolare, non si porrà certamente il problema né di definizione dell'oggetto né della determinazione del termine finale dell'offerta, che sarà certamente esattamente definito.
- 50) In questo senso, P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.765.
- 51) Ricorda G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.9 che la prassi offre numerosi esempi di offerta al pubblico: ad esempio l'offerta di merci, di servizi, di spettacoli proposti mediante diverse forme di pubblicità, l'esposizione di merci in vetrina con l'indicazione del prezzo relativo, l'esposizione presso il vettore delle condizioni generali di trasporto, l'offerta attraverso un opuscolo pubblicitario di viaggi da parte di un'agenzia, la pubblicazione dei listini contenenti i prezzi praticati da alcune imprese, il programma di pubblicazione di opere librarie contenenti il prezzo e la descrizione dettagliata delle opere stesse, la pubblicità dell'emissione di un prestito obbligazionario, le offerte a prelievo diretto effettuate mediante parchimetri, distributori automatici e simili. Non fa alcun riferimento l'Autore alla possibilità di utilizzare l'istituto con riguardo ai beni immobili.
- 52) P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.765; A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.762.
- 53) G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.11, il quale richiama alcune ipotesi contrattuali nelle quali rileva l'intuitu personae, quali il mandato, il contratto di società di persone o impieghi di tipo specialistico o direttivo, opinione già espressa anche da R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.192. Questione diversa è la possibile riserva di gradimento in capo al proponente, come lo stesso Oberto rileva.
- 54) G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1 op. cit. la quale ricorda che le aste on-line hanno riscosso un enorme successo: si consideri che circa mille persone al giorno si registrano presso ognuno dei siti di aste on line con un ritmo di crescita delle gare del 30% al mese; che il maggiore e più famoso sito a livello mondiale di aste on-line è eBay, presente in 33 mercati internazionali, con 203 milioni di utenti registrati nel mondo, di cui 113 milioni registrati in siti internazionali, che dal suo lancio, nel solo secondo trimestre del 2006, eBay ha fatturato 1,41 miliardi di dollari (724,7 milioni di dollari a livello internazionale) e in ogni momento, sul suo sito, ci sono più di 104 milioni di oggetti in tutto il mondo, con più di 6,5 milioni di nuovi oggetti al giorno. Grande è il successo riscontrato nell'ambito delle aste on-line (si è calcolato infatti che le vendite che avvengono sui siti di aste on-line valgono, ad oggi, un totale di 1.640 dollari al secondo).
- 55) Non mutano i termini fiscali della questione.
- 56) E' al tempo dell'accettazione che scatta l'obbligo per il pubblico ufficiale che abbia ricevuto l'accettazione susseguente all'aggiudicazione di procedere alla trascrizione del contratto preliminare nei registri immobiliari.
- 57) E' più funzionale alla fattispecie il richiamo alla caparra penitenziale, che a norma dell'art. 1386 c.c. ha la funzione di corrispettivo del recesso; nulla esclude che la cauzione possa però essere trasformata in caparra confirmatoria.
- 58) G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15.
- 59) In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.193 secondo il quale si pone comunque un problema di organizzazione dell'offerente. Dipende dalla modulazione della manifestazione della volontà dell'offerente qualificare la fattispecie come offerta al pubblico o come invito ad offrire.
- 60) Il riferimento è ad esempio alla vendita di una pluralità di immobili (due o più appartamenti) con la formazione di uno o più lotti da cedersi congiuntamente o separatamente.
- 61) C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 251.
- 62) La questione è riproposta da P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1091. Nello stesso senso, G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15; R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.193.
- 63) In questo senso, già P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766.
- 64) Si tratta senz'altro dell'applicazione dei principi generali in materia; in tal senso, P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766; A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.765.
- 65) Sul punto, A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.765; R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.196; C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 252 .



- 66)** E' evidente, infatti, la mancanza di uno specifico oblato, come nella ordinaria formazione procedimentale del contratto, non potendo certo considerarsi tale la collettività; in questo senso, P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1091. In senso parzialmente diverso, P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766 secondo il quale un tale requisito ulteriore ha effetto solo nei confronti di coloro che, oblati, dell'offerta non abbiano avuto conoscenza; ed aggiunge che, affinché la revoca della proposta abbia effetto dichiarativo, al pari di quanto avviene per la revoca della procura, nel senso cioè che detta revoca abbia efficacia nei confronti della generalità, deve essere accompagnata da una pubblicità adeguata, ossia essere resa pubblica con le medesime modalità dell'offerta. Nei confronti, invece, di coloro che per una qualsiasi ragione anche puramente accidentale, siano venuti a conoscenza della revoca, quest'ultima acquista efficacia nei loro riguardi anche se non riveste i caratteri formali della offerta; insomma, secondo questa impostazione, appare sufficiente che la revoca sia comunicata in qualche modo alla comunità degli oblati anche con mezzi diversi, quale ad esempio la pubblicazione su un quotidiano, o anche comunicata semplicemente a qualcuno degli oblati per essere idonea. Secondo il Forchielli, infatti, sarebbe davvero assurdo che gli oblati potessero trincerarsi dietro un difetto di conformità ed equipollenza formale della revoca rispetto all'offerta per pretendere, in ogni caso, l'esecuzione del contratto. Invero, appare difficile il superamento del dato formale della disposizione; si potrà semmai porre una questione di fatto che in questa sede rileva poco.
- 67)** P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766, il quale ricorda che possa essere considerata revoca idonea la dichiarazione di "venduto" o di "esaurito" posta accanto alla merce o sopra il manifesto. L'introduzione successiva all'offerta al pubblico di dichiarazioni come "non più in vendita" valgono allo stesso modo come revoca.
- 68)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.16 afferma che la "spiegazione non sembra in grado di giustificare la pretesa inapplicabilità dell'art. 1328 cit., quanto meno in relazione alle offerte plurime, con riguardo alle quali l'accettante è per definizione legittimato a ritenere che la controparte (in difetto di ulteriori precisazioni) si sia premunita di fronte all'eventualità di un alto numero di accettazioni. D'altro canto, se è vero che, come stabilito dall'art. 1336 c.c. , l'offerta al pubblico è pur sempre una proposta, ne consegue che la sua revoca dovrebbe comportare l'applicazione di tutte le norme codicistiche al riguardo. Semmai il problema sarà quello di valutare, se, nel caso concreto, le circostanze di fatto possano indurre a ritenere inesistente l'elemento della buona fede richiesto in capo all'accettante dall'art. 1328 c.c.".
- 69)** Secondo P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1091 si tratta di un onere di pubblicità notizia diretto a rendere conoscibile la revoca stessa dell'offerta. Nello stesso senso, C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 252.
- 70)** In questo senso, A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.765.
- 71)** Si ribadisce che la serietà del meccanismo conduce a preferire una offerta irrevocabile.
- 72)** In tale ipotesi la pubblicità ad un siffatto atto di ritiro è assicurata dal dovere che grava sugli offerenti (come previsto sovente dai bandi) di partecipare personalmente all'apertura delle buste.
- 73)** La cessazione è evidente anche qualora, non essendo stato fissato un termine , sia decorso un termine ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o gli usi ; così P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766; quest'ultimo Autore ricorda che anche il venir meno dei beni oggetto dell'offerta ne comporta la caducazione .
- 74)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.599. L'Autore differenzia l'offerta al pubblico rispetto alle trattative nelle quali entrambi i possibili futuri contraenti partecipano. L'offerta al pubblico discende invece da un soggetto ed è vincolante da subito quando contiene gli estremi essenziali del futuro contratto. Secondo G. MIRABELLI *Delle Obbligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c., 1980*, p. 105, se l'obbligazione nasce solo nel momento in cui avviene l'incontro con la dichiarazione di accettazione si ha offerta; se invece nasce nel momento stesso in cui la dichiarazione viene emessa si ha la promessa al pubblico; quest'ultimo Autore è peraltro fortemente critico (nota 3 p.105) nei confronti del Messineo.
- 75)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.12 ricorda che "da un lato, si è infatti sostenuto che la promessa al pubblico non sarebbe altro che un'offerta al pubblico di contratto con prestazione a carico del solo proponente (art. 1333 c.c.); di conseguenza, l'art. 1989 c.c. costituirebbe una ripetizione, posto che la fattispecie da esso prevista potrebbe essere regolata dal combinato disposto degli artt. 1333 e 1336 c.c.. D'altro canto, e muovendo dalla direzione opposta, si è affermato che la promessa al pubblico si identificherebbe con l'offerta



ex art. 1336 c.c. , essendo necessaria anche per la prima l'accettazione dell'aveute diritto". L'Autore conviene però che è preferibile l'opinione che distingue dal punto di vista ontologico le due figure. Afferma A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.763 che lo spazio della promessa al pubblico è diverso perché riguarda iniziative che non sono oggetto di contratti.

- 76)** Secondo G. MIRABELLI *Delle Obligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.*, op. cit., p.105, si tratta, invece, di una differenza di effetti e non di essenza, atteso che la bilateralità o l'unilateralità della fattispecie è del tutto da dimostrare.
- 77)** A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.763.
- 78)** C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 257 segnala l'esigenza di differenziare l'offerta al pubblico dalla promessa al pubblico condizionata ad una controprestazione; nel caso di colui che promette in cambio di una prestazione, un affare oneroso che richiede il consenso di entrambe le parti, l'accettazione da parte dell'interessato viene manifestata con la esecuzione della sua prestazione, eseguita la quale, l'obbligo del corrispettivo ha la sua fonte non nella promessa quanto piuttosto nell'accordo raggiunto; la prestazione eseguita quindi per soddisfare l'interesse del promittente o della persona da lui individuata ha nel contratto non solo la sua fonte ma anche la causa e la sua disciplina.
- 79)** R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.189.
- 80)** In questo senso, G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.13.
- 81)** Il richiamo è alle parole di una risalente pronuncia della Suprema Corte del 21 aprile 1949 n. 962 ricordata da P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1092 secondo il quale va rilevata l'insufficienza di un siffatto criterio discrezionale nell'ipotesi in cui sia prevista una peculiare prestazione a favore di colui che compie una determinata azione. In tali ipotesi è stata rilevata la differenza tra offerta e promessa al pubblico nella circostanza che sia almeno prevista l'esecuzione di comportamenti aventi valore negoziale intesi quali prestazioni in senso tecnico. In caso positivo, si avrebbe l'offerta al pubblico; in caso negativo, si avrebbe, invece, la promessa al pubblico perché il comportamento prestato dal soggetto non è suscettibile di essere qualificato come controprestazione in senso stretto. Sarebbe in tal modo salvaguardata l'esigenza che ciascun soggetto non sia coinvolto senza il suo assenso nella titolarità di un rapporto obbligatorio.
- 82)** G. MIRABELLI *Delle Obligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.* 1980, p.106, il quale formula il seguente esempio: "se un passante, ad esempio, scorto un oggetto in mostra in una vetrina (offerta al pubblico) ed entrato nel negozio, dopo averne preso migliore conoscenza, dichiara di non volere acquistarlo, il negoziante (offerente) è immediatamente libero di venderlo ad un altro soggetto; se, invece, è stata emessa una promessa al pubblico e lo stesso passante, presane visione, dichiara che non intende fare quanto previsto dal promittente, questo non soltanto non è libero di obbligarsi separatamente con uno o più altri, ma non può successivamente respingere la richiesta di adempimento che lo stesso soggetto, che prima aveva espresso rifiuto, gli presenti, ove lo stesso abbia effettivamente compiuto, quanto nella promessa era previsto". Altri esempi possono trarsi da R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.190, il quale segnala la differenza che sussiste tra le ipotesi nelle quali si promette una somma al più povero mendicante di un paese, o si riporta al proprietario un oggetto smarrito o ancora si inventa uno slogan per diffondere un certo prodotto e le ipotesi riconducibili alla offerta al pubblico in cui si promette un certo corrispettivo in cambio di un servizio o della vendita di una autovettura.
- 83)** Secondo G. MIRABELLI *Delle Obligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.* 1980, p.106 per distinguere tra promessa al pubblico ed offerta al pubblico, laddove il rifiuto sia liberatorio, nel senso che faccia cadere l'offerta nei confronti del rifiutante, si deve ritenere che la fattispecie sia riconducibile alla seconda ipotesi; se, invece, il rifiuto non impedisce a costui di chiedere l'adempimento, allora, si tratta di una promessa al pubblico. Nello stesso esatto senso, G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.14, il quale però aggiunge criticamente che siffatte "considerazioni non possono assurgere al livello di criterio distintivo tra le due figure, ponendosi sul piano degli effetti, piuttosto che su quello della fattispecie" . Ricorda quest'ultimo Autore che la "distinzione tra promessa e offerta al pubblico nasce con il codice 1942, sulla base di un dibattito apertosi in dottrina sotto il vigore del codice previgente" in quanto la "Relazione del Guardasigilli (n. 783), in particolare, evidenzia come i «conditores», con la previsione dell'art. 1989, intendessero consentire ad una parte di vincolarsi unilateralmente al di fuori dello schema contrattuale «a favore di chi si trovi in una data situazione, senza



obbligo di fare alcuna prestazione o di svolgere alcuna attività». In altre parole, la preoccupazione era quella di evitare di dover «fingere l'accettazione per poter creare il contratto» in tutti i casi in cui la situazione prevista dalla dichiarazione di chi si voleva obbligare si fosse già verificata». Continua poi sottolineando che il meccanismo predisposto dall'art. 1333 c.c. era già sufficiente a sopperire «all'esigenza di consentire ad un soggetto di vincolarsi immediatamente ad una prestazione senza la necessità di fingere l'accettazione della controparte» con l'effetto di dover «ammettere che ciò che si voleva fare era puntare l'attenzione sulla volontà del soggetto»; «in altri termini è accertare, di volta in volta, se l'intenzione del soggetto fosse quella di ritenersi immediatamente obbligato in forza della propria promessa, ovvero di considerarsi vincolato solo una volta ricevuta l'eventuale accettazione da parte del destinatario.

- 84)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.600 afferma che invito a offrire non è un atto giuridico, potendosi scorgere in esso soltanto un inizio di trattativa contrattuale; in tal modo, tiene nettamente distinto l'invito ad offrire dalla proposta che evidentemente esposta alla accettazione eventuale. E' stato affermato (G. MIRABELLI *Delle Obbligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.* 1980, p.107) che un tale atto non ha il rilievo di un atto giuridico prenegoziale e che comunque non è un atto che ha una rilevanza quale *atto lecito*; una tale ultima affermazione non vuole però significare che l'invito non sia lecito ma piuttosto semplicemente che esso non ha rilevanza giuridica atteso che nessun effetto ne consegue sul piano dei rapporti giuridici. Ricorda G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.11 che secondo la giurisprudenza (Cassazione penale 16 marzo 1989 in Cass. Pen. 1990, 2114) un annuncio economico su un giornale, relativo alla disponibilità di un appartamento da locare in quanto mancante di tutti gli elementi del futuro contratto non può essere qualificato come offerta al pubblico di locazione della appartamento medesimo al canone legale. Nello stesso senso, M. C. DIENER *Il contratto in generale* , op. cit. p.278. Rileva R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.190 l'ampia diffusione pratica della fattispecie nella moderna tecnica commerciale.
- 85)** A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.763, il quale precisa che un'offerta al pubblico priva dei requisiti per essere considerata proposta potrebbe avere il valore di un invito ad offrire.
- 86)** P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1092 afferma che, invece, si tratta di un atto lecito che può valere non solo come propulsore della trattativa, ma anche ove quest'ultima venga interrotta in mala fede, come atto di concorrenza sleale.
- 87)** In questo senso, P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1092.
- 88)** Va osservato che in concreto è complessa la distinzione tra invito e proposta, con l'effetto che se l'invito è in concreto una proposta si resta obbligati, ma se è squisitamente tale si diviene proponenti. La questione di natura chiaramente fattuale, appare impossibile nelle ipotesi nelle quali interviene il notaio ed oggetto di esame nel presente contributo. In questo senso, con numerosi esempi G. MIRABELLI *Delle Obbligazioni Dei contratti in generale Art. 1336 c.c.* 1980, p.108 e segg. ; in particolare, è invito ad offrire la sollecitazione a persona indeterminata di concludere un contratto nel quale siano rilevanti le qualità del contraente o piuttosto una delle parti si riserva di accertare le qualità dell'altra parte; ed ancora è invito ad offrire la sollecitazione che non contenga tutti gli elementi del contratto ed in particolare la determinazione del prezzo. Aggiunge il P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766 che anche nei casi di sollecitazione alla prenotazione di titoli o nelle pubbliche raccolte di fondi si tratta di inviti a offrire o a donare.
- 89)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.11.
- 90)** R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.199, secondo il quale alla licitazione si applicano le medesime considerazioni svolte per l'asta.
- 91)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.600.
- 92)** In questo senso, F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.600, non condivisa dal Mirabelli in *Dei contratti in generale* Torino 1961 p.76, che preferisce leggere nel pubblico incanto una normale proposta di contratto rivolta al pubblico, tesi ripresa anche nell'edizione del 1980.
- 93)** Solo il difetto originario dei requisiti di essa può condurre a tale risultato. In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO *Art. 1336 c.c.* op. cit. p.198; G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15.
- 94)** In questo senso, C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 255, come G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15 nota 64 (che qui si riproduce quasi integralmente) riporta l'opinione del Windscheid il quale aderisce «alla tesi dell'accettazione sottoposta a condizione (risolutiva): «Der Vertragsantrag braucht nicht nothwendig



an eine bestimmte, d.h. eine individuell bestimmte, er kann auch an eine unbestimmte, d.h. eine nur nach einem Merkmal oder nach Merkmalen bestimmte Person gerichtet werden (...). Die Versteigerung gehört dann hierher, wenn sie in dem Sinne erfolgt, daß der Versteigerer durch jedes erfolgende Gebot gebunden sein will (...). Durch jedes Gebot kommt ein Vertrag mit dem Versteigerer zu Stande, aber ein Vertrag unter der, im Zweifel aufschiebenden, Bedingung, daß nicht von einem Andern ein besseres Gebot geschehen sollte. Jedes bessere Gebot begründet also den Ausfall der Bedingung des vorher abgeschlossenen Vertrages, und der definitive Vertrag kommt erst durch das letzte Gebot zu Stande» (Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., 180 ss.).”.

- 95)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.601.
- 96)** Non rilevano, attesa la natura immobiliare dei beni oggetto della speciale offerta della quale si tratta, tutte le problematiche che pone non solo la cd. vendita internazionale di beni mobili, ma anche le “offerte a prelievo diretto”; su tali questioni si rinvia a G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.12. Su tali questioni anche C. M. BIANCA *Diritto civile Il contratto*, op. cit. p. 252.
- 97)** E’ possibile immaginare anche che il meccanismo concerna direttamente il contratto definitivo e non il contratto preliminare. I benefici della trascrizione permettono però di ritenere preferibile la soluzione che si propone.
- 98)** Art. 3, R.D. n. 2440 del 1923.
- 99)** B. G. MATTARELLA, *L’asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, in *L’intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all’incarico di asta privata*, Atti del Convegno Roma, 12 e 13 marzo 2010, *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, n. 4, 2010, p. 20, il quale rileva che la scelta della vendita a mezzo asta non solo non è l’unica possibile, ma che addirittura essa è stata ridimensionata nella recente esperienza, ove, mediante fonti legislative derogatorie, tale strumento è stato in più casi sostituito da trattativa privata o dall’impiego di società di cartolarizzazione.
- 100)** B. G. MATTARELLA, *L’asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p. 20 il quale sottolinea che spesso proprio per le ragioni esposte, gli economisti più di tutti sembrano non mostrare la cieca fiducia dei giuristi nell’efficienza del meccanismo delle aste. Aggiunge, inoltre, l’Autore che inoltre la pubblica amministrazione non è in grado di controllare l’adempimento delle prestazioni che incombono sul privato aggiudicatario, che appaiono progressivamente scadenti nella qualità.
- 101)** In questo senso, B. G. MATTARELLA, *L’asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p.21.
- 102)** B. G. MATTARELLA, *L’asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p.21 afferma che non dovrebbe (o dovrebbe essere poco) praticabile per gli immobili il ricorso alla trattativa privata. L’esempio al quale si ricorre usualmente è quello del box posto all’interno di un condominio, per il quale in concreto saranno interessati essenzialmente i condomini stessi e non gli estranei. Conclude però l’Autore che l’organizzazione ed il tempo dell’asta rappresentano un elemento essenziale per la buona riuscita dell’operazione.
- 103)** L. LA GIOIA, *L’asta pubblica come strumento generalizzato di commercializzazione dei beni immobili*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, Atti del convegno Roma 8 giugno 2007, *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, supplemento al n. 4/2007, p. 15 e ss..
- 104)** Cass. SS. UU. 8 giugno 1956, n. 1230; Cass. 11 giugno 2004, n. 11103; Cass. 19 novembre 1997, n. 11513; Cass. 25 maggio 1984, n. 2938; Cass. 15 novembre 1973, n. 3037.
- 105)** In tal senso, Cass. 22 giugno 2009, n. 14545; Cass. 27 marzo 2007, n. 7481.
- 106)** Diffusamente sulla questione F. BASILE *L’intervento del notaio a supporto della riforma del processo esecutivo in L’intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all’incarico di asta privata*, Atti del Convegno Roma, 12 e 13 marzo 2010, *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, n. 4, 2010, p.33, in specie in ordine al commento dell’art. 169 quater c.p.c. (per l’espropriazione mobiliare) e dell’art. 173 quinquies c.p.c. (per l’espropriazione immobiliare) laddove fanno riferimento ai mezzi di pagamento telematico quali ulteriori strumenti idonei alla presentazione delle offerte di acquisto, alla prestazione della cauzione ed al pagamento del saldo prezzo. Le nuove disposizioni insomma hanno consentito di assolvere il versamento del prezzo di acquisto con mezzi telematici o ancora con moneta elettronica accentuando così la funzionalità ed efficienza della dinamica processuale di un tale settore.



- 107)** Per l'analisi si rinvia a *Il nuovo diritto fallimentare ed il ruolo del notaio, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, n. 2, 2008.
- 108)** Salve le ipotesi disciplinate dagli art. 104 e 107 co. 2 l. fall.
- 109)** Si veda al riguardo: P. D'ADAMO, *Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo*, Studio CNN, n. 5-2007/E e *I diversi possibili ruoli nel notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare*, Studio CNN, n. 6-2011/E.
- 110)** S. FAZZARI *L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare*, Studio del CNN, n. 16-2011/E in www.notariato.it.
- 111)** In particolare: versamento del saldo del prezzo a mano del curatore, notificazioni ai creditori ai sensi dell'art. 107 l.fall., autorizzazione del giudice delegato alla vendita, emanazione del decreto di purgazione dei gravami a seguito del pagamento del prezzo.
- 112)** G. CASU, *Dismissione del patrimonio pubblico e verbale d'asta*, Studio del CNN, n. 4116/2002.
- 113)** Il termine asta privata deve intendersi impiegato in modo sinonimico con il termine asta tra privata effettuata in modo pubblico, intendendosi per tale il ricorso a tale specifica metodica di vendita.
- 114)** A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966, 390 ss. Va comunque segnalato che una soluzione opposta a quella sopra riportata, non sarebbe stata di ausilio per rispondere alla questione prospettata. Dalle procedure competitive pubbliche emergono infatti elementi contraddittori che se in determinate ipotesi individuano in una fase successiva all'aggiudicazione il momento traslativo della proprietà, in altri casi anticipano alla fase di aggiudicazione tale momento. Ad esempio nella vendita giudiziaria, gli articoli 586 cod. proc. civ. e 2643 cod. civ. individuano nel decreto di trasferimento emesso dal G.E, l'atto che trasferisce la proprietà del bene (A. GILI, *Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 437). Al contrario, "nei contratti stipulati dalla P.A. con il sistema dell'asta pubblica o della licitazione privata, il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivale per ogni effetto legale al contratto, con forza immediatamente vincolante per entrambe le parti, salvo che dallo stesso verbale non risulti la volontà dell'amministrazione di rinviare la costituzione del vincolo negoziale al momento successivo della stipulazione del contratto, la quale, perciò, in tal caso, non assume il valore di un mero atto formale e riproduttivo, ma rappresenta la vera ed unica fonte del rapporto negoziale" (in questo senso, da ultimo, Cass. 27 marzo 2007 n. 7481, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 1280)
- 115)** R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, op. cit., p. 70.
- 116)** F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p. 79. Proprio alla luce di tali elementi, in vista dell'atipicità del modello procedimentale adottato, dovrà valutarsi la meritevolezza dell'interesse perseguito nell'operazione.
- 117)** Sulla posizione dell'aggiudicatario R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, op. cit. p.74.
- 118)** Sulla questione delle aste on line in generale si rinvia a M. SALA *Aste on line : legittimità e limiti di ammissibilità in Immobili e proprietà* 2007, 10 p. 638; E. FALLETTI *La Corte di cassazione alle prese con le c.d. «aste on line»: persa la prima occasione per fare chiarezza*, nota a sentenza della Cass. civ. Sez. II, 10 ottobre 2005, n. 19668 in *Giur. It.* 2007, G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1; E. M. TRIPODI, *Aste televisive e via Internet: le opinioni (in parte confuse) della Suprema Corte*, in *Dir. Internet*, 2006, 18; A. LODI *Le aste on line in Diritto dell'informatica* a cura di G. FINOCCHIARO e F. DELFINI Torino 2014 p.593. Con riguardo alle aste informatiche nei procedimenti ad evidenza pubblica A. MASUCCI *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione* in *Giorn. dir. Amm.* 2013 , 3, 317; A. G. OROFINO *La sottoscrizione delle offerte elettroniche in Urb app.* 2012 , 11 p. 1191, nota alla sentenza del TAR Puglia del 24 maggio 2012 n.1019; V. ROPPO (a cura di) *Trattato del contratto VI Interferenze* Milano 2006 p. 1047..
- 119)** A. G. OROFINO *La sottoscrizione delle offerte elettroniche* op . cit. p.1193 segnala sul punto l'esistenza di norme di diritto regionale emanate nel rispetto del riparto di cui all'art. 117 della Costituzione.



- 120)** Sul punto, A. G. OROFINO *La sottoscrizione delle offerte elettroniche* op. cit. p.1195, il quale osserva che tali elementi emergono soprattutto all'indomani dell'approvazione del d.P.R. n. 101 del 2002, come confermati dal d. P. R. 5 ottobre 2010 n.207 che nella parte IV titolo II del capo III contiene una analitica disciplina degli appalti informatici e che all'art. 358 comma 1 abroga proprio il citato d.P.R. 101 del 2002.
- 121)** Il gestore di un'asta *on line* è stato ricondotto alla figura di un *hosting provider*, ai sensi dell' *art. 16, d.lgs. 70 del 2003* (*art. 14, dir. 2000/31/Ce*), quale soggetto che, appunto, mette a disposizione degli utenti che desiderano liberamente compravendere i propri beni, lo spazio tecnologico ove si realizza l'e-marketplace, ovvero il luogo virtuale dello scambio dei beni; il gestore dell'e-marketplace virtuale rimarrebbe esterno alle negoziazioni tra venditore e compratore. In questo senso, G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1.
- 122)** Tale decreto del 1998 è stato poi nel frattempo abrogato per effetto dell'art. 146 del d. lgs. del 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo).
- 123)** Ricorda A. LODI *Le aste on line*, op. cit. p.595 che tale decreto era definito "Bersani".
- 124)** Colui che effettua le vendite tramite televisione per conto terzi deve essere in possesso anche della licenza prevista dall'art. 15, del T.U. delle leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con *r.d. n. 773 del 18 giugno 1931*. La preoccupazione del legislatore riguarda l'insidiosa ipotesi dell'asta televisiva (nella quale le offerte sono presentate mediante il telefono) nella quale si riscontrano numerose irregolarità quali ad esempio rilanci truffaldini da parte di terzi soggetti, offerte formulate senza serietà alcuna al solo scopo di aumentare il prezzo di aggiudicazione, senza informazione in ordine alla qualità o alla natura della merce oggetto d'asta, elementi impossibili da verificare da parte degli acquirenti a causa dello svolgimento estremamente rapido della procedura d'asta. Inoltre l'assenza di un rapporto diretto tra le parti impediva la verifica delle identità e del comportamento dei concorrenti moltiplicando in concreto la possibile verifica di condotte illecite.
- 125)** La norma dispone che "il presente decreto si applica ai contratti a distanza *esclusi* i contratti a) relativi ai servizi finanziari; b) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali autorizzati; c) conclusi con operatori di telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici; d) *relativi alla costruzione o alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione, conclusi "in occasione" di una vendita d'asta*." In ordine alla tutela dei consumatori nei contratti a distanza si rinvia per tutti a G. ALPA, *Contratti a distanza – Prime considerazioni (commento al d.leg. 22 maggio 1999 n. 185)*, in *Contratti*, 1999, p. 845; TORRIELLO, *La protezione dell'acquirente a distanza (commento al d.leg. 22 maggio 1999, n. 185)*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 1063; DE MARZO, *I contratti a distanza – Commento al d.leg. 22 maggio 1999 n. 185*, Milano, 1999; COMANDE' FORLENZA, *Commento al d.leg. 22 maggio 1999 n. 185, attuazione della direttiva 97/7/Ce relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Guida dir.*, 1999, fasc. 28, p. 14; DI AMATO *La qualificazione delle transazioni in etere come contratti di massa e i diritti dei consumatori*, in *Riv. dir. impresa*, 2001, p. 167.
- 126)** G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1, cit..
- 127)** G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1, cit. ricorda che "la circolare del Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato, 1° giugno 2000, n. 3487/C, che nel restringere la tipologia di vendite business to consumer richiamate dall'art. 18 del decreto Bersani, ne circoscrive l'ambito di applicazione alle sole "forme speciali di vendita al dettaglio" (in cui sostanzialmente gli operatori svolgono l'attività di acquisto per la rivendita ai consumatori finali), chiarendo che "il commercio elettronico, ossia l'attività commerciale svolta nella rete internet mediante utilizzo di un sito web (e-commerce), solo ove sia svolta nei confronti del consumatore finale e assuma le forme di commercio interno, è soggetta alla disciplina dell'art. 18 del predetto decreto 111".
- 128)** Ricorda M. SALA *Aste on line: legittimità e limiti di ammissibilità*, op. cit. p.640 che la circolare analizza il ruolo degli imprenditori agricoli e degli imprenditori industriali in materia. Sulla questione della formazione del consenso nei contratti del commercio elettronico, A. M. GAMBINO *L'accordo telematico* Milano, 1997; F. SARZANA di S. IPPOLITO *I contratti di Internet e del commercio elettronico* Milano, 2001.



- 129)** M. SALA *Aste on line : legittimità e limiti di ammissibilità*, op. cit. p.642 riporta inoltre le considerazioni svolte dalla circolare n.3547/c in ordine alla conclusione del contratto, non estensibili alla materia de qua atteso che nel caso in esame l'oggetto dell'asta è essenzialmente immobiliare. Sul punto diffusamente anche A. LODI *Le aste on line*, op. cit. p.600, il quale esprime perplessità sull'interpretazione restrittiva della norma e riporta uno stralcio dell'unica pronuncia al proposito della Suprema Corte secondo la quale il limite sarebbe addirittura generale, in assenza di distinzioni di sorta (Cass. 10 ottobre 2005, n.19668, già cit.). Il caso prospettato concerneva una società, che realizzava operazioni di vendita all'asta di mobili di antiquariato, sia attraverso l'uso del telefono sia attraverso l'utilizzo di un sito Internet, multata ai sensi dell'art. 22 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 dall'autorità amministrativa di un certo Comune per violazione del divieto previsto dall'art. 18, 5° comma dello stesso decreto con una sanzione amministrativa basata sulla constatazione della realizzazione di «aste on line» per mezzo del sito Internet attraverso un meccanismo misto. Detto meccanismo consisteva nella presa in considerazione sia delle offerte giunte per posta elettronica sia di quelle telefoniche degli interessati all'acquisto dei pezzi di antiquariato. La gestione del processo di vendita della società, qualificatasi «Casa d'Aste», veniva diretta da un «direttore della vendita», ai sensi delle condizioni generali di vendita presenti sul sito Internet. Le difese presentate dalla «Casa d'Aste» consistevano nel definirla quale intermediaria e mandataria per la vendita di beni di terzi, mentre il divieto previsto dall'art. 18 della Legge Bersani riguarda la vendita al dettaglio in proprio. Di seguito, la Casa d'Aste ha contestato altresì la ricostruzione delle modalità di vendita all'asta, nel senso che questa non avveniva per mezzo di Internet, ma nella sua sede, con la presenza del pubblico e venivano accettate anche offerte telefoniche e via e-mail; infine il sito Internet era utile soltanto a pubblicizzare i lotti d'antiquariato in vendita rappresentando una esclusiva attività promozionale e pubblicitaria. Il giudice di pace ha rigettato l'opposizione all'ordinanza ingiunzione. Il successivo ricorso in Cassazione da parte della società non ha trovato accoglimento presso i supremi giudici per motivi inerenti alla confezione dell'atto, il quale si rifaceva esclusivamente alla ricostruzione del fatto invece di contestare l'applicazione ed interpretazione della legge alla fattispecie. La pronuncia è importante perché la Corte di cassazione in ordine al divieto contenuto nell'art. 18, 5° comma del D.lgs. n. 114/1998, lo interpreta in senso generale affermando che la norma non distingue né tra le vendite per conto terzi ovvero per conto proprio, né per quanto concerne il mezzo di comunicazione attraverso il quale la vendita viene effettuata, sia esso la televisione o qualsiasi altro. In senso critico sulla pronuncia E. FALLETTI *La Corte di cassazione alle prese con le c.d. «aste on line»: persa la prima occasione per fare chiarezza* op. cit.; E. M. TRIPODI, *Aste televisive e via Internet: le opinioni (in parte confuse) della Suprema Corte*, op. cit. 18.
- Va osservato sul punto in contrario che oggi non solo è mutato in quadro normativo con l'abrogazione della disposizione, ma che anche la fattispecie in esame oggetto dell'esame della giurisprudenza ha caratteristiche del tutto diverse da quelle esaminate dalla ricordata circolare del 2002 n.3547/c.
- 130)** La ricordata circolare del Ministero delle Attività Produttive n. 3547/c del 17 giugno 2002 distingue: “*In relazione al maggiore o minore coinvolgimento del banditore d'asta*: a. aste condotte direttamente dal banditore d'asta in cui è possibile acquistare beni di proprietà di quest'ultimo; b. aste condotte direttamente dal banditore d'asta in cui è possibile acquistare beni di proprietà di venditori terzi; c. aste in cui il banditore d'asta svolge unicamente il compito di mettere a disposizione il sito e la sua struttura per la vendita all'asta senza essere direttamente coinvolto nella procedura di aggiudicazione.
- In relazione alla qualità personale dei soggetti che vi operano*:
- a. aste tra professionisti (*business to business*), nelle quali i partecipanti all'asta non rivestono lo *status* di consumatori;
- b. aste tra professionisti e consumatori (*business to consumer*), nelle quali gli acquirenti sono consumatori; c. aste tra consumatori e professionisti (*consumer to business*), nelle quali è il consumatore ad indicare il prodotto che intende acquistare; d. aste tra consumatori (*consumer to consumer*).
- Il termine «professionista» è usato per indicare la controparte contrattuale dei consumatori secondo la normativa sia comunitaria che nazionale in tema di tutela consumatori.
- In relazione alle modalità di fissazione del prezzo di vendita*:
- a. *asta al rialzo* (c.d. asta inglese), in cui la vendita viene aggiudicata al miglior offerente, partendo dal prezzo minimo indicato dal venditore e nell'ambito dei limiti temporali dell'offerta; b. *asta al ribasso* (c.d. asta olandese), in cui la vendita viene aggiudicata al miglior offerente, partendo dal prezzo massimo indicato dal



venditore e nell'ambito dei limiti temporali dell'offerta; c. *asta segreta al prezzo massimo*, nella quale ogni interessato al bene offre, per iscritto, un prezzo massimo. Le offerte vengono raccolte, nei limiti temporali fissati, e rese pubbliche contemporaneamente con l'aggiudicazione all'offerta più elevata; d. *asta con riserva*, in cui la vendita viene aggiudicata solo se le offerte abbiano raggiunto e/o superato il prezzo minimo stabilito. Tale prezzo non viene comunicato durante la gara; e. *asta con il metodo Vickrey*, nella quale la procedura è analoga all'asta al prezzo massimo. La differenza consiste nel fatto che l'aggiudicazione è fatta al miglior offerente per il prezzo di acquisto del secondo migliore offerente."

- 131)** Sulla questione M. SALA *Aste on line: legittimità e limiti di ammissibilità*, op. cit. p. 639, che ricorda la circolare del Ministero dell'Industria n. 3487/C del 1° giugno 2000 nella quale si legge che: «il commercio elettronico, ossia l'attività commerciale svolta nella rete Internet mediante l'utilizzo di un sito Web (*e-commerce*), ove sia svolta nei confronti del consumatore finale e assuma la forma di commercio interno, è soggetta alla disciplina dell'art. 18 del predetto decreto n. 114... Va evidenziato, altresì, che le violazioni alle disposizioni di cui all'art. 18 sono punite con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 22, comma 1, del decreto n. 114. Le regole sopra richiamate, per via del fatto che l'art. 18 concerne le forme speciali di vendita al dettaglio, si applicano unicamente agli operatori che svolgono l'attività di acquisto per la rivendita ai consumatori finali. Per quel che concerne la vendita all'ingrosso, infatti, il grossista è tenuto unicamente a dichiarare, al momento dell'iscrizione al Registro delle imprese, il possesso dei requisiti morali, nonché quelli professionali, di cui all'art. 5 del decreto, qualora venda prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare. Va rilevato, altresì, che le disposizioni del decreto n. 114 applicabili riguardano unicamente i soggetti menzionati dal medesimo che svolgono attività economica concernente l'acquisto di prodotti ai fini della successiva rivendita. Ne consegue, pertanto, che tale disciplina non si applica alla figura degli intermediari come gli agenti di commercio, ovvero gli agenti di affari in mediazione, i quali sono tenuti al rispetto delle regole civilistiche, amministrative e fiscali che concernono lo svolgimento di dette attività, a cominciare dall'obbligatoria iscrizione ai relativi ruoli tenuti dalla Camera di commercio e all'apertura della partita IVA». Secondo l'interpretazione ministeriale, insomma, l'art. 18 del D.lgs. n. 114/98 (contenente il divieto di vendita all'asta *on line*) non si applicava ai grossisti ed a coloro che, comunque, non vendono a consumatori finali. L'art. 18 stesso non si applicava, poi, né ai venditori occasionali ed ai privati né alle categorie indicate nell'art. 4 comma 2 del d.l. 31 marzo 1998 n.114.
- 132)** Il richiamo evidente era all'epoca alle aste televisive nelle quali vi è una totale assenza di trasparenza dell'operazione; manca la garanzia sulla serietà e correttezza delle operazioni per i consumatori partecipanti, sul fatto che la gara non venga falsata con falsi rilanci. In ordine alla *ratio* delle disposizioni proibitive in esame A. LODI *Le aste on line*, op. cit. p.598.
- 133)** In questo senso, G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1, cit. per la quale "le aste on line non sono menzionate espressamente dal d. lgs. n. 114 del 1998, art. 18, ma vengono fatte rientrare comunemente nell'espressione "altri sistemi di comunicazione". Tuttavia, a differenza di quei sistemi lì considerabili, come telefono, telefax o altro, internet/la rete web offre altissime garanzie di tutela di tutti i valori connessi alla trasparenza nello svolgimento della procedura dell'asta".
- 134)** G. ROSSI *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia in Contratto e Impr.*, 2012, 1, cit. ricorda che la "Direttiva sui diritti dei consumatori, approvata in data 10 ottobre 2011 prevede un'estensione della disciplina dei contratti a distanza anche alle ipotesi in cui il contratto sia concluso per mezzo di un'asta on line; ed aggiunge che la "definizione di contratto a distanza ivi prevista andrebbe a coprire tutti i casi in cui "è concluso un contratto tra consumatore e professionista nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza (ordine mediante posta, internet, telefono o fax), fino al momento della conclusione del contratto". Sennonché, per "regime organizzato di vendita o di prestazione a distanza di servizi" andrebbero intesi anche "i regimi offerti da un terzo diversi dal professionista ma utilizzati da quest'ultimo, come una piattaforma on line".
- 135)** Implicita conferma della serietà di un siffatto assunto può essere rinvenuta nel ricordato contributo di M. SALA *Aste on line : legittimità e limiti di ammissibilità*, op. cit. p.643, che analizza alla luce del susseguirsi normativo



la portata dei limiti in materia per produttori agricoli e industriali. Un tale elemento è desumibile anche dallo studio recentissimo di A. LODI *Le aste on line*, op. cit. p.593 e ss. (in particolare nelle pagine 596 e ss.).

- 136)** In argomento, A. MASUCCI *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, op. cit. p. 317; C. VOLPE *Le aste elettroniche in Trattato sui contratti pubblici III Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione* diretto da M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS R. GAROFOLI Milano, 2008 p.2183.
- 137)** Non vi è dubbio alcuno in ordine all'inapplicabilità alle vendite con asta on line immobiliari da parte del notaio dell'art. 115 del testo unico delle leggi di sicurezza secondo il quale " non possono aprirsi o condursi agenzie di prestiti su pegno o altre agenzie di affari, quali che siano l'oggetto e la durata, anche sotto forma di agenzie di vendita, di esposizioni, mostre o fiere campionarie e simili, senza licenza del Questore.". Si tratta di una disposizione che riguarda l'esercizio di attività commerciale o di impresa e senz'altro inapplicabile alle ipotesi in esame in questo contributo.
- 138)** A. LODI *Le aste on line*, op. cit. p.602, che fa ampio richiamo anche alle pronunce di organi giurisdizionali stranieri.
- 139)** Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.58 del giorno 11 marzo 2014, il d. lgs. 21 febbraio 2014 n.21 di attuazione della ricordata direttiva unifica e sostituisce la direttiva n.85/577/CEE (in tema di tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali) e la direttiva n.97/7/CEE (in tema di protezione dei consumatori nei contratti a distanza). Le nuove disposizioni sostituiscono in concreto gli articoli da 45 a 67 del codice del consumo. Sono insomma state oggetto di modifica le disposizioni che regolano i contratti a distanza (quali le vendite on line o con qualsiasi strumento che non preveda la presenza simultanea e fisica delle parti) e i contratti stipulati fuori dai locali commerciali (quali ad esempio le vendite porta a porta o a domicilio, ossia in un luogo diverso dai locali del professionista ma alla presenza simultanea e fisica delle parti).
- 140)** Tra le novità più significative della nuova disciplina va segnalata la maggior informativa precontrattuale, la più rigida normazione dei contratti conclusi telefonicamente (in relazione ai quali il consumatore sarà vincolato solo dopo aver firmato l'offerta ed averla accettata per iscritto), il termine più lungo per l'esercizio del diritto di recesso dal contratto, le nuove regole in tema di restituzione del bene, la responsabilità a carico del venditore se le merci consegnate sono danneggiate ed infine il divieto di spese aggiuntive per pagamento con bancomat e carte di credito e per linee telefoniche dedicate a disposizione del consumatore. Sul punto per i tratti della nuova disciplina si rinvia a *Notariato*, 2014, 2 p.197.
- 141)** Sono regolati soltanto i limiti alla facoltà di recesso (art.52) e la modulazione degli obblighi informativi in caso di asta (art. 49 comma 3).
- 142)** F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, op. cit. p.79.
- 143)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.600; R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p. 71.
- 144)** F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, op. cit., p. 80.
- 145)** A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, op. cit., p. 391 ss.; G. MIRABELLI, *Commentario al Codice civile*, Torino, 1980, sub. art. 1336, 108 (in nota); N. DISTASO, *I contratti in generale* -, Giur. sist. Civ. comm., fondato da W. Bigiavi, 1966, vol. I p.300 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970 sub. art. 1336, p.198. In senso contrario F. MESSINEO, voce "Contratto", in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 859 che sulla scorta di una parte della risalente dottrina tedesca (citata da Ravazzoni) ritiene di individuare nelle aste private un'ipotesi di invito ad offrire.
- 146)** A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, op. cit., 392.
- 147)** B. G. MATTARELLA, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p.23 rileva che nella contrattazione con la Pubblica Amministrazione il ricorso all'asta è impiegato in quanto permette di coniugare la tutela di interessi diversi: in primo luogo, l'interesse economico della pubblica amministrazione riconducibile al dettato dell'art. 97 Cost.; in secondo luogo, l'interesse alla parità di trattamento di cui all'art.3 Cost.; ed infine l'interesse di rango comunitario alla tutela della libera concorrenza. Naturalmente il quadro assiologico di riferimento è del tutto differente ove si operi in campo squisitamente privatistico.



- 148)** B. G. MATTARELLA, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p. 20 il quale sottolinea che spesso proprio per le ragioni esposte, gli economisti più di tutti sembrano non mostrare la cieca fiducia dei giuristi nell'efficienza del meccanismo delle aste. Aggiunge, inoltre, l'Autore che inoltre la pubblica amministrazione non è in grado di controllare l'adempimento delle prestazioni che incombono sul privato aggiudicatario, che appaiono progressivamente scadenti nella qualità.
- 149)** R. LENZI *La posizione giuridica dell'aggiudicatario* op. cit. p. 70.
- 150)** Sul punto, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, op. cit., 394.
- 151)** Il Ravazzoni ritiene che "ogni patto contrario è nullo", in *La formazione del contratto*, op. cit., p.394. Non è chiaro però a quale patto *contra legem* l'Autore si riferisca, ove si consideri che l'offerta al pubblico "in base alle circostanze o agli usi" può valere come invito ad offrire nel quale un problema di revoca o meno della proposta potrebbe porsi solo dopo che pervengano le proposte dai destinatari dell'invito. Va anche considerato che soggiacendo la revoca dell'offerta al pubblico alla disciplina della revoca della proposta contrattuale in genere (artt. 1328 e 1329), il legislatore riconosce in questo caso al proponente di "modulare" la revoca della proposta stessa.
- 152)** Tale ricostruzione non appare congrua nel caso di asta c.d. "al ribasso", in cui dovrà piuttosto qualificarsi l'avviso d'asta in termini di invito ad offrire e, conseguentemente, le offerte dei partecipanti quali proposte, cui dovrà pertanto seguire l'accettazione da parte del venditore per la conclusione del negozio.
- 153)** R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p. 72 il quale richiama comunque la scansione temporale tra preliminare aperto e chiuso, scansione in ogni caso anch'essa applicabile alla fattispecie.
- 154)** F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, op. cit. p.81.
- 155)** Basterà anche la forma autentica per permettere l'accesso ai registri immobiliari.
- 156)** M. ORLANDI *L'atto pubblico aggiudicativo* in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, Atti del Convegno Roma, 12 e 13 marzo 2010, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, n. 4, 2010, p.27 afferma che l'aggiudicatario è parte dell'atto (di offerta o accettazione che sia) e del rapporto, non avendo senso negare in simili casi l'esistenza di una parte in senso proprio (p.31).
- 157)** La soluzione proposta trae le basi dai risultati raggiunti nel profondo contributo di R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, op. cit. p.77, che analizza non solo la posizione dell'aggiudicatario oblatore, ma anche dell'offerente.
- 158)** E' stata già segnalata l'opportunità di modulare la previsione di somme aggiuntive alla cauzione in relazione al rafforzamento. Ricorda R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p. 77 che la dottrina è favorevole all'estensione al di fuori della materia del contratto delle clausole di tipo penale ed esclude nel contempo la possibilità di configurare caparre al di fuori della formazione del contratto (per così dire pure).
- 159)** Si veda, di recente, Cass. 6 giugno 2007 n. 13273 che con riferimento al bando di corso bandito da una s.p.a. per l'assunzione di lavoratori, qualificato tale bando come offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336, ha ritenuto che l'offerta può riguardare un "*contratto di lavoro definitivo, il quale si perfeziona con l'accettazione del lavoratore che risulti utilmente inserito nella graduatoria dei candidati idonei, oppure preliminare, il quale si perfeziona con la semplice accettazione del candidato che chiede di partecipare al concorso ed ha per oggetto l'obbligo.....della stipulazione del contratto definitivo con cui risulti vincitore*".
- 160)** Il notaio Giovanni Vigneri così ha raccontato con soddisfazione l'esperienza della prima asta telematica su Cnn Notizie del 7 marzo 2013 in www.notariato.it : "Fissata la base d'asta, una persona fisica ha depositato offerta segreta digitale presso il Notaio Banditore nella sede dell'Associazione, una seconda persona fisica ha depositato offerta segreta digitale presso un Notaio Periferico di Brescia, una terza persona giuridica ha depositato offerta segreta digitale presso un Notaio di Roma. L'immobile situato in una località di medio interesse turistico in Sardegna (Castelsardo - SS) ha una consistenza di 2 vani e servizi semplici ed un



giardinetto di mq 16. Essendo tutte e 3 le offerte segrete del medesimo importo ed identiche al prezzo base d'asta il Notaio Banditore ha indetto la gara tra gli offerenti in sessioni di tre minuti ciascuna. Al giornale telematico delle presenze è risultato che l'offerente presso il Notaio periferico di Brescia era assente giustificato mentre gli altri due offerenti erano presenti presso i Notai dove avevano depositato le offerte segrete. Si sono così avvicendate on-line 14 sessioni; la prima offerta palese è stata della persona giuridica presso il Notaio di Roma mentre l'ultimo e definitivo rilancio è stato della persona fisica presso il Notaio Banditore con un aumento del 50% rispetto alla base d'asta.”.

- 161)** F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p. 79.
- 162)** F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale* vol. 3, op. cit. p.600, può individuarsi nel bando d'asta un vero e proprio invito ad offrire da parte del promotore, con la conseguenza di qualificare le successive offerte presentate in corso di gara quali proposte contrattuali. In virtù di un tale procedimento, diviene contraente di colui che ha emanato il bando, proprio colui che ha offerto il prezzo più alto, se l'incanto ha ad oggetto una vendita o il prezzo più basso se l'incanto abbia ad oggetto una compera; soluzione, non condivisa dal Mirabelli in *Dei contratti in generale* Torino 1961 p.76, che preferisce leggere nel pubblico incanto una normale proposta di contratto rivolta al pubblico.
- 163)** P. FAVA (a cura di) *Il contratto* op. cit. p.1095 ricorda che nel settore dei contratti pubblici il bando è un atto avente contenuto sostanzialmente e formalmente amministrativo, privo dei caratteri di astrattezza e innovatività che ne permettono una valutazione in senso normativo, accettando la qualificazione di esso come atto amministrativo generale.
- 164)** B. G. MATTARELLA, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p. 23 aggiunge che nonostante l'oggetto del contratto sia semplice, la preparazione dell'asta può implicare complesse valutazioni legate al valore del singolo bene allo scopo di determinare la base d'asta, nonché in relazione al valore da attribuire ad una pluralità di beni accorpati in uno o più lotti.
- 165)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15.
- 166)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15 in ordine al bando riferisce che la Corte di Cassazione dopo qualche incertezza li ha ricondotti tra le offerte al pubblico, ove gli stessi contengano gli elementi essenziali del previsto contratto; ove gli elementi essenziali dello stipulando contratto non siano presenti, si rende necessario un ulteriore atto che specifichi gli elementi mancanti; in tal caso, si è in presenza piuttosto di un invito ad offrire.
- 167)** C. VOLPE *Le aste elettroniche*, op. cit. p.2190.
- 168)** C. VOLPE *Le aste elettroniche*, op. cit. p.2189.
- 169)** Tale è l'opinione di A. DI MAJO *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, op. cit. p.762, ripresa poi da G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.10.
- 170)** G. OBERTO *Offerta al pubblico*, op. cit. p.15.
- 171)** Il riferimento è ad esempio alla vendita di una pluralità di immobili (due o più appartamenti) con la formazione di uno o più lotti da cedersi congiuntamente o separatamente.
- 172)** In questo senso, già P. FORCHIELLI *Offerta al pubblico*, p.766.
- 173)** R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, op. cit. p.77.
- 174)** Secondo R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, op. cit. p.78 è preferibile una ricostruzione quale caparra penitenziale della fattispecie in quanto costituisce il corrispettivo del ripensamento da parte dell'offerente oblato.
- 175)** Sul punto diffusamente E. Fabiani studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 2904 del 14 giugno 2000, *Sulla natura giuridica del verbale d'incanto ex art. 591 c.p.c.*; G. Casu studio n. 4116 del Consiglio Nazionale del Notariato, del 19 novembre 2002 dal titolo *Dismissione del patrimonio pubblico e verbale d'asta*. Sulla questione dell'asta, D. FALCONIO *Natura giuridica del verbale di asta pubblica* in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p.83.
- 176)** Secondo Casu (studio n. 4116 del Consiglio Nazionale del Notariato, del 19 novembre 2002 dal titolo *Dismissione del patrimonio pubblico e verbale d'asta*) anche quando vi siano comparenti, questi “non possono essere ritenuti parti, perché essi non hanno un potere di disposizione di quanto avviene innanzi al notaio, ma



debbono ritenersi persone assoggettate alla procedura rigida tracciata dalla norma per il migliore risultato della gara; ...ed infine una osservazione conclusiva che dovrebbe eliminare qualsiasi dubbio sulla non necessità di far comparire come parte un determinato soggetto: può accadere che il notaio debba ricevere atto pubblico di verbalizzazione che si concluda: a) con l'apertura delle buste sigillate; b) con la constatazione che nessun soggetto sia comparso per instaurare la gara d'asta. In questo caso mancherebbe materialmente un soggetto cui ricollegare la veste di parte, ma anche in questo caso il notaio sarebbe costretto a redigere atto pubblico di constatazione che porti alla conclusione che innanzi a lui non è comparso alcun soggetto (e potrebbe accadere che anche in tal caso il verbale notarile produca i suoi frutti, indicando come aggiudicatario colui che abbia inserito nel plico chiuso l'offerta di prezzo più alta fra tutte quelle pervenute).

- 177)** D. FALCONIO *Natura giuridica del verbale di asta pubblica in L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata, cit., p.87.*
- 178)** Sul punto in modo unanime G. CASU *Incompatibilità notarili in Codice della legge notarile* a cura di G. Mariconda, G. Casu e V. Tagliaferri Torino 2013, p. 32; G. CASU *Art.2 in La legge notarile commentata* a cura di G. CASU e G. SICCHIERO Torino, 2010, p. 43; P. BOERO *La legge notarile commentata* vol. 1 Torino 1993, p. 101; M. DI FABIO *Manuale di Notariato* Milano, 2007 seconda edizione p.10; E. PROTETTI' C. DI ZENZO *La legge notarile* Milano, quinta edizione 2009 p.70. E', insomma, possibile l'interpretazione estensiva ma non analogica dell'art. 2 della legge notarile.
- 179)** In questo senso, G. CASU *Art.2, op. cit. p. 44*; P. BOERO *La legge notarile commentata op. cit. p.101.*
- 180)** Secondo il SOLIMENA in *Commento alla legislazione notarile italiana* Milano, 1918 p. 18 le incompatibilità sono poste anche per mantenere il decoro dal quale il ministero notarile deve essere circondato. Un tale profilo è sottolineato da G. CASU *Art.2, op. cit. p. 44.*
- 181)** G. CASU *Art.2, op. cit. p. 44* l'esercizio della difesa collide con la posizione di imparzialità che colora la figura del notaio.
- 182)** Secondo P. BOERO *La legge notarile commentata op. cit. p.102* l'esercizio del commercio deve intendersi come sinonimico della terminologia codicistica di imprenditore commerciale; va però esclusa la compatibilità con l'assunzione di posizioni di responsabilità illimitata, non bastando la mera qualifica di socio; secondo l'Autore l'incompatibilità è poi legata alla tipologia di oggetto, con conseguente esclusione di rischi di tal fatta per le società semplici. Nello stesso senso, E. PROTETTI' C. DI ZENZO *La legge notarile op. cit. p.71.*
- 183)** I termini mediatore e sensale sono oggi sinonimi. Il termine sensale si riferiva in origine ad un un mediatore, specializzato in particolare nel settore della famiglia, dell'agricoltura e dell'allevamento. Nell'antica Roma, era un "intermediario di matrimoni" o un "conciliatore di dissidi familiari". L'etimologia del termine lo fa discendere dall'arabo "simsar" (tra il 600 e l'800 d.C.). Nell'epoca dei Comuni la materia dei sensali era puntualmente regolata dalle norme degli Statuti delle corporazioni e civici. Nel Codice di Commercio del Regno d'Italia i sensali divennero per la prima volta "mediatori" e vennero distinti in due categorie: quelli pubblici, i quali erano muniti di mandato, e i "mediatori in altre specie di mediazione", ovvero i sensali di merci, di assicurazione, per noleggi navi e quelli per trasporto per terra e acqua. La legge del 20 marzo 1913, n.272 sancì che la professione di mediatore fosse libera e senza necessità di iscrizione ai Ruoli della Camera di Commercio, eccezion fatta per gli agenti di cambio e coloro che svolgevano incarichi pubblici. Nel 1958 con l'introduzione dell'obbligo dell'iscrizione al Ruolo della Camera di Commercio, agli iscritti venne attribuita la qualifica di "agenti di affari in mediazione".
Sul punto, G. CASU *Incompatibilità notarili in Codice della legge notarile* a cura di G. Mariconda, G. Casu e V. Tagliaferri op. cit., p. 32 afferma che il ruolo di mediatore può vulnerare l'estraneità del notaio rispetto ai negozi da lui stesso posti in essere, acquisendo tra l'altro in modo improprio clientela. Aggiunge P. BOERO in *La legge notarile commentata op. cit. p.103* che ciò che è vietato è l'esercizio non occasionale dell'attività di mediazione.
- 184)** Anche per l'agente di cambio valgono le medesime considerazioni svolte a proposito del mediatore.
- 185)** Secondo P. BOERO *La legge notarile commentata op. cit. p.101* l'incompatibilità prescinde dall'aver o meno cura di anime da parte del ministro di culto; secondo E. PROTETTI' C. DI ZENZO *La legge notarile op. cit. p.71* il riferimento è a qualsiasi religione.



- 186)** Si tratta di qualunque impiego stipendiato o retribuito dallo Stato, dalle Province e dai Comuni aventi una popolazione superiore ai 5.000 abitanti; in tema, G. CASU *Art.2*, op. cit. p. 44; M. DI FABIO *Manuale di Notariato* op. cit. p.10.
- 187)** Sono state esaminate, tra le altre, le ipotesi di notaio membro del consiglio di amministrazione di una società di capitali, amministratore unico di una società a responsabilità limitata, commissario governativo di una società cooperativa, socio accomandante, membro del collegio sindacale, socio di una società unipersonale, presidente di un collegio di revisori contabili di una ASL, vicepresidente di istituto di credito, direttore didattico, console onorario, giudice popolare, arbitro, difensore civico, dipendente pubblico a tempo parziale. Vanno poi valutate con attenzione le attività di consulenza, nonché la compatibilità con le professioni di ragioniere e commercialista, di conciliatore professionale, di praticante giornalista, di ricercatore universitario e di diacono. Sul punto diffusamente, G. CASU *Art.2*, op. cit. p. 54.
- 188)** In questo senso, G. CASU *Incompatibilità notarili* in *Codice della legge notarile* a cura di G. Mariconda, G. Casu e V. Tagliaferri op. cit., p. 32.
- 189)** G. CASU *Art.2*, op. cit. p. 45, il quale afferma che lo *status* del notaio deve essere pienamente concretizzato per potersi ipotizzare eventuali situazioni di incompatibilità; ricorda al riguardo il caso del notaio riammesso nelle funzioni per effetto della legge 18 febbraio 1983 n.45 (cd. Legge Quattrone); in questo caso solo dopo l'assunzione della sede può sorgere un problema di rimozione dalle funzioni, mediante l'esercizio del procedimento disciplinare.
- 190)** Il codice rubricato *PRINCIPI DI DEONTOLOGIA PROFESSIONALE DEI NOTAI* è stato approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato con deliberazione n. 2/56 del 5 aprile 2008
- 191)** Secondo l'omogenea impostazione della giurisprudenza (G. CASU *Incompatibilità notarili* in *Codice della legge notarile* a cura di G. Mariconda, G. Casu e V. Tagliaferri op. cit., p. 32 ricorda una pronuncia del tribunale di Torino del 24 febbraio 1916 in *Giur. Torinese* 1916, 1050 e più recentemente un'inedita sentenza del tribunale di Milano del 23 ottobre 1971) dalla supposta situazione di incompatibilità discende non la rimozione automatica del notaio, ma l'inizio di un giudizio che può essere pacificamente interrotto proprio dal venir meno della causa stessa di conflitto. Lo stesso Autore ha espresso tale impostazione anche in precedenza (G. CASU *Art.2*, op. cit. p. 44); in tale ultimo contributo riprendendo concetti elaborati dalla dottrina amministrativistica ricorda che l'incompatibilità non opera sulla validità dell'elezione, ma impone all'eletto la scelta tra il mandato e la carica incompatibile; l'ineleggibilità vicia invece l'atto di investitura.
- 192)** Oggi la competenza spetta alla CO.RE.DI. in prima istanza, secondo le regole ordinarie. Si rinvia sulle questioni del procedimento disciplinare a V. TENORE e C. CELESTE *La responsabilità disciplinare del notaio ed il relativo procedimento* Milano 2008 e G. CASU, G. CELESTE, M. COSIO, E. FABIANI, P. MAZZOLI V. TENORE e G. TRAPANI *Il nuovo procedimento disciplinare notarile* Roma 2009.
- 193)** G. CASU *Incompatibilità notarili* in *Codice della legge notarile* a cura di G. Mariconda, G. Casu e V. Tagliaferri op. cit., p. 37.
- 194)** Tale modello naturalmente non è l'unico ipotizzabile, ma appare quello che maggiormente appare affidabile; esprime dubbi in ordine alla possibilità di una ricostruzione che soddisfaccia tutti gli interessi in gioco, R. LENZI, *La posizione giuridica dell'aggiudicatario*, in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p. 78. F. ALCARO *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto* op. cit. p. 79 afferma poi che è essenziale l'indicazione di un percorso giuridico efficiente e di un esito ragionevolmente sicuro, tutelabile e coerente "calibrando la corrispondenza tra interessi e congegni giuridici", sfida "permanente che si prospetta all'operatore ed all'interprete" (p.82).
- 195)** Sulla questione, B. G. MATTARELLA, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p. 24.
- 196)** Secondo D. FALCONIO *Natura giuridica del verbale di asta pubblica*, op. cit. p.87 è "la fase preparatoria della vendita all'asta che deve vedere l'impegno del notaio: dapprima, nello studio e nella certificazione di regolarità sotto vari profili (urbanistico, catastale, ipotecario, fiscale, ecc.) dell'immobile e, poi, nella costruzione della giusta formula di bando nelle graduabili opzioni che possano desiderare gli intenti dei privati."
- 197)** Possono al più applicarsi all'asta privata alcuni dei principi ai quali è ispirata l'asta pubblica.



- 198)** Va naturalmente escluso il caso preferibile invero nel quale l'offerente abbia optato per una proposta a fermo ai sensi dell'art. 1336 c.c..
- 199)** Sul punto di recente A. LODI *Le aste on line*, op. cit. p.593.
- 200)** Il pagamento telematico costituisce in tal senso espressione di ulteriori strumenti idonei alla presentazione delle offerte di acquisto, alla prestazione della cauzione ed al pagamento del saldo prezzo. Le nuove tecniche insomma hanno consentito di assolvere il versamento del prezzo di acquisto con mezzi telematici o ancora con moneta elettronica accentuando così la funzionalità ed efficienza della dinamica processuale di un tale settore. Naturalmente le previsioni del bando sono in una siffatta ottica essenziali.
- 201)** Esiste già una piattaforma telematica realizzata dalla società Notartel s.r.l. con il coordinamento della Commissione informatica del Consiglio Notarile, denominata *Rete Aste Notarili Telematiche* o *RAN* predisposta per la gestione delle aste giudiziarie e delle aste connesse alle dismissioni immobiliari degli enti pubblici, rilasciata (delibera CNN n. 7-53/2011), dopo circa due anni di un intenso lavoro di analisi e verifica delle specifiche tecniche da parte del settore progettazione, in collaborazione con tutte le strutture dell'esercizio e l'ufficio comunicazione della società. Un siffatto strumento potrebbe essere utile anche in occasione delle aste tra privati. Su tale questione, B. G. MATTARELLA, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, op. cit. p. 25; L. CAPALDO *Il processo civile telematico ed i servizi della giustizia elettronica: le iniziative dell'ABI in L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p.44.
- Sia altresì consentito un rinvio al contributo di V. GUNNELLA *Cenni introduttivi sull'organizzazione informatica della procedura rete aste notarili (Ran)* in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p.50, con particolare riguardo alla tabella che analizza le criticità ed i vantaggi di ogni specie di asta, già regolata dal legislatore.
- Preziosa è stata poi nell'evoluzione delle dismissioni pubbliche il ruolo svolto dall'ASNODIM; su tale punto si rinvia al contributo di G. DI CAVE *Il ruolo del notaio nell'asta pubblica. L'esperienza maturata nelle dismissioni pubbliche*. in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p.64.
- 202)** La piattaforma RAN si distingue per questi aspetti specifici: **accesso riservato**: concesso esclusivamente ai notai dalle proprie sedi di competenza nell'intero territorio nazionale attraverso l'autenticazione IAM (IBM Identity Access Management) e con l'utilizzo della firma digitale nella ricevuta per l'offerente che serve anche per dare certezza a tutta la documentazione (registrazione dell'offerente o del soggetto consegnante, deposito dei documenti e della cauzione e dell'offerta segreta o della richiesta di partecipazione all'incanto) collegata allo svolgimento di un'asta; **sicurezza**: imponendo l'anticipazione della fase di controllo della documentazione a corredo di ciascun lotto prima della pubblicazione del bando e affidando ad un notaio la verifica della legittimazione, dell'onorabilità e dell'affidabilità dei partecipanti, anche sotto il profilo della normativa in materia di lotta anti-riciclaggio ed alla criminalità organizzata con la garanzia tipica dell'intervento notarile; **garanzie**: non conoscibilità delle offerte tramite le garanzie offerte da un sistema di doppia cifratura, gestito direttamente dal Notariato attraverso la Notartel. Vi è inoltre la possibilità per i soggetti registrati di partecipare anche alla fase dell'incanto, non solo nella sede del notaio banditore, ma da un qualsiasi notaio periferico collegato al sistema, assistendo in tempo reale a tutte le fasi d'asta senza il rischio di alcuna forma di illegittima pressione o di turbativa d'asta; **segretezza**: assoluta sul numero di partecipanti alle aste in quanto sono molteplici i soggetti preposti alla ricezione delle offerte (al classico notaio banditore sono stati aggiunti tutti i notai periferici) che vengono trasmesse con le massime garanzie tecnologiche offerte dalla Intranet direttamente gestita dal Notariato attraverso la Notartel; **informazione**: tutti gli attori dell'asta possono ricevere, attraverso il notaio banditore o il notaio periferico di propria fiducia, un corretto orientamento sul regolamento, sul bando d'asta e su ogni fase della procedura; **conservazione**: mantenimento nel tempo della documentazione d'asta.
- 203)** Su tale questione, A. CISTERNA *L'intervento del notaio a supporto dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* in *L'intervento del notaio nella circolazione dei beni a mezzo asta: dalla dismissione degli Enti pubblici all'incarico di asta privata*, cit., p.41.



- 204)** Si riportano per comodità di lettura i commi dal 63 al 67 dell'art.1 della Legge 63 che recitano : “Il notaio o altro pubblico ufficiale è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato: *a)* tutte le somme dovute a titolo di onorari, diritti, accessori, rimborsi spese e contributi, nonché a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d'imposta, in relazione agli atti dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità immobiliare, ovvero in relazione ad attività e prestazioni per le quali lo stesso sia delegato dall'autorità giudiziaria; *b)* ogni altra somma affidatagli e soggetta ad obbligo di annotazione nel registro delle somme e dei valori di cui alla legge 22 gennaio 1934, n. 64, comprese le somme dovute a titolo di imposta in relazione a dichiarazioni di successione; *c)* l'intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinato in denaro, oltre alle somme destinate ad estinzione delle spese condominiali non pagate o di altri oneri dovuti in occasione del ricevimento o dell'autenticazione, di contratti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione od estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende. 64. La disposizione di cui al comma 63 non si applica per la parte di prezzo o corrispettivo oggetto di dilazione; si applica in relazione agli importi versati contestualmente alla stipula di atto di quietanza. Sono esclusi i maggiori oneri notarili. 65. Gli importi depositati presso il conto corrente di cui al comma 63 costituiscono patrimonio separato. Dette somme sono escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia, sono assolutamente impignorabili a richiesta di chiunque ed assolutamente impignorabile ad istanza di chiunque è altresì il credito al pagamento o alla restituzione della somma depositata. 66. Eseguita la registrazione e la pubblicità dell'atto ai sensi della normativa vigente, e verificata l'assenza di formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto e da questo risultanti, il notaio o altro pubblico ufficiale provvede senza indugio a disporre lo svincolo degli importi depositati a titolo di prezzo o corrispettivo. Se nell'atto le parti hanno previsto che il prezzo o corrispettivo sia pagato solo dopo l'avveramento di un determinato evento o l'adempimento di una determinata prestazione, il notaio o altro pubblico ufficiale svincola il prezzo o corrispettivo depositato quando gli viene fornita la prova, risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero secondo le diverse modalità probatorie concordate tra le parti, che l'evento dedotto in condizione si sia avverato o che la prestazione sia stata adempiuta. Gli interessi sulle somme depositate, al netto delle spese di gestione del servizio, sono finalizzati a rifinanziare i fondi di credito agevolato, riducendo i tassi della provvista dedicata, destinati ai finanziamenti alle piccole e medie imprese, individuati dal decreto di cui al comma 67. 67. Entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentito il parere del Consiglio nazionale del notariato, sono definiti termini, condizioni e modalità di attuazione dei commi da 63 a 66, anche con riferimento all'esigenza di definire condizioni contrattuali omogenee applicate ai conti correnti dedicati.”.
- 205)** L'espressione è di F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, op. cit. p. 82.
- 206)** Rileva D. FALCONIO *Natura giuridica del verbale di asta pubblica*, op. cit. p.87 che “la comprensione unitaria di tutti questi momenti dà luogo a una nuova prospettiva negoziale al passo con i tempi e duttile alle cangianti esigenze sociali, come da sempre i notai italiani hanno saputo assicurare allo Stato e ai cittadini.”
- 207)** Il parere dell'Agenzia delle Entrate in risposta all'interpello n.51746 del 17 luglio 2013 che estende all'atto di trasferimento immobiliare per aggiudicazione all'asta pubblica bandita da un ente privato il meccanismo del prezzo valore conferma senz'altro una siffatta idea di legittimo ampliamento delle metodiche della selezione a mezzo asta al di fuori dei casi regolati dalla legge. Tale indicazione ha trovato conferma poi nella recente sentenza della Corte Costituzionale del 15 gennaio 2014 n.6.
Un tale assunto conferma, poi, che la filiera proposta non importa oneri aggiuntivi per il privato di quelli che dovrebbe sopportare in occasione della normale formazione procedimentale della volontà contrattuale .
- 208)** D. FALCONIO *Natura giuridica del verbale di asta pubblica*, op. cit. p.87, secondo il quale “L'ausilio che al progetto può derivare dalla telematica è di indubitabile importanza”.
- 209)** E' quasi d'obbligo il richiamo a S. SATTÀ *Poesia e verità nella vita del notaio* in *Riv. Proc. Civ.* 1955, p.264 e ss. .
- 210)** N. IRTI *Studi sul formalismo negoziale* Padova, 1997, p. 211.
- 211)** Le parole dense di significato riportate sono di N. IRTI *Studi sul formalismo negoziale*, op. cit. p.213.
- 212)** Sul ruolo storico del notaio M. DI FABIO *La legge notarile: nascita, storia evoluzione e prospettive* in *Riv. Not.* 2013 p.763.



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

- 213)** Secondo N. IRTI *Studi sul formalismo negoziale*, op. cit. p. 211 si tratta di una figura “essenziale”.
- 214)** Una tale ricostruzione permette altresì di disinnescare rischi che potrebbero discendere dall’assunzione di nuove funzioni diverse da quelle tipiche, in relazione alla materia della tutela della concorrenza.
- 215)** L. RAISER *Il compito del diritto privato* Milano 1990, p.228.
- 216)** L. RAISER *Il compito del diritto privato*, op. cit. p. 239.
- 217)** Sono parole di F. ALCARO, *Aggiudicazione e procedimento di formazione del contratto*, op. cit. p. 82 alle quali è affidata la conclusione del presente contributo.
- 218)** I paragrafi 1., 2., 3.1.,3.2., 6., 8. e 10. sono stati redatti dal solo Giuseppe Trapani. I paragrafi 4.1 , 4.2 ,5, 7. e 9 sono stati redatti da entrambi gli Autori Vincenzo Gunnella e Giuseppe Trapani. Il lavoro è però frutto della loro collaborazione e di lunghe chiacchierate.

(Riproduzione riservata)