

LA PRASSI NOTARILE FONTE DI REGOLE GIURIDICHE
UN PROFILO STORICO
Massimo Palazzo

SOMMARIO: 1. La prassi notarile come fonte del diritto. -2. Trasformazioni della figura giuridica del notaio tra medioevo ed età moderna. La funzione notarile nell'ordinamento professionale e nel codice civile. -3. Il Novecento e la postmodernità giuridica. -4. Dottrina, giurisprudenza e prassi negoziale quali fonti integrate del diritto nell'esperienza contemporanea. -5. Trasformazioni ed evoluzione della funzione notarile nella fase contemporanea. -6. La prassi negoziale tra costruzioni scientifiche e invenzioni tecniche dei giuristi. In particolare la prassi notarile, singolare e postmoderna forma di *soft-law*. -7. Prassi attuativa e prassi genetica. -8. Le massime notarili in materia societaria come epifania del contributo attuale del notariato all'evoluzione dell'ordinamento giuridico. -9. La funzione stabilizzatrice di un processo interpretativo integrato. -10. Notazioni riepilogative e conclusive.

1. La prassi notarile come fonte del diritto. È generalmente condiviso che il significato degli enunciati normativi – qualunque sia la fonte che li produce – dipenda dall'interpretazione, che ne determina la portata. Si dica che si ricavano norme da disposizioni¹, oppure che si intendono testi in relazione a contesti², nell'ermeneutica strumentale all'applicazione ricorre comunque una produzione di regole.

Nell'esercizio della sua attività il notaio è chiamato ad adeguare i precetti generali e astratti della legge scritta, cosicché egli rientra nel novero degli interpreti qualificati; la prassi notarile viene, dunque, a collocarsi tra le fonti del diritto³, come già autorevoli osservatori hanno anche di recente segnalato⁴ e come ormai riconosce anche la giurisprudenza⁵.

¹ Con G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2011; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

² N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del codice civile*, Padova, 1996.

³ Al tema della prassi notarile come fonte del diritto sono dedicati due recenti volumi: *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di G. CONTE-M. PALAZZO, *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2/2018 e *Autonomia privata e fonti del diritto*, Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019, *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2019.

⁴ P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, 337; ID. *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2019, 653 ss.; A. PUNZI, *Interpretatio. Consilium. Inventio. Il notaio e le macchine nell'era digitale*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 323 ss.; ID. *Materiale e immateriale nell'attività del notaio*, in *Notariato*, 3/2020, 225, parla di “contributo decisivo” del notariato al processo di rinnovamento del diritto; B. PASTORE, *Complessità del diritto e autonomia privata*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, cit., 43 ss.

⁵ È significativo notare quanto si legge in Cass. Sez. Un. Civ., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *CNN Notizie*, 23 dicembre 2020 : “La clausola mediante la quale si concede ad una singola unità immobiliare l'uso esclusivo di un'area, nel nostro caso (e di solito) adibita come si vedrà a cortile, non nasce -come è del resto ovvio - dalla giurisprudenza, ma si è diffusa attraverso la prassi negoziale, in particolare notarile”. La prassi notarile è presa in considerazione come fonte di regole anche da Cons. St. sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 5671, in tema di *usucapio*

Proporre oggi il tema della prassi interpretativa notarile quale fonte del diritto, tuttavia, non può consistere semplicemente nell'aggiungere una voce all'elenco di cui all'art. 1 delle preleggi, un enunciato che si è ormai concordi nel riconoscere formalmente vigente ma privo di qualsiasi valenza precettiva, sul piano dell'effettività⁶.

Una tal proposta stimolatrice (ma che a taluno può apparire provocatoria ed eversiva di una radicata tradizione culturale che attribuisce al notaio una funzione sostanzialmente passiva, in ragione della natura "tecnica" del suo operato) deve essere, più congruamente, collocata nella nuova realtà contemporanea che conosce -sullo sfondo del pluralismo quale autentica cifra distintiva della convivenza democratica- scenari per buona parte inediti e implica direttamente un nuovo modo di essere giuristi. L'indagine deve quindi muoversi sul duplice piano della ricerca teorica (nel quadro di un significativo e diffuso rinnovamento metodologico) e della pratica professionale del diritto applicato, nella concretezza storica dell'esperienza giuridica, da magistrati, avvocati, notai.

Il lavoro da compiere è, forse, tra i più intricati nella storia intera del pensiero giuridico, ma non è escluso che abbia in serbo sorprendenti paesaggi, nei quali il diritto si forma per l'apporto di molteplici sorgenti. La rottura dei paradigmi formalistici ha, infatti, fatto venir meno la rete di concetti ordinanti, fra i quali in primo luogo quello delle fonti quali indici direttivi di una società sottoposta alla forza della legge⁷.

libertatis e da Cons. St. parere, 30 gennaio 2015, n. 296, in *NGCC*, 2015,471 con nota di Montani, in tema di trasformazione di associazione in fondazione.

⁶ Così esplicitamente, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma- Bari, 2020, 20 : “ E’ una verità, questa che non è discutibile e che purtroppo, dopo la Costituzione, troviamo drammaticamente affermata nelle Preleggi al Codice Civile del 1942, ultima reliquia durevole nell’ordinamento italiano- anche se oggi soltanto formale- di un regime autoritario”. Escludere la prassi negoziale dalle rete delle fonti sarebbe, del resto, un atteggiamento assolutamente antistorico sol che si consideri, per limitarsi ad un esempio soltanto, che risale ormai a circa cinquant’anni fa il contributo di Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, in cui non solo si poneva l’accento sull’immancabile creatività della giurisprudenza, ma si chiariva altresì che la vera fonte del diritto giurisprudenziale sta nella tradizione collettiva del ceto dei giuristi. Cfr., altresì, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonte integrate del diritto*, in *Juscivile*, 4 2016, 295 ss. È stato, inoltre, giustamente detto che tutto “ciò che condiziona l’interpretazione è fonte” (così R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello, II, Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 457) e quindi non può non esserlo la prassi negoziale, la quale tuttavia non è mai, o quasi mai, menzionata come fonte del diritto nei testi costituzionali, né nelle declamazioni politiche o giuridiche ufficiali” (v. ancora, con riferimento alla riflessione scientifica teorica e pratica, R. SACCO, *Dottrina, fonte del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Torino, 1991, 215).

⁷ Lo afferma esplicitamente P. GROSSI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione*, nell’intervista di F. Pedrini, in *Lo Stato*, n. 14 (2020), 263: “Le Preleggi fasciste del 1942 restano lì maleodoranti, come il cadavere insensatamente lasciato in casa a marcire”. Come ricorda N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, cit., 295 ss, non erano peraltro mancati, fin dall’inizio del secolo scorso, segni significativi di un atteggiamento antiformalista. Un giurista francese di inizio secolo aveva già segnalato l’impotenza della legge affermando che “le droit ne domine pas la société, il l’exprime”: J. CRUET, *La vie du droit positif et l’impuissance des lois*, Paris, 1908, 336.

Prima di affrontare una riflessione sulle specifiche modalità attraverso le quali la prassi notarile partecipa ai processi di positivizzazione giuridica (parr. 6-9), può essere utile una breve sintesi delle trasformazioni della figura giuridica del notaio nel passaggio dall'esperienza medievale a quella moderna e da questa alla attuale fase post-moderna e contemporanea (parr. 2-5).

2. Trasformazioni della figura giuridica del notaio tra medioevo ed età moderna. La funzione notarile nell'ordinamento professionale e nel codice civile. Anteriormente alla Rivoluzione francese, nell'Antico Regime, la produzione del diritto dei privati era affidata in misura considerevole alla attività del notaio che, attraverso la *interpretatio* del vecchio diritto romano giustiniano e del diritto canonico, costituiva lo strumento di adeguamento di quelle norme alle esigenze dell'esperienza giuridica medievale e postmedievale in continua crescita. Gli atti notarili si ponevano perciò quali autentiche fonti del diritto comune europeo⁸.

Nella redazione e nell'affinamento di modelli contrattuali si realizza, dunque, un apporto dei notai all'elaborazione di regole. La capacità del notariato di coniugare competenza tecnica e sensibilità sociale, offrendo un contributo allo sviluppo dei traffici e dell'economia, costituisce un dato storico sul quale non occorre soffermarsi⁹.

Naturalmente le opinioni di notai, giudici, dottori si accumulavano l'una dopo l'altra; si formavano opinioni comuni, più che comuni, comunissime; tesaurizzate nei farraginosi formulari seicenteschi, provocando la reazione risentita e critica di Muratori (*Dei difetti della giurisprudenza*, 1742) e Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764) contro il diritto comune monopolizzato da giudici e notai. La risposta alla ridda delle opinioni interpretative venne con il puntiglio codificatorio di Napoleone che cancella la precedente formazione alluvionale del diritto, riducendo tutto il diritto dei privati ad un'unica fonte, moderna, chiara, di facile consultazione: il *Code Civil* del 1804 (dal 1807 *Code Napoléon*). Il codice civile rivela la sua filiazione illuministica; esso è una fonte unitaria, specchio e cemento dell'unità dello Stato; è fonte completa ed esauriente, ma anche fonte esclusiva.

⁸ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 30 ove il rilievo che la prassi aborrisce l'uso di una modellistica rigida "i suoi stampi sono duttili e mutevoli, con un affidamento totale alle intuizioni del notaio". Con riferimento all' incisivo ruolo della prassi nello sviluppo dell'ordine giuridico di Antico Regime v. altresì l'indagine sulla giurisprudenza dei grandi tribunali dei secoli XVII e XVIII di G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981.

⁹ Nel medioevo l'arte notarile si è manifestata in modi e forme diverse secondo i tempi e i luoghi. È però costante *la capacità del notaio di adeguarsi alla realtà* individuando la norma tra quelle che trovava a sua disposizione, romane e barbariche. Il notaio conserva gli istituti del diritto romano, tramanda i testi degli editti longobardi e dei capitolarî franchi inseriti negli atti, tiene in vita qualche elemento della scienza giuridica del mondo antico, adegua gli atti alle idee politiche e alle convinzioni religiose del tempo, dimostrando così come fosse possibile rinnovare e conservare nello stesso tempo. Dunque, lo svolgimento di un'opera evolutiva del diritto è connaturata fin dalle origini al ruolo del notariato nel mondo dell'economia e degli affari, opera svolta nel segno della continuità, per assicurare certezza e coerenza delle regole, ma incessante nella sua progressione. La storiografia, anche non giuridica, riconosce pacificamente questo dato, cfr., tra molti, G. JEHEL, *Il mediterraneo medievale dal 350 al 1450*, Nardò, 2004, 104 ss.

Complementare al Codice ed espressione della medesima ideologia giuridica postilluministica è la prima legge organica sul notariato, che esprime le istanze del nuovo contesto politico-istituzionale e segna l'avvento del moderno nella storia europea dell'istituzione notarile. La legge francese del 25 Ventoso XI (16 marzo 1803), preceduta da un lavoro preparatorio durato oltre dieci anni, individua nel notaio l'organo fondamentale per la cura e la documentazione dell'autonomia dei privati¹⁰.

Si tratta di un atto normativo non solo in stretta continuità cronologica con il *Code Civil* del 1804, ma decisamente collocato nell'ambito del disegno strategico della codificazione teso a idealizzare e irrobustire la figura del Principe ed a consegnare nelle sue mani la costruzione dell'ordine giuridico, onde pervenire al risultato del protagonismo dello Stato e della affermazione del suo monopolio nella produzione del diritto. Il che portava a fare assurgere la legge a fonte giganteggiante sulla struttura gerarchica delle fonti del diritto ed a ridurre in essa tutta l'articolazione rigidamente piramidale delle fonti subordinate. Coerentemente con queste premesse l'interpretazione del diritto si risolveva nella mera constatazione della volontà del legislatore ed il giurista esiliato nella bassa corte dell'esegesi¹¹.

La legge del 25 Ventoso costituisce l'indiscusso modello per gli ordinamenti notarili successivi in tutta l'area del notariato latino. Non tanto perché essa fu direttamente operante negli Stati annessi alla Francia, quanto perché a tale modello si ispirarono in diversa misura le leggi sull'ordinamento del notariato e, tra queste, la prima legge notarile dell'Italia unita del 25 luglio 1875. In tutti gli ordinamenti di *civil law* varrà infatti mantenuta la stretta connessione con le corrispondenti codificazioni civili: la fisionomia della figura giuridica del notaio –tanto nei codici civili, quanto nelle leggi notarili– è costruita dall'angolo visuale della funzione documentale. Tale impostazione, già presente nei codici pre-unitari e nel c.c. 1865, permane ininterrottamente anche nella legislazione vigente.

Per limitare il nostro discorso all'Italia, l'art. 1 della legge notarile vigente (l. 16 febbraio 1913, n.89) definisce i notai ufficiali pubblici "istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie i certificati, gli estratti" . Nel codice civile si tratta della figura del notaio come un documentatore, il cui ufficio è costruito in funzione della costruzione di documenti rappresentativi della manifestazione di volontà dei privati,

¹⁰ Per gli opportuni riferimenti cfr. F. MAZZANTI PEPE- G. ANCARANI, *Il notariato in Italia dall'età napoleonica all'Unità*, Roma, 1983; F. MAZZANTI PEPE, *La legge del Ventoso: un modello tra tradizione e innovazione*, *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 1/2003, 271 ss.; M. PALAZZO, *Ars notaria e cultura giuridica dopo la legge del 25 Ventoso*, *ivi*, 2/2004, 115 ss; ora in ID., *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 3 ss.; S. TONDO, *Tradizione codicistica e notariato*, in *Vita not.*1/2012, 3 ss. Per un disteso esame in chiave storico-giuridica del ruolo del notaio in Francia, cfr. J. HILAIRE, *La scienza dei notai. La lunga storia del notariato in Francia*, Milano, 2003.

¹¹ Sull'ordine giuridico della modernità ha lungamente riflettuto P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998. Recentemente ha ben descritto il superamento del legicentrismo, G. BENEDETTI, *La cultura del civilista al risveglio del sonno dogmatico*, in *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*. Torino, 2014.

con valore non solo di atto pubblico (art. 2699 c.c.) ma anche in funzione fidefacente (art. 2700 c.c.).

La normativa in oggetto è collocata nel quadro della disciplina della prova documentale (art. 2699 ss. c.c.). Anche le ulteriori disposizioni del codice che riguardano l'attività notarile individuano nel notaio un formatore di documenti (v. art. 2328 e 2330 c.c. per la costituzione di società per azioni; 2375 c.c. per i verbali di assemblea straordinaria, l'art. 2657 c.c. in tema di titoli idonei per la trascrizione nei pubblici registri immobiliari etc.).

L'impostazione caratteristica del positivismo giuridico -dominata dalla pesante ipoteca culturale esegetico-pandettistica- vede dunque nel notaio moderno, intendendo per modernità giuridica¹² il periodo successivo alla codificazione napoleonica, fino alla Costituzione repubblicana del 1948, un formatore di documenti, un documentatore al quale resta estraneo ogni compito progettuale.

Siamo quindi all'opposto della Bologna medievale, dove i maestri dell'*ars notaria*, ben inseriti nella *civitas*, creavano diritto, giorno dopo giorno, attraverso la *interpretatio*, costruendo un modello evoluto e raffinato di sistemazione del diritto vivente¹³. Non a torto un acuto civilista, che però era nato alla scienza giuridica come storico, parla di "estrastatualità" del diritto civile fino alla nuova visione che la Rivoluzione volle, progettò e realizzò¹⁴.

3. Il Novecento e la postmodernità giuridica. La legge notarile del 1913 ed il codice civile del 1942 -che individuano nella figura del notaio il soggetto cui si chiede unicamente di compilare l'atto con chiarezza e precisione- sono espressione di una stagione che un illustre storico del diritto ha definito dell'assolutismo giuridico, caratterizzata cioè dal monismo legislativo e da un'interpretazione meramente dichiarativa, retta sulla convinzione della struttura logico-razionale (sillogistica) della interpretazione/applicazione della legge: il giudice potere nullo o "bocca della legge", secondo la celebre formula di Montesquieu. Nel capitolo VI del libro XI dell'*Esprit des lois* il giudice è descritto (ma in realtà si tratta di un pensiero prescrittivo che vale per ogni interprete) come "*etre inanimé*" attraverso il quale parla la legge. Perciò delle tre *puissances* dello Stato quella giurisdizionale è "*en quelque façon nulle*".

E' questo il postulato fondamentale del positivismo legislativo, riassumibile nel principio del monopolio legislativo della produzione del diritto. Il suo corollario sul piano metodologico (interpretativo) è: la legge è univoca e completa, include in se stessa, come suoi costrutti, tutti i casi possibili e quindi ha in se la forza di produrre la regola della decisione per ogni caso concreto,

¹² Per evitare possibili e forse probabili fraintendimenti sui caratteri della modernità e postmodernità giuridica, è utile rimandare alla lettura del contributo di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

¹³ Per gli opportuni riferimenti concettuali, v. L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VI, Torino, 1990, 445.

¹⁴ Il riferimento è, ovviamente, a F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in *Scritti giuridici*, vol. III t. II, Milano, 1960.

mediante *sillogismi automatici*, la cui formulazione è il solo compito dell'interprete: *les lois s'expliquent d'elles-mêmes*. L'applicazione della legge non è che la riproduzione meccanica, in tutti i casi logicamente sussumibili nella fattispecie legale, di un significato normativo già compiutamente fissato una volta per tutte. Nella concezione del positivismo giuridico¹⁵, sia della scuola dell'esegesi francese, sia della scuola pandettistica tedesca, l'interpretazione della legge postula una indipendenza assoluta della norma dal caso concreto, si sviluppa e si esaurisce interamente all'interno della dimensione terminologica, tra i cancelli delle parole¹⁶.

E' chiaro che ad un notaio-documentatore non avrebbe senso chiedere uno sforzo argomentativo oppure l'onere di fornire una motivazione delle scelte interpretative o delle soluzioni negoziali. Del resto, come sopra si accennava, in una civiltà giuridica statalistica e legalistica come quella moderna la stessa interpretazione/applicazione è collocata in un passivo non-ruolo; assegnare ad essa un ruolo attivo avrebbe significato incrinare irrimediabilmente le basi dell'edificio rigidamente legalitario. L'essenziale è solo ciò che volle e pensò il legislatore nel momento della produzione della norma, restando irrilevanti gli accadimenti successivi.

Ma il Novecento è stato un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione, specialmente nei decenni a noi più vicini.

L'avvento della condizione postmoderna in Europa viene fissato da Lyotard negli anni Cinquanta del secolo scorso. Sul piano generale la riflessione filosofica, a partire dagli anni Settanta del secolo XX, ha definito la condizione postmoderna del sapere come il tramonto delle grandi metanarrazioni che avevano caratterizzato la modernità: illuminismo, idealismo, marxismo. L'analisi è nota. L'età moderna era caratterizzata da grandi racconti, aventi per finalità la legittimazione politica e sociale del sapere. Le grandi ideologie del passato apparivano a Lyotard, Foucault, Derrida, incapaci di spiegare la realtà contemporanea, avendo perso coerenza e peso assiologico, nel momento in cui il sapere stesso diviene oggetto di circolazione, di scambio e di potenza esplicita: ad un sapere assoluto ed unico i postmoderni sostituiscono molti saperi specialistici, provvisori, frammentari, instabili, legati ad una situazione o a uno specifico contesto¹⁷, con l'apertura di nuove *chances* per

¹⁵ Questo sintagma sta a indicare la concezione che identifica il diritto nei comandi "posti" da un'autorità munita del potere di coazione; positivismo giuridico vale statalismo e legalismo. Il rischio, spesso verificatosi, è il distacco dei testi dalla realtà socio-economica e il costo conseguente è un carattere eminentemente formale del diritto. Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1965. Altro è il positivismo filosofico (e quindi occorre guardarsi da una fallace assonanza) che significa rifiuto di ogni richiamo alla trascendenza e di ogni metafisica. Esistendo solo la realtà immanente, è consequenziale che, sul piano delle scienze, il primato vada a quelle naturali, anche il primato epistemologico. Il cultore delle scienze morali (e quindi anche il giurista) deve reperire in quel cospicuo forziere, metodologia, principi, strumenti, linguaggio. Cfr. E. GARIN, *Storia della filosofia italiana*, III, Torino, 1966, p.1269.

¹⁶ N. IRTI, *I cancelli delle parole*, Napoli, 2015. Una posizione critica verso la stagione postmoderna è stata recentemente ribadita da A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1 ss.

¹⁷ J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne* (1979), trad. it. di C. FORMENTI, *La condizione postmoderna*, IV ed., Milano 1989. Sempre attuali le riflessioni di M. FERRARIS, *Tracce, Nichilismo Moderno Postmoderno* (seguito da *Il postmoderno vent'anni dopo*), Milano, 2006. Con specifico riferimento alla postmodernità nel diritto, oltre alla riflessione di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., cfr. V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca*

il pensiero, non più condizionato dalla ricerca del “fondamentale” e più aperto verso il possibile, l'eventuale¹⁸.

Per quanto concerne la storia giuridica il secolo ventesimo si snoda lentamente, senza sbalzi improvvisi, ma solcato da eventi formidabili che determinano nuovi assestamenti ed anche in questo settore dell'esperienza un vero e proprio cambio di paradigma, all'insegna di un messaggio puntuale: prima dello Stato c'è il diritto.

Limitandoci ai fatti essenziali funzionali al nostro discorso, occorre ricordare che l'evoluzione ha seguito un duplice percorso, quello teorico della rivoluzione ermeneutica e quello pratico del passaggio da un sistema delle fonti chiuso ad un sistema aperto¹⁹.

4. Dottrina, giurisprudenza e prassi negoziale quali fonti integrate nell'esperienza contemporanea. Nell'esperienza contemporanea dottrina, giurisprudenza e prassi notarile sono venute progressivamente assumendo ciascuna un ruolo diverso da quello che aveva assegnato loro la tradizione.

La dottrina ha perso quello che era il suo connotato caratterizzante legato ad una riflessione *in vitro* in chiave di validità. Nel momento in cui si riconosce il valore determinante del caso e il suo primato²⁰ ne discende di riflesso la messa in crisi del concetto tradizionalmente assunto dai civilisti

della regola giuridica nell'epoca della postmodernità, Milano, 2012; G. MINDA, *Postmodern Legal Movements Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, 1995, trad. it. di C. Colli, a cura di M. BARBERIS, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007; P. PELLEGRINO, *Introduzione alla cultura del postmodernismo giuridico*, Roma, 2012.

¹⁸ Il frammento postumo di Nietzsche è divenuto la pietra angolare del post modernismo, “non esistono veramente fatti, ma solo interpretazioni”. Cfr. F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi (1885-1887)*, Vol. VIII, t.1, trad. it. a cura di G. COLLI-M. MONTINARI, Milano, 1975, p.299. Per una lettura di Nietzsche come filosofo dello smascheramento cfr. E. FINK, *La filosofia di Nietzsche*, Venezia, 1977. Secondo la nota formulazione di Popper, ogni teoria è sempre provvisoria, anche quando riteniamo di non avere più ragioni per dubitarne, senza speranza di fondatezza certa o di totalità assoluta. Sul pensiero di Popper cfr. G. BRIANESE (a cura di) *Congetture e confutazioni di Popper e il dibattito epistemologico post-popperiano*, Torino, 1988.

¹⁹ Per una sintesi, anche in chiave storico giuridica, della evoluzione del sistema delle fonti e della teoria dell'interpretazione giuridica, si veda A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, 4 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 2014, 32 ss.

²⁰ Come nota L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 37: “Punto di partenza dell'interpretazione non è il testo bensì il caso, ossia il problema o il complesso di problemi per la cui soluzione il testo deve esser compreso”. E ancora, ID., *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 353 ss.: “La comprensione del significato del testo nel momento della decisione è attinta dall'interpretazione argomentata dialetticamente in risposta alla questione pratica posta dal caso particolare”. Cfr. altresì F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. I, Principi fondamentali, Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic*, Capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, 315 ss. H.G. GADAMER, *Verità e metodo. Lineamenti di un ermeneutica filosofica*, (1960), trad. it., Milano, 1982, 382, afferma testualmente che “il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione” e riconosce che “si verifica così un perfezionamento creativo della legge”.

di validità²¹. Questa suppone un'ottica generalizzante, una uniformità di esiti al di là delle singole accidentalità, evenienza questa difficile da riconoscere entro un contesto essenzialmente pluralistico. Il problema della contemporanea scienza giuridica sta proprio qui: deve abbandonare le sue categorie tradizionali o quanto meno svuotarle della loro pretesa generalizzatrice per accostarsi il più possibile al caso concreto. Ma nel far ciò essa avvicina sempre più la sua funzione a quello che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo proprio della giurisprudenza e della prassi negoziale.

Laddove si riconosca l'insufficienza del criterio della validità formale per l'identificazione del diritto positivo, il punto focale dell'analisi si sposta dal punto di vista dell'atto di posizione a quello dell'atto di riconoscimento²², dall'origine all'uso delle norme. Il carattere giuridico della regola non viene più cercato, anche a livello teorico, in un criterio di validità formale nell'ottica di fonti ordinate secondo un ordine gerarchico, ma piuttosto nella concretezza pratica del modo in cui essa viene interpretata e applicata.

Per converso, la giurisprudenza, pur essendo perfettamente consapevole dell'incidenza della singola decisione su di uno specifico assetto di interessi, sa anche che la soluzione di quel caso avrà inevitabilmente una valenza più ampia. Essendo per definizione le persone incomparabili, è necessario trovare il punto di saldatura dell'uguaglianza nella diversità, con ciò implicitamente ammettendo il valore normativo del singolo caso; ma allora la giurisprudenza assume inevitabilmente una portata che trascende la specificità di una vicenda processuale. Ecco perché i giudici avvertono sempre più la necessità di inserire nelle loro decisioni gli *obiter dicta*, per lasciare intendere le connessioni del caso deciso, le interrelazioni di principio che da quella decisione discendono. E ancorché si dica che gli *obiter dicta* non fanno²³ precedente, su di essi spesso si incentra il dibattito suscitato dalla sentenza.

²¹ Negli anni Sessanta del Novecento R. SACCO *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Nss. dig. it.* XI, Torino, 1965, 467 scriveva: "Il contratto nullo è pur sempre un fatto che può esser accertato oggettivamente". Oggi è generalmente condiviso (v. p. es. V. SCALISI *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, 2005, ora in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 197) che la nullità da singolare si è fatta plurale, passando da una categoria "a priori" a un giudizio valutativo invece conseguibile soltanto *a posteriori*".

²² È questa la chiave in cui ha tentato un ripensamento delle tradizionali categorie ordinanti del diritto civile N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Ed è una chiave che certamente assegna un ruolo significativo all'operatore (pratico o teorico) del diritto chiamato ad organizzare i suoi strumenti qualificativi in un contesto in cui le c.d. "fonti" si sovrappongono e si intersecano. È stato giustamente osservato che la molteplicità dei luoghi di formazione della giuridicità impone che qualcuno si faccia carico dei vortici che inevitabilmente si creano tentando di riportarli, pur fra mille ostacoli, "entro un alveo finalmente fecondo per la vita collettiva": cfr., U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea. Tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato, I, Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 62.

²³ Il consueto paradigma di scuola che spiega l'*obiter dictum* in chiave negativa, cioè come motivazione che non rientra nella *ratio decidendi*, sconta, in una certa misura, i riflessi di vecchi schemi concettuali. Se infatti la vera forza vincolante della decisione, la sua capacità di incidere sui modelli di comportamento, sta essenzialmente nella forza persuasiva dell'argomentazione, risulta spesso del tutto improprio (e comunque sicuramente insufficiente) discernere,

La stessa Cassazione, in taluni casi, definisce le proprie decisioni con l'incisiva formula "giurisprudenza normativa". La nostra epoca è stata da più parti definita "l'età della giudizialità" ed i giudici individuati come i signori o imperatori del diritto, per designare una nuova forma di normatività che vede il giudice procedere alla produzione del diritto attraverso modelli di decisione consolidati²⁴.

Con riguardo, infine alla prassi notarile, dobbiamo osservare che al notaio contemporaneo le parti chiedono non solo una funzione di cura e di documentazione del contratto, ma soprattutto la ragionevole stabilità delle loro regolamentazioni e la loro congruenza, sincronica e diacronica. Il notaio, essendo collocato, al pari del giudice, nella estrema trincea dove i cittadini chiedono soluzioni immediate per i loro problemi, non potrà sottrarsi al dovere elementare di corrispondervi; e vi corrisponde unicamente se, accanto all'esegesi delle norme legislative, egli si fa concretamente interprete ed innovatore, adeguando le forme giuridiche del diritto ufficiale ai fatti nuovi sopravvenuti, o addirittura *inventore*, nel senso etimologico di trovare, scoprire cercando.

5. Trasformazioni ed evoluzione della funzione notarile nella fase contemporanea. Una prima conferma delle metamorfosi del ruolo del notaio nella fase contemporanea viene dalla riflessione scientifica.

La funzione notarile inizia ad essere rappresentata attraverso riferimenti concettuali nuovi a partire dal contributo di Satta del 1955, di Emilio Betti del 1960 e di Salvatore Romano del 1962, fino alle dense pagine dei tardi anni Settanta di Nicolò Lipari e Mario Nigro, nei primi anni Ottanta di Paolo Barile²⁵. Ad emergere sono, come è naturale, orientamenti diversi, ma tutti concordi nell'inquadrare l'attività notarile come funzione pubblica, assimilabile a quella giurisdizionale, ma

all'interno di una motivazione, gli *obiter dicta* dalla schematicità del principio che viene poi consegnato alla massima, proprio perché la forza dell'argomentazione sta spesso in un indice apparentemente marginale. La spiegazione è cosa diversa dal precetto, ma questo viene attuato (e non semplicemente subito) solo in quanto ne venga compresa la spiegazione. Per un approfondimento cfr. F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, 2016.

²⁴ Per un'ampia riflessione sul diritto elaborato dai giudici cfr. G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007. In area tedesca B. RUTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014; ID., *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici, allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi*, trad. it. a cura di G. Stella, Modena 2018, ha esplicitamente parlato di una segreta rivoluzione, una trasformazione costituzionale implicita che ha trasformato lo Stato di diritto a base legislativa in uno Stato in cui il diritto è creato dai giudici.

²⁵ S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Vita not.* 1955, 542 ss., ove il rilievo: "Solo comprendendo che l'atto del notaio è essenzialmente giudizio, si comprende che cosa sia il notaio. Si comprende il prestigio immenso che nei secoli egli ha avuto, prestigio civile, prestigio politico, che nessun'altra professione ha mai eguagliato."; E. BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, in *Riv. not.*, 1962, 5 ss.; Salv. ROMANO, *La distinzione tra pubblico e privato e i suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, in *Riv. not.*, 1962, 5 ss.; N. LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in *Riv. not.*, 1973, 1033 ss.; ID. *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, in *Vita not.*, 1977, 712; M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, 1170 ss.; P. BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, in *Vita not.*, 1984, 36 ss.

da essa distinta secondo un rigoroso riparto di competenze, in quanto la seconda tende alla risoluzione di controversie relative a diritti e interessi legittimi ed alla punizione di reati; la prima a comporre interessi privati coinvolti nell'attività negoziale, ma nella contemporanea ricerca di equilibrio tra questi ultimi e interessi sociali e pubblici.

L'evoluzione della funzione notarile nella fase più recente è stata indagata anche da autorevoli civilisti, come Aurelio Gentili, Francesco Alcaro e Giuseppe Conte²⁶; nonché da illustri storici e da filosofi del diritto, come Paolo Grossi, Antonio Punzi, Baldo Pastore²⁷. Tutti questi studiosi hanno evidenziato, pur con diversità di approcci e di accenti, che il rinnovamento del modo di essere giuristi coinvolge anche la figura del notaio, quale strumento essenziale del procedimento interpretativo, in quanto la attuale molteplicità dei luoghi di formazione del diritto gli impone di farsi carico dei vortici che inevitabilmente si creano tentando di riportarli, pur fra molti ostacoli, entro un alveo fecondo per la vita collettiva.

La riflessione scientifica ha messo altresì in luce un significativo processo di modifica della funzione del contratto²⁸, -che “non si pone più semplicemente come strumento di sistemazione e organizzazione di interessi individuali in ordine a beni preesistenti alla manifestazione di autonomia, ma spesso si esprime come modo di creazione del bene attraverso la dichiarazione di volontà, essendo la ricchezza legata non a cose materiali, ma semmai a un reticolo di informazioni che il contratto concorre a determinare ed arricchire”- ha fatto venire meno antichi postulati, che pure hanno fatto parte dei capisaldi della nostra formazione giuridica, come quello secondo il quale i soggetti autori del consenso ad un determinato assetto di interessi debbano necessariamente coincidere con i destinatari degli effetti, ovvero come quello che il contratto sia necessariamente irrilevante per i terzi, non potendo ad essi, in mancanza di una esplicita adesione, né giovare né nuocere.

²⁶ V. A. GENTILI, *Il notaio nella rete delle fonti: il ruolo della prassi notarile*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Biblioteca della Fondazione italiana del notariato, Milano, 2018, 125 ss.; F. ALCARO, *Il diritto dei privati*, ivi, 79, ss.; G. CONTE, *L'evoluzione dell'ars notaria nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico*, ivi, 7 ss.

²⁷ Cfr. P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, 337; ID. *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2019, 653 ss.; A. PUNZI, *Interpretatio. Consilium. Inventio. Il notaio e le macchine nell'era digitale*, cit., 323 ss.; B. PASTORE, *Complessità del diritto e autonomia privata*, cit., 43 ss.

²⁸ Ben rilevato dalla riflessione scientifica più consapevole v., tra molti, N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. 136, da cui ho tratto il virgolettato; F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)* in *Enc. dir., Annali*, 2015, VIII, 61 ss.; ID., *L'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 167 ss.

In questo quadro ricostruttivo, connotato da profondi mutamenti ordinamentali²⁹, la funzione del notaio diviene più complessa e problematica³⁰ rispetto al passato, nel quale la dominante cultura del positivismo giuridico limitava la funzione notarile “ad offrire alle parti il linguaggio del diritto ed a ricusare il proprio ministero per gli atti proibiti dalla legge”³¹.

La diversa rilevanza giuridica del contratto è messa a fuoco dalla riflessione scientifica anche nella prospettiva di un ripensamento complessivo del contributo della funzione notarile “come fattore ordinante”, a partire dai primi anni Novanta del Novecento da Francesco Busnelli³² e ribadita agli inizi del nuovo secolo da Nicolò Lipari³³. Il notaio è visto, da questi giuristi, come un costruttore di ordinamenti giuridici privati, come un “*createur d’avenir*”, capace di elaborare soluzioni negoziali, senza pregiudicare la coerenza del sistema e senza venir meno alla sua prerogativa di “dare certezza”.

Forse, tra tutti gli operatori del diritto, il notaio è oggi colui che ha visto maggiormente appesantirsi le responsabilità connesse con il proprio ruolo, che, nell’indicata prospettiva, è quello di garante della continuità del sistema nella frenetica mutevolezza della realtà sociale, proprio in considerazione del fatto che il controllo di legalità oggi non si risolve nel riferimento ad un paradigma confrontabile con la struttura disegnata una volta per tutte dal legislatore, ma richiede la valutazione dell’atto in funzione degli effetti che esso è in grado di produrre, dell’ambito della loro oggettiva incidenza civile e tributaria, della loro conciliabilità non solo con gli interessi limitati e particolari dei contraenti, ma anche con i fini complessivi dell’ordinamento, secondo i parametri costituzionali ed europei.

Come è stato sottolineato, la funzione notarile si svolge attraverso un procedimento, di cui costituiscono fasi essenziali sia il c.d. controllo di legalità, assicurato dall’art. 28 n.1 l.n., sia l’indagine della volontà delle parti in funzione dell’adeguamento dell’intento pratico ai principi e alle regole dell’ordinamento giuridico, consentendo una piena esplicazione dell’autonomia dei privati³⁴. Una funzione al tempo stesso maieutica ed ermeneutica che richiama il “circolo

²⁹ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?* in M. VOGLIOTTI (cur.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 32; U. BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)* cit., 131 ss.; P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit. *passim*.

³⁰ P. GROSSI, *Sull’esperienza giuridica pos-moderna. Riflessioni sull’odierno ruolo del notaio*, cit., 337.

³¹ N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell’atto*, in ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 202; ed anche in *Riv. società*, 1995, 1258.

³² F. BUSNELLI, *Ars notaria e diritto vivente*, in *Riv. not.*, 1991, 2 ss., il quale nota :“ Il notaio è *minister legis*, ma la subordinazione alla legge gli lascia tuttavia uno spazio di creatività definito dal concetto di *interpretatio*, nel senso allargato dei classici, includente un’opera di continuo adattamento del testo normativo all’evoluzione sociale”.

³³ N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 361 ss.

³⁴ Per la riconduzione alla dimensione del procedimento, cioè ad un insieme di atti preordinati ad un medesimo effetto, dell’attività notarile, v. già MORELLO-FERRARI- SORGATO, *L’atto notarile*, Milano, 1977, 339 ss. Per una

ermeneutico”, cioè il procedimento circolare che fonda ogni atto interpretativo e che consiste nella comprensione del tutto a partire dalle parti e delle parti a partire dal tutto³⁵.

Gli ultimi decenni del Novecento ed i primi del nuovo secolo hanno visto venire meno alcuni consolidati punti di riferimento, dando luogo ad ulteriori ripensamenti della funzione notarile, prendendo le mosse da un’esperienza giuridica che, nella peculiarità di un nuovo rapporto tra indici normativi e comportamenti attuati, sembra trovare nel contesto europeo e globale rinnovati stimoli per raccordare l’intervento del notaio non più semplicemente alla formale struttura dell’atto pubblico, ma altresì alle conseguenze del rapporto che dal suo atto prendono vita.

Il notaio contemporaneo è chiamato quotidianamente a ricomporre il divario tra realtà legislativa e realtà sociale nel testo dell’atto pubblico notarile, utilizzando un diritto scritto per una realtà spesso superata dalle trasformazioni sociali, adattando a nuovi compiti antichi istituti, rendendo possibile la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un costante adattamento degli schemi tramandati dai formulari. L’esperienza giuridica contemporanea e la società civile chiedono al notaio posmoderno, nel suo operare quotidiano, una continua ricomposizione dello “specchio rotto delle fonti”³⁶, in un momento di profonda trasformazione della realtà politica e sociale e un’analisi attenta dei problemi essenziali che oggi si manifestano con grande intensità³⁷: dalla vita e la morte delle persone, alla disciplina dei rapporti patrimoniali, all’emergenza virale che sconvolge le nostre priorità e certezze.

La prassi negoziale notarile, in tal modo, si pone come fucina inesauribile della dinamica giuridica. La funzione del notaio, pertanto, non si esaurisce nel compito di garanzia di documentazione e di testimonianza della (pretesa) certezza del diritto, ma nel perseguire anche quello di orientamento e di contributo all’edificazione dell’ordinamento. Essa fornisce un importante contributo partecipativo all’articolazione e all’arricchimento dei modelli di azione dell’autonomia privata in un contesto in evoluzione.

Una seconda conferma di questo rinnovamento della funzione notarile proviene dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile, che valuta con notevole rigore la diligenza del notaio e ricomprende nel contenuto della prestazione professionale il c.d. dovere di consiglio, cioè il

documentata indagine sulla funzione di adeguamento, nella prospettiva maieutica ed ermeneutica, cfr. G. PETRELLI, *L’indagine della volontà delle parti e la “sostanza” dell’atto pubblico notarile*, in *Riv. not.*, 2006, 30 ss.

³⁵ Come insegna H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983, 340, esso risponde all’esigenza duplice di riconoscerci in una tradizione e di non essere paralizzati da questa. Secondo M. HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, Milano, 1976, 194, l’importante non sta nell’uscire fuori dal circolo, ma nello starci dentro nella maniera giusta.

³⁶ Per una lucida analisi di questo profilo, v. D. CANALE, E. PARIOTTI, B. PASTORE (a cura di) *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Roma, 2019, e *ivi* l’*Introduzione dei curatori*. Ribadisce questo punto G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, 287 ss.

³⁷ Si veda da ultimo U. BRECCIA, *Chiaroscuri della Scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Niccolò Lipari, Diritto e Ragione)* in *Riv. dir. civ.*, 2020, 132; P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit.; sul quale v. M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi Oltre la legalità*, in *Giust. civ.*, 4/2020.

dovere di fornire una consulenza tecnica finalizzata non solo al raggiungimento dello scopo tipico al quale il contratto è preordinato, ma anche a prospettare soluzioni alternative volte a conseguire effetti vantaggiosi previsti dalla normativa fiscale³⁸. D'altro canto, la giurisprudenza della Cassazione ha escluso la responsabilità civile del notaio che, nel prestare consulenza, si sia uniformato all'interpretazione accolta nei documenti della prassi, quali gli studi del Consiglio Nazionale del Notariato e le circolari dell'Agenzia delle entrate³⁹.

Il notaio contemporaneo, non è più soltanto il mero documentatore disegnato dalla legge del 1913, non è un professionista preposto alla "nuda registrazione" della volontà delle parti, bensì un soggetto tenuto a svolgere il proprio operato affinché non venga turbata "la certezza dei rapporti giuridici"⁴⁰. Risulta allora impensabile una interpretazione notarile meramente dichiarativa della volontà del legislatore⁴¹.

In sostanza, dottrina e giurisprudenza e prassi notarile hanno visto sempre più affievolirsi la specificità di un ruolo che era legato alla logica della codificazione, cioè di una norma confezionata e in quanto tale individuabile prima della sua applicazione. Oggi invece la costituzionalizzazione del diritto, cioè la sua individuazione in chiave di principî, postula una concezione dinamica della regola giuridica, rispetto alla quale sfuma la possibilità stessa di una distinzione tra una lettura in

³⁸ L'opera professionale di cui è richiesto il notaio "non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti". E' quanto stabilito dalla Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili - con sentenza 31 luglio 2012, n. 13617. Sul dovere di diligenza del notaio v. anche Cass. 16 dicembre 2014, n. 26369; Cass. 11 maggio 2016, n. 9660, in *Notariato*, 2017, 327 con nota di Nogar; Cass. 21 maggio 2019, n. 13592: In dottrina cfr. G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, III ed., in *Comm. al Codice civile*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 2020, 626 ss. spec. 636; M. PALAZZO, *Note in tema di responsabilità civile del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, 2535.

³⁹ Cass. Civ. Ord., 19 marzo 2018, n. 6718. In particolare, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la contestazione mossa nei confronti di un notaio per non aver adempiuto all'obbligo di fornire una adeguata consulenza alle parti dal punto di vista tributario circa le conseguenze fiscali dell'atto stipulato, la Cassazione ha ritenuto che non vi è alcuna responsabilità da parte del notaio rogante, in quanto egli aveva valutato la fattispecie posta alla sua attenzione alla luce di una specifica circolare dell'Agenzia delle entrate e di uno studio del settore tributario del Consiglio Nazionale del Notariato. Emerge da questa decisione il riconoscimento esplicito della rilevanza della prassi e in particolare degli studi predisposti dal Consiglio Nazionale del Notariato, anche quale strumento di supporto per la magistratura nel valutare l'inesistenza di profili di responsabilità nello svolgimento dell'attività professionale. Sul punto cfr. M. LABRIOLA, *Fonti del diritto, interpretazione, e funzione del notaio*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, cit., 76 ss.; più in generale sulla responsabilità professionale del notaio, cfr. M. PALAZZO, *Il problema della responsabilità civile del notaio*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, 3, 87-88

⁴⁰ Sono parole che si leggono in Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Danno e resp.*, 1998, 1106. Il tema è esplorato nel volume di S. PAGLIANTINI (a cura di) *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, Torino, 2011 ove Id. *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e Cass. n. 5913/2011 (con una postilla)*.

⁴¹ Come nota P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 87, a proposito del principio di legalità: "Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio si sia necessariamente trasformato in una sorta di principio di giuridicità, riferendosi ormai al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica".

chiave teorica e un'altra in chiave pratica di uno *jus positum*⁴². Sia il teorico (necessariamente attento al caso), sia il pratico (consapevole della inevitabile ricaduta della soluzione ermeneutica adottata) sono chiamati a contribuire alla formazione della regola del caso concreto e si collocano sul versante dello *jus in fieri*⁴³.

In altre parole, tutti i soggetti dell'ordinamento partecipano alla formazione del precetto concorrendo a saldare l'orizzonte del passato (inteso nel riferimento alla legge o alle altre positivizzazioni giuridiche) con l'orizzonte del presente (assunto nel riferimento alle esigenze e ai valori della comunità al momento dell'applicazione)⁴⁴.

In questa prospettiva la teoria e la pratica del diritto incontrano una necessaria integrazione. Ma non nel senso in cui si parla di integrazione fra le tradizionali fonti del diritto, come modo di mettere a confronto e, se possibile, di conciliare, due dati oggettivi, ma come riconoscimento di un atteggiamento comune, di un convergente modo di intendere la scienza giuridica, che è essenzialmente una scienza pratica, non più come una scienza pura di norme⁴⁵ (ammesso che lo sia mai stata) ma come uno sguardo rivolto ai valori prevalenti nel contesto sociale⁴⁶.

⁴² Per gli opportuni approfondimenti cfr. R. ALEXI, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, 2016. Al pensiero di questo studioso è dedicato l'intero fascicolo 2/2020 della *Rivista di filosofia del diritto*, con una *Presentazione* di F. RICCOBONO, 221 ss.

⁴³ Cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, cit., 298. Solo in un'ottica di questo tipo è possibile cogliere la necessaria natura intersoggettiva dell'attività di individuazione, conoscenza ed applicazione del diritto, sottolineando la interazione fra i soggetti della comunità giuridica, teorica o pratica che sia la loro apparente funzione: cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, 195. Indice sintomatico di un atteggiamento del tutto opposto è il volume di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, il cui capitolo secondo (pp. 87-123), significativamente intitolato "Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva", commenta in senso critico tutta una serie di sentenze designate come creative ed accolte favorevolmente da una dottrina definita corriva. Nello stesso senso si vedano i saggi di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4, 2016; ID. *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018 dove si criticano quelle che vengono definite "le concezioni correnti della giurisdizione come fonte creativa di nuovo diritto"; nonché quello di A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, cit., 2.

⁴⁴ Ecco perché il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività ed è diventato il metodo giuridico fondamentale. Da un lato perché è l'unico in grado di consentire una interpretazione storica dei valori costituzionali; dall'altro perché, assumendo il principio di ragionevolezza una portata che va al di là del caso concreto, consente quanto meno una prevedibilità delle decisioni, una volta constatata, nella stagione dell'incertezza, l'eclissi del principio della certezza del diritto cui la stagione del positivismo era tenacemente ancorata. Sul criterio di ragionevolezza nell'interpretazione della legge e nel giudizio di costituzionalità, v. soprattutto, S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019.

⁴⁵ L'ovvio riferimento è alla *Reine Rechtslehre* di H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. G. LOSANO, Torino, 1966.

⁴⁶ Cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonte integrate del diritto*, cit., 295 ss. Sulla struttura intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo si fonda la peculiarità epistemica dei processi di conoscenza e di applicazione del diritto, che implicano "una strutturale sinergia tra dati normativi, riflessione dottrinale e precedenti concretizzazioni nella giurisprudenza": cfr. E. PARIOTTI, op. cit., 191. È appena il caso di ricordare che

6. La prassi negoziale tra costruzioni scientifiche e invenzioni tecniche dei giuristi. In particolare la prassi notarile, singolare e posmoderna forma di *soft-law*. Dinanzi ad un testo legislativo o contrattuale, onde poter giungere a definire il regolamento che da esso scaturisce, occorre procedere ad una sequenza di attività: interpretazione, che è l'operazione che attribuisce un significato alle parole che compongono il testo normativo; qualificazione, che è l'operazione attraverso la quale si stabilisce se il contratto appartiene a un tipo, oppure ad altro tipo, oppure se è un contratto misto o atipico; integrazione, che è l'operazione volta a identificare le norme esterne che concorrono a costruire il regolamento scaturente da quel testo legislativo o contrattuale⁴⁷.

La linguistica moderna e contemporanea, nel suo farsi scienza del linguaggio, ha messo a punto un'analisi sempre più raffinata dei suoi caratteri e delle sue regole, affermando che il linguaggio non si limita a dare una veste sensibile alle idee, come riteneva Aristotele⁴⁸, ma piuttosto crea delle cose che non ci sarebbero senza di esso. Questo ha favorito nei giuristi una progressiva consapevolezza degli stretti rapporti tra diritto e linguaggio, fino quasi alla loro identificazione nel senso che “diritto è linguaggio”, “perché ciò con cui il giurista ha da fare è linguaggio e linguaggio soltanto”⁴⁹. L'essere, che può venir compreso, è il linguaggio⁵⁰.

Come ognuno intende benissimo, oggi l'interpretazione/applicazione del diritto realizzata da qualificati giuristi (avvocati, notai, *law firms* internazionali) non si risolve nella semplice applicazione all'enunciato legislativo, quale mera appendice esterna incapace di incidere sul contenuto volitivo del legislatore, ma si sostanzia nella costruzione, attraverso il linguaggio tecnico-giuridico, di complessi testi contrattuali, che si pongono come ordinamenti del caso concreto.

già C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, 173 osservava che nessun ordine giuridico è possibile al di fuori “de solutions acceptables per le milieu, parce que conformes à ce que lui paraît juste et raisonnable”. V. anche R. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studi di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1977, 186.

⁴⁷ Per gli opportuni approfondimenti cfr. E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2016.

⁴⁸ ARISTOTELE, *Dell'espressione*, in ID. *Organon*, introduzione, trad. e note di G. Colli, Torino, 1955. Per i riferimenti al linguaggio come mezzo dell'esperienza ermeneutica e alla “svolta linguistica” v. le due note seguenti.

⁴⁹ A. G CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962. Come è noto, il linguaggio costituisce l'argomento cardine della riflessione di L. WITTEGENSTEIN, fin dall'opera di esordio, *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) trad. it. di A.G. Conte, Torino, 1989. Sulla svolta linguistica – cioè lo spostamento della riflessione filosofico-giuridica dalla dimensione soggettiva della mente che aveva costituito il principale punto di riferimento da Cartesio in poi, all'orizzonte del linguaggio- che ha caratterizzato un buon tratto del Novecento, cfr. R. RORTY (a cura di), *The linguistic turn* (1967), trad. it. (della sola introduzione) di S. VELOTTI, *La svolta linguistica*, Milano, 1994. L'idea che i problemi giuridici si possano risolvere e dissolvere facendo i conti con il linguaggio, sarebbe incomprensibile senza Kant, giacché il linguaggio svolge qui la funzione trascendentale che assolvevano le categorie kantiane. Cfr. M. FERRARIS, *Goodbye Kant! Che cosa resta oggi della critica della ragion pura*, Milano, 2018, 142.

⁵⁰ L'affermazione è di H. G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), cit., il quale, significativamente, ha posto al centro del suo breviario filosofico (p. 671) il capitolo “Il valore esemplare dell'ermeneutica giuridica”.

Si pensi a figure negoziali come *leasing*, *factoring*, *franchising* che rappresentano un diritto creato da grandi studi legali, per risolvere attraverso un testo contrattuale problemi ovunque emergenti nella odierna realtà globale.

Lo stesso deve dirsi, con riguardo alla prassi creata dai notai. Gli esempi sono ben noti e molteplici: si pensi alla permuta di cosa presente con cosa futura, ai trust interni, agli affidamenti fiduciari, ai diritti edificatori, al c.d. *rent to buy* di immobili e aziende, alle clausole di prelazione, gradimento e predisposizione successoria negli statuti societari.

Si tratta di testi contrattuali che non sono imposti nè da un legislatore nazionale, nè da un (inesistente) legislatore mondiale. Sono strumenti nati nelle officine notarili e, talora, dopo il vaglio giurisprudenziale, recepite dal legislatore. In questo senso i testi contrattuali diffusi nella prassi negoziale rappresentano una forma evoluta di *soft law*⁵¹, che si affianca ai canali ufficiali di produzione del diritto⁵², ed il notaio diventa compartecipe della formazione del diritto vivente.

Nella prospettiva di cogliere le interferenze tra dimensione teorica e dimensione pratica del fenomeno giuridico e quindi dei modi in cui la prassi notarile partecipa ai contemporanei processi di positivizzazione giuridica, può essere utile riflettere sul fatto che le diverse forme utilizzabili per la conclusione di un contratto non sono prive di riflessi sul testo del contratto stesso e sul regolamento di interessi che ne consegue.

Un caso esemplare riguarda l'atto pubblico notarile⁵³. La particolarità è rappresentata dal fatto che l'elaborazione del testo contrattuale è in tal caso rimessa all'attività del giurista pubblico ufficiale, soggetto imparziale e documentatore esterno dell'accordo, il cui compito è quello di tradurre la volontà dei contraenti in termini giuridici, in una *rule of law*, anche sul piano della "legalità linguistica".⁵⁴

La funzione notarile oggi, lungi dal circoscriversi ad una mera attività di certificazione e di produzione di un documento che costituisca un mezzo di prova privilegiata *ex art. 2700 c.c.*, si

⁵¹ L'espressione è generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti. Si tratta di una nozione di prevalente elaborazione dottrinale e nell'odierno panorama giuridico, altamente pluralistico e caratterizzato da un notevole tasso di complessità, se ne conoscono svariati esempi. Per una panoramica degli strumenti di *soft law* cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., 103 ss.

⁵² Sia consentito rinviare a M. PALAZZO, *Pagina introduttiva*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, cit., 3 ss.; nonché agli ulteriori contributi contenuti nel volume. Nel senso che l'autonomia privata ha "scardinato" il "tipo" contrattuale in favore di "modelli" elastici, nel quadro di una rivoluzione del sistema delle fonti, v. P. ZANELLI, *Detipizzazione legale e (ri)costruzione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2019, 19 ss. Come ho avuto modo di evidenziare in M. PALAZZO, *Il contratto nella pluralità degli ordinamenti*, Ed. Scientifica, Napoli 2021, p.157: «Il contratto e la sua storia rappresentano lo specchio dei valori di una società nel suo divenire storico, nella dinamica tra dimensione pubblica e privata dei rapporti».

⁵³ Per un inquadramento dei profili relativi alla predisposizione del testo contrattuale da parte del notaio, v. E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, 60 ss.; M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017; ID. voce *Testo del contratto*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, Milano Giuffrè, 2021, 1151 ss. spec. 1160.

⁵⁴ L'espressione è di N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in ID., *Studi sul formalismo negoziale*, cit., 202.

concreta, soprattutto, in un'attività di adeguamento e nel contempo antiprocessuale: il notaio garantisce la corrispondenza tra il voluto delle parti e la giuridicità ordinamentale, componendo interessi di segno diverso, anche in funzione di prevenzione delle liti⁵⁵.

Invero il notaio non si limita a “registrare” ciò che le parti dichiarano, secondo un diffuso luogo comune, ma ha l'obbligo istituzionale di “indagare” la loro volontà, in modo da conseguire la piena cognizione degli scopi perseguiti al fine di poter “costruire” atti conformi all'ordinamento giuridico, attraverso un'attività diretta, ove necessario, a favorire la venuta ad esistenza di nuove soluzioni negoziali.

Da queste brevi notazioni emerge chiaramente la complessità dei compiti e delle funzioni che connotano l'attività notarile e che presiedono alla stesura del testo contrattuale.

Al pari di ogni altra sede deputata all'applicazione delle regole giuridiche, le officine notarili hanno prodotto una notevole quantità di formule di testi contrattuali, sebbene il loro censimento non sia sistematico. La rilevazione della prassi notarile si è da sempre giovata dei formulari: i prototipi risalenti all'epoca medievale sono celebri e hanno fondato un filone longevo che sopravvive quale punto di riferimento anche da parte di altre figure professionali⁵⁶.

Nel tempo contemporaneo poliarchia delle fonti del diritto e revisione ermeneutica richiamano ad alcune “verità” prima ignorate o rimosse. Secondo il pensiero di Gadamer, esposto nel suo innovativo volume “Verità e Metodo” del 1960⁵⁷, dobbiamo oggi riconoscere che il testo della legge non è affatto una realtà autosufficiente, ma ha, al contrario, compiutezza solo con l'interpretazione, che immerge la regola legislativa nella storia quotidiana; l'applicazione notarile costituisce, come la comprensione e la

⁵⁵ V. già negli anni Cinquanta del Novecento, F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del Notaro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, 921 ss. e in *Riv. not.*, 1951, 1 ss.; S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, cit., 542 ss

⁵⁶ La bibliografia è amplissima; per la storia medievale per tutti si segnala L. SINISI, *Judicis Oculus. Il notaio di tribunale nella dottrina e nella prassi di diritto comune*, in V. PIERGIOVANNI (a cura di), *Hinc publica fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, Milano 2006, 215 ss. Nell'età contemporanea, si vedano le varie edizioni di A. AVANZINI - A. LOVATO - L. IBERATI (a cura di), *Formulario degli atti notarili*, Torino, nonché G. PETRELLI (diretto da), *Formulario notarile commentato*, Milano.

⁵⁷ Hans-Georg GADAMER, (1900 – 2002), considerato uno dei maggiori studiosi dell'ermeneutica, afferma, muovendo dalla fenomenologia di Husserl e dall'esistenzialismo di Martin Heidegger, che la comprensione non rappresenta una forma di conoscenza, ma un modo di essere dell'Esserci, per cui l'essere sviluppa la capacità del poter essere, del poter conoscere, del poter affrontare determinate situazioni. Secondo Gadamer l'ermeneutica, intesa come dottrina dell'interpretazione dei testi, va ben oltre la mera spiegazione di un testo: essa mira alla comprensione di una struttura di senso, senza inseguire una verità obiettivamente fissata, ma lasciando la parola alla realtà che si nasconde in tali strutture di senso. Quindi l'interpretazione non cerca di stabilire oggettivamente qualcosa di certo e predefinito, ma di portare alla luce il senso celato nelle costruzioni umane. «La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa». Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 307.

spiegazione, un aspetto *costitutivo* dell'atto interpretativo inteso come unità; l'interpretazione notarile non è operazione meramente conoscitiva ma è, appunto, comprensione, intermediazione tra la volontà delle parti, il testo legislativo e l'attività dell'interprete.

Il notaio viene valorizzato quale attore primario della costruzione della soluzione negoziale, dovendo giudicare del fatto, poi del diritto e, infine costruire il contratto, che sarà, a sua volta, oggetto di interpretazione da parte di altri. Nel concreto svolgersi delle relazioni giuridiche si nota come la soluzione proposta ed il contenuto dell'atto si impongano sempre meno per l'autorità formale del pubblico ufficiale rogante, interprete e garante della conformità all'ordinamento giuridico, e sempre più per la capacità di persuasione delle argomentazioni giuridiche che sostengono l'atto di autonomia privata alla cui redazione il notaio concorre e di cui svolge il controllo di legalità sostanziale.

Volendo procedere ad una verifica sul terreno dell'esperienza quotidiana in ordine alla profonda trasformazione strutturale e funzionale che l'attività notarile ha registrato negli ultimi decenni, è sufficiente spostare l'attenzione dai testi di legge alla prassi negoziale notarile, cioè a quel complesso di soluzioni operative adottate dai notai e ripetute nel tempo⁵⁸.

L'interpretazione opera incisivamente nella individuazione e nell'articolazione del discorso sulle fonti e qui viene in gioco la responsabilità della *comunità interpretativa*⁵⁹ dei notai, chiamata a connettere orientamenti assiologici e sistematici, al fine di recuperare l'istanza della certezza e della sicurezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive degli individui.

⁵⁸ Sul tema della prassi notarile v. I. STOLZI, *Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 61-78; A. FUSARO, *La prassi notarile fonte di regole giuridiche*, ivi, 113-123; A. GENTILI, *Il notaio nella rete delle fonti: il ruolo della prassi notarile*, ivi, 125-133; M. PALAZZO, *Pagina introduttiva*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, cit., 3, ss. e gli ulteriori contributi contenuti nel suddetto volume di P. GROSSI, *Introduzione ai lavori*, ivi, 23 ss.; B. PASTORE, *Complessità del diritto e autonomia privata*, ivi, 42 ss.; P. CAPPELLINI, *Prefazione*, ivi, 19 ss; M. LABRIOLA, *Fonti del diritto, interpretazione, e funzione del notaio*, ivi, 63 ss.

⁵⁹ L'espressione "comunità interpretante" è di G. ZACCARIA, *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, cit., 105; nonché in ID. *La comprensione del diritto*, Bari-Roma, 2012, 134-141. L'espressione è stata ripresa da N. LIPARI, *Intorno ai principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 27 ss. e ora in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 85. Il tema è approfondito da B. PASTORE, *Fonti del diritto e comunità interpretativa*, in CONTE – LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, t. I, Mantova, 2017, 345-348, nonché in ID., *Complessità del diritto e autonomia privata*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, cit., 43 ss. Cfr. altresì E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, cit.; 44 ss., 171 ss.

7. Prassi attuativa e prassi genetica. Quando il prodotto dell'attività notarile estrae la regola del caso all'interno di una casistica disciplinata dal dettato di una fonte, la prassi ha una funzione *attuativa*. Il notaio rende concreta la disposizione legale traducendo in regole del caso le astratte previsioni del legislatore. È pur sempre opera "inventiva", ma in uno spazio limitato: dal generale al particolare. Ed è opera di garanzia di legalità (nei limiti in cui il notaio può darla), ma rispetto ad un solo problema: l'esatta individuazione della norma da evincere dalla disposizione in conformità alla razionalità che vi presiede. Quando invece il prodotto dell'attività notarile reperisce la regola del caso all'esterno di una casistica regolata dal dettato di una fonte, la prassi ha una funzione *genetica*. Il notaio a partire dalle categorie concettuali che reggono la materia integra il dettato legale, "inventa" cioè reperisce una regola del caso a fronte di una "lacuna", in difetto della previsione di quella casistica.

Fa allora opera inventiva in uno spazio ampio: non attuazione ma integrazione. E fa opera di garanzia (sempre nei suoi limiti intrinseci) rispetto a *due* problemi: non solo l'esatta individuazione delle norme da evincere dalle linee del sistema, ma anche l'esatta loro integrazione, sempre in conformità alla razionalità che vi presiede. Come si vede, un certo rischio è comunque sotteso alla funzione notarile. Come garante della giuridica validità degli atti il notaio anche quando intende semplicemente attuare il dettato legale ha l'onere, di matrice giurisprudenziale, di considerare *tutti* gli elementi normativi, legali ed extralegali e di interpretarli *correttamente*. Un rischio solitamente basso, grazie alla perizia tecnica proporzionale al suo grado di preparazione culturale e di professionalità; che però può crescere quando, per complessità dei combinati disposti, per incertezze interpretative, per contrasti dottrinali o giurisprudenziali, il passaggio dalle disposizioni alle norme si riveli meno evidente. Più ampio è il numero di disposizioni applicabili, più difficile è l'opera di redazione del testo contrattuale

Di fronte ai bisogni nuovi e nuovissimi della mutevole realtà il notaio potrà trovare la soluzione tecnica adeguata ad ordinare la fattispecie che le parti sottopongono al suo giudizio attraverso due strade.

La prima è quella di trasfigurare vecchi arnesi dell'officina giuridica dando loro nuovo vigore. Come è accaduto con la permuta (attualizzata durante la fase dell'espansione edilizia nella permuta del terreno con i futuri appartamenti da costruire), dando vita al tipo "sociale" della c.d. permuta di cosa presente con cosa futura⁶⁰, oppure con la *servitus altius non tollendi*, (utilizzata per cedere la

⁶⁰ Cfr. E. ROCCA, *Permuta di terreno edificabile con costruendi appartamenti. Prassi contrattuale*, in *Nuovi quaderni di Vita notarile*, Palermo, 1990; A. FERRUCCI- C. FERRENTINO- S. UTTIERI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2020, 370.

cubatura di un fondo al vicino, finché il legislatore ha ribattezzato le cessioni di cubatura sorte negli studi notarili come diritti edificatori⁶¹, richiamandoli nell'art. 2643, n. 2-*bis* c.c.) .

In alternativa, il notaio di fronte alla carica normativa di alcuni fatti può conferire loro un conio tecnico, scovando appoggi o coperture formali all'interno del mondo giuridico ufficiale. Prima o poi, presto o tardi il legislatore interviene, come è stato per il *trust*, che è stato metabolizzato da una accorta prassi notarile anche come *trust* interno (privo cioè di elementi di internazionalità, fatta eccezione solo per la legge regolatrice), partendo da una norma di diritto internazionale privato, contenuta nella Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985 (ratificata dallo Stato italiano con l. 364 del 16 ottobre 1989 ed entrata in vigore il primo gennaio 1992) sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento⁶².

Altri esempi sono costituiti dal negozio di affidamento fiduciario⁶³ utilizzato dai notai pur in mancanza di una disciplina legislativa, dal *rent to buy* di immobili⁶⁴ e di aziende⁶⁵. Si pensi, inoltre, alle figure forgiate dalla prassi notarile in ambito condominiale come le servitù reciproche, i diritti di uso esclusivo su beni comuni, la cui natura giuridica è tutt'ora controversa⁶⁶.

In questi casi il notaio, senza che lui lo voglia, forte solo della propria perizia tecnica e della propria disponibilità all'ascolto della storia -che è storia minuta, umile, non rumorosa, ma che è la storia quotidiana delle persone- fa un autentico salto di piano: il documentatore diventa anche produttore di diritto⁶⁷.

⁶¹ Cfr. G.TRAPANI, *Diritti edificatori*, Milano, 2014. In giurisprudenza v. Cass. S.U. 29 ottobre 2020, n. 23902.

⁶² Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001. Come è noto si tratta di uno schema tecnico ben radicato nell'area del *common law* - che trova il suo nodo centrale nella frammentazione della proprietà e quindi fisiologico in quella cultura giuridica- per tanti versi alieno dalle nostre sistemazioni di stampo civilistico ed anche dalla fiducia di matrice romanistica, difficile dunque da digerire per il civilista-romanista, ma valorizzato in Italia da una consapevole e culturalmente attrezzata prassi notarile. Le riflessioni del notariato italiano in tema di destinazioni patrimoniali e Trust coprono l'arco temporale di almeno un ventennio: esse iniziano anteriormente all'introduzione nel codice civile dell'art. 2645 *ter*, ma si sviluppano soprattutto a partire da quella disposizione. Tra i molti contributi v. i saggi di G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, 2019.

⁶³ M. LUPOI, *L'affidamento fiduciario nella vita professionale*, Milano, 2018.

⁶⁴ R. FRANCO, (cur.) *Rent to buy tra fattispecie e procedimento. Studio sull'autonomia negoziale*, Napoli 2017.

⁶⁵ S. LANDINI- M.PALAZZO, *Rent to buy di azienda*, Fondazione italiana del notariato, Milano, 2016.

⁶⁶ Cass. Civ. Sez. II, con ord. n. 31420, 2 dicembre 2019, ha rimesso la questione della natura giuridica di questa figura al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite, che hanno deciso con sentenza n. 28972, 17 dicembre 2020, cit. La configurazione fornita dalla prassi notarile appaga le diffuse esigenze avvertite dalla pratica di dare al c.d. "uso esclusivo" di parti condominiali il rango di un diritto perpetuo e trasmissibile, a contenuto, dunque, non strettamente personale, e cioè stabilito a favore del solo usuario, collegando la facoltà di usare il bene non ad un soggetto, ma ad una porzione in proprietà individuale senza limiti temporali. Si tratterebbe insomma di un nuovo diritto reale, di creazione notarile e recepito dalla giurisprudenza delle corti, che nulla avrebbe a che fare con il diritto d'uso di cui all'art. 1021 c.c., con esso intendendosi indicare un godimento, nell'ambito di bene comune, di una frazione spazialmente determinata dello stesso "*quasi*" *uti dominus*, seppur sempre con il limite di cui all'art. 1102 c.c.

⁶⁷ Per un'ampia riflessione sul ruolo della prassi notarile in tema di situazioni reali si veda il volume, *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione delle situazioni reali*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2015, 1, con *Prefazione e Conclusioni* di P. GROSSI. Un' interessante indagine sul tema delle reciproche

Insomma, assistiamo a innovazioni cospicue che consentono di non ritenere enfatico parlare di un nuovo ruolo del notaio; un ruolo attivo nell'erosione del dogma della tipicità dei diritti reali, nel crescente profilarsi di situazioni ambiformi, pescanti ugualmente nel campo delle situazioni personali e reali, nonché nello sforzo per arrivare a forme di proprietà funzionalizzata o destinata che portano, come è noto, il marchio di fertili officine notarili.

Nel diritto commerciale l'apporto della prassi è, forse, ancora più evidente: basti pensare all'importanza che hanno assunto nel settore (non solo per le grandi società, ma soprattutto per quella moltitudine di piccole realtà che pare rappresentare la spina dorsale della nostra economia) alcune clausole che, seppure con formulazioni differenti ma accomunate dalla medesima finalità socio economica, sono il prodotto di un'accorta opera di interpretazione ed applicazione notarile, quali le clausole di prelazione e di gradimento⁶⁸, le clausole di co-vendita (*tag along*), le clausole di trascinarsi⁶⁹ (*drag along*).

8. Le massime notarili in materia societaria come epifania del contributo attuale del notariato all'evoluzione dell'ordinamento giuridico. Con riferimento alla *interpretatio* notarile nel diritto commerciale una speciale menzione meritano gli "orientamenti" e le "massime" di diritto societario, elaborate dai comitati regionali o da apposite commissioni create dai Consigli notarili, poiché costituiscono un notevole esempio di diritto di

interferenze dei diversi formanti in G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo tra i diversi formanti*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, 1559 ss. Riafferma il ruolo creativo del notaio F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, in *Giustiziacivile.com* del 24 febbraio 2017; nonché ID., *Motivazione degli atti di autonomia privata*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 271 ss; Di notevole interesse il Quaderno n. 38 della rivista *Notariato*, Milano, 2017, che raccoglie gli Atti del convegno toscano del settembre 2016 dedicato alla "Prassi notarile come fonte del diritto".

⁶⁸ Sul tema v. L. GENGHINI-P. SIMONETTI, *Manuali Notarili* a cura di L. GENGHINI, *Le società di Capitali e le Cooperative*, Tomo II, Padova, 2012, 264 e ss.; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato Galgano* Padova, 1988, 144 e ss.; C.A. BUSI, *La prelazione societaria. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale e clausole alternative*, Milano, 2019; M. DE ACUTIS, *Clausole atipiche e patti parasociali*, in *Statuti di società e patti parasociali: il ruolo del notaio*, Padova, 1993, 44 ss.; Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, massima H.I.4.; Consiglio Notarile di Milano, massima n. 32, condizioni di efficacia delle clausole di mero gradimento nelle S.p.A.; Comitato Triveneto dei Notai, massima H.I.6, legittimità delle clausole di mero gradimento.

⁶⁹ La prassi societaria ha dimostrato interesse per l'inserimento, nello statuto sociale, di clausole di covendita, (dette anche di "trascinarsi", ovvero anche "*tag along*" o "*drag along*"). Si tratta, in breve, delle clausole che prevedono (in via alternativa ovvero in combinazione tra loro) il diritto: (a) di alcuni soci (in genere, la minoranza) nel caso di vendita da parte di altri (in genere, la maggioranza), di cedere a loro volta le partecipazioni possedute, a condizioni economiche predeterminate (in genere, ma non necessariamente, a parità di condizioni); (b) di alcuni soci (in genere, la maggioranza) di costringere altri soci (in genere, la minoranza) a cedere a condizioni economiche predeterminate (in genere, ma non necessariamente, a parità di condizioni) le partecipazioni possedute, nel caso di alienazione da parte dei primi. Sul tema v. P. DIVIZIA, *Le clausole di tag e drag along. Nuove regole statutarie di società di capitali e patti parasociali*, Milano, 2013; Consiglio Notarile di Milano, massima n. 88, Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di co-vendita delle partecipazioni.

matrice extralegale. Si tratta, infatti, di consolidazioni di prassi applicative, con attitudine a svolgere un ruolo ordinante assai più incisivo di una semplice guida offerta ai singoli notai.

Questi “orientamenti” non rappresentano atti isolati, una *legal opinion* di un singolo studioso, sia pure autorevole, ma regole che, impegnando appunto la riflessione collettiva di una comunità di esperti, possessori di uno specifico sapere professionale, godono di una effettività giuridica sostanziale; costituiscono, in altre parole, una *soft-law*, un canale privato di produzione del diritto che si affianca a quelli ufficiali, dando luogo a una prassi uniforme e tramandabile che si afferma come diritto applicato, ponendosi nel sistema delle fonti – in sinergia con l’interpretazione giudiziale – quale sede privilegiata di interpretazione/applicazione del diritto societario contemporaneo⁷⁰.

Un diritto che nasce “in basso” e dal basso e che, dopo una dialettica interna alla categoria, viene offerto al pubblico dibattito della comunità scientifica.

Ma qual’è la natura e la funzione delle c.d. “massime notarili” in materia societaria?

Emblematica, nel senso indicato nel titolo di questo paragrafo, è la didascalia che si legge sul sito dell’autorevole Commissione notarile di Milano per gli orientamenti in materia societaria: «la Commissione elabora indicazioni per i casi di difficile interpretazione, indicando ai notai principi a cui uniformarsi nel giudizio sulla iscrivibilità degli atti societari loro affidati. Le massime costituiscono ora un punto di riferimento non solo per il Notariato milanese e nazionale, ma anche per le imprese e gli operatori del diritto societario». Poche ma incisive parole, che sintetizzano le funzioni delle massime notarili nel sistema delle fonti. Gli orientamenti (fra i quali possiamo inserire, pur se caratterizzati da diversa impostazione strutturale, alcuni Studi del Consiglio nazionale del notariato) sono riconducibili al novero di quegli atti disomogenei per natura e origine che, sebbene sprovvisti di efficacia giuridica vincolante appaiono, con modalità e sfumature differenti, comunque provvisti di rilevanza giuridica in ragione della loro percepibilità nel quadro dei rapporti sociali e che in sintesi vengono definiti con il sintagma *soft law*.

Come anticipato, la didascalia del sito della Commissione di Milano ne sintetizza, in consonanza con la giurisprudenza e la dottrina, la funzione: consentire al singolo Notaio di accedere ad un’interpretazione finanche evolutiva delle norme di legge senza incorrere – salvo contraria,

⁷⁰ Sul ruolo delle massime notarili cfr. M. SILVA – M. ZACCARIA, *Orientamenti notarili societari*, in *Dig. civ., sez. comm., Aggiornamento*, Torino, 2015, 425; M. NOTARI, *Origine e ruolo delle «massime notarili» in materia societaria*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 362-364; M. MALTONI, *Il contributo della prassi notarile alla disciplina dell’assemblea di società*, ivi, 365 ss; G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo tra i diversi formanti*, cit., 1579-1581, 1591-1593. Sulla tipologia degli orientamenti interpretativi (innovativi e confermativi) cfr. ivi, 1583 ss.

univoca e reiterata presa di posizione giurisprudenziale – nella sanzione di cui all’art. 138-*bis* della legge notarile.

Le massime, ovviamente, come non vincolano i consociati, non vincolano l’interpretazione giurisprudenziale, ma evitano che la responsabilità del notaio per la scelta interpretativa che è chiamato a compiere nel quotidiano esercizio della funzione di controllo, resti in balia di opzioni adottate *ex post* dai Tribunali, specialmente in casi incerti. Infatti, la norma di *soft law* – e per quel che qui interessa la massima – sebbene non vincoli i destinatari⁷¹ a tenere una certa condotta, rende quest’ultima per principio lecita e consente, a chi si è uniformato, di sottrarsi alla responsabilità derivante da conseguenze lesive eventualmente prodotte a terzi in virtù di quel comportamento.

In tal senso gli orientamenti e le massime realizzano la mediazione fra esigenza (storica) di partecipazione fattiva del Notariato alla promozione dell’innovazione giuridica e dell’evoluzione del sistema, da un lato, e rispetto del principio di precauzione nell’opera del singolo notaio dall’altro, secondo la tesi in precedenza prospettata.

Al contempo, come è stato notato, «la considerazione della cultura notarile quale espressione di quel diritto vivente che sale dal basso e che si mostra fortemente e intimamente legato alla concretezza storica»⁷², spiega la crescente autorevolezza della massimazione notarile.

Anche sotto il profilo sanzionatorio, pur non derivando alcun effetto diretto, è ragionevole pensare che il consolidamento di uno più orientamenti interpretativi “massimati” da tali commissioni possa influire sulla configurabilità dei presupposti delle sanzioni disciplinari, con particolare riguardo alla «*manifesta inesistenza delle condizioni stabilite dalla legge*» di cui all’art. 138-*bis* l. not. Ciò conferisce alle massime notarili una *funzione concreta* che può essere assimilata a quella svolta dagli orientamenti dei Tribunali, di *uniformazione* del controllo omologatorio e di *conoscibilità preventiva* del presumibile comportamento (di una parte significativa) dei soggetti incaricati di tale controllo. Il che contribuisce a sua volta ad attribuire alle massime notarili una natura a metà strada tra dottrina e giurisprudenza, tra manifestazioni di opinioni individuali e direttive collegiali della categoria. Esse si affiancano così ai contributi e alle circolari di uffici studi ed enti collettivi di riconosciuta competenza, ma vi aggiungono una maggior capacità di influire sul controllo

⁷¹ Diversamente da altre regole di diritto di formazione negoziale, quali la normativa deontologica, che per i notai è vincolante ai sensi dell’art. 93-*ter* l. not.; oppure le c.d. regole tecniche previste dal Decreto delegato 25 maggio 2017, n. 90 che offre la possibilità di meglio calibrare gli obblighi antiriciclaggio alle specificità dei singoli destinatari. Gli artt. 11, comma 2; 15, comma 1 e 16, comma 2, di tale atto normativo delegano infatti alle autorità di vigilanza (per i soggetti di area bancaria e finanziaria) e agli organismi di autoregolamentazione (per i professionisti), il compito di integrare la norma primaria e adeguarla alle specificità dei destinatari degli obblighi, mediante l’elaborazione delle c.d. regole tecniche e l’indicazione di criteri e metodologie.

⁷² G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo tra i diversi formanti*, cit., 1583.

omologatorio e quindi sulla stessa prassi societaria: un profilo certamente di notevole rilevanza, ma al contempo di grande responsabilità.

9. La funzione stabilizzatrice di un processo interpretativo integrato. Provando a tirare le fila di questo lungo discorso, possiamo dire, in conclusione, che la prassi negoziale notarile, può ben definirsi “un diritto privato prodotto da privati”⁷³. Siamo di fronte così a un *law in action* che, accanto al nucleo più solido di un diritto di produzione giudiziale, si sostanzia di germinazioni diffuse a carattere spontaneo e spontaneamente osservate, di *soft law*, che prospera e si diffonde in un contesto che, rompendo il monopolio e il rigido controllo statale del diritto, riduce significativamente in nome dell’effettività⁷⁴, la centralità della legge nell’ordinamento.

Costituisce opinione sempre più condivisa che il nostro tempo sia caratterizzato da una “inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto e riscritto da soggetti diversi, legislatore, giudici, autorità indipendenti, dottrina, privati”⁷⁵. Ciò si traduce in un graduale ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai c.d. “poteri privati” che impone una rimediazione della ripartizione di competenze tra autonomia dei privati e autorità dello Stato ricevuta dalla tradizione.

Un’importante chiave di lettura del profondo cambiamento conseguente alla formalizzazione del principio di sussidiarietà contenuto nell’art. 118 comma quarto Cost. è stata individuata nelle sentenze della Corte Costituzionale 24 settembre 2003, nn. 300 e 301 che, facendo applicazione di quel principio, hanno ridefinito il rapporto tra competenza dello Stato e competenza dei privati, stabilendo che la fondamentale ripartizione di competenza tra lo Stato, nelle sue diverse articolazioni, e le organizzazioni in cui si esprimono le libertà sociali costituzionalmente garantite, si attua nel senso che a queste ultime spetta una competenza originaria e primaria in materia di beni privati. Il che induce a ritenere che vi siano almeno due forme del potere di autonomia dei privati: l’autonomia contrattuale, intesa come potere che si esprime in atti aventi forza di legge tra le parti secondo il principio generale dell’art. 1372 c.c. e che non producono effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge, ed il potere di autoregolamentazione, per indicare quello che ai sensi dell’art. 118 comma quarto Cost. esprime la competenza dei privati a regolare anche i rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale.

⁷³ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto scienza giuridica* in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, 199; ID. *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, cit., 653 ss.

⁷⁴ Nella problematizzazione del fenomeno giuridico il concetto di effettività costituisce un riferimento costante ed indispensabile, che rappresenta lo scarto fra dimensione formale e pratiche sociali, fra diritto e società. Si v. il volume di A. CATANIA, *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, II ed. Torino, 2018, che raccoglie alcuni saggi assai meditati dedicati al tema dell’effettività del diritto. Si v. anche G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, cit.

⁷⁵ A. PUNZI, *Prefazione*, in G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, cit., p. XVI.

Diviene così ineludibile la riflessione sul ruolo di regole che sono private nella fonte ma che, grazie alla pubblicità legale, acquistano una normatività generalizzata e sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi. Si pensi, a titolo di esempio ai molteplici meccanismi contrattuali, analizzati in molte decisioni delle Corti o in saggi di dottrina, che vedono un ruolo risolutivo nell'autonomia privata, come le soluzioni negoziali della crisi di impresa ed i contratti con cui si regolano i rapporti nella crisi coniugale, cioè in due settori (la famiglia ed il diritto fallimentare) fino a pochi anni addietro ascritti all'area del diritto pubblico o, al massimo, ad un'area grigia tra pubblico e privato nella quale gli spazi per il diritto dei privati erano assai ridotti se non inesistenti.

A fronte di questi complessi fenomeni, nell'area civilistica la riflessione sul principio di sussidiarietà orizzontale è stata però, sin qui, condotta con riferimento a specifici problemi. Solo da poco tempo, invece, è iniziata una riflessione sistematica volta ad indagare l'impatto dell'introduzione del principio e dei profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico ad essa sottesi, sul sistema delle fonti e sull'attuale ripartizione di competenza dei poteri pubblici e di quelli privati alla luce di una visione d'insieme del diritto dei privati⁷⁶.

Il recupero corposo è quello della complessità del fenomeno giuridico, che la modernità aveva pesantemente ridotto, non permettendo così al diritto legale e formale di mantenersi in coerenza con il divenire della esperienza. Il carattere di una realtà ordinamentale è di essere necessariamente policentrica e mobile.

È ovvio che un siffatto recupero ordinamentale consista anche in un ulteriore formidabile recupero (che è quello della storicità del diritto, troppe volte dimenticata in un passato remoto e prossimo), ma ha anche un inevitabile costo: una probabile alluvionalità caotica.

All'immagine, cara alla nostra tradizione, di un diritto connotato da astrattezza e purezza, certo e stabile nella pietrosità dei testi normativi, si è andato sostituendo, in questo nostro tempo post-moderno, un diritto incerto ed estremamente mobile, che è giocoforza qualificare — a causa del suo mescolarsi con la bassa corte dei fatti — anche “impuro”. Da taluno spregiativamente, da un giurista/storicista, con qualche sollievo.

Un problema, però, si pone fondamentale e urgente: il diritto non può abdicare alla sua funzione ordinante. Necessaria, a tale riguardo, è la consapevolezza di uno scenario giuridico, quello odierno, ben diverso dal paesaggio offerto dal tempo trascorso, perché solcato da mutamenti profondi che rendono assolutamente instabile il terreno sotto i piedi del giurista. Le mitologie giuridiche moderne, con dei modelli che l'analisi giacobina aveva elevato a valori perenni,

⁷⁶ Un interessante contributo è costituito da M. NUZZO, (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, voll. 1 e 2, Torino, 2014.

appartengono ormai al mondo di ieri: il legislatore ha dimostrato tutte le sue clamorose incapacità, e la stessa sua voce, la legge, si è dimostrata impari dinnanzi alla riscoperta complessità.

La salvaguardia della prospettiva ordinamentale è assicurata dalla comunità degli interpreti, nel senso sopra precisato⁷⁷, di struttura inter-soggettiva del momento interpretativo su cui si fonda la peculiarità epistemica dei processi di conoscenza e applicazione del diritto, i quali implicano una strutturale sinergia tra dati normativi, riflessione scientifica, concretizzazioni giurisprudenziali e prassi negoziali⁷⁸ con lo sguardo attento ai valori prevalenti nel contesto sociale di un dato momento storico.

Il pensiero riflesso nella sua proiezione giuridica, nel senso indicato da Capograssi⁷⁹, non si consuma più in valutazioni astratte, ma guarda necessariamente alla realtà del caso, entro il quale si sublimano e si consolidano nel contingente storico, interessi e valori altrimenti destinati ad una incomprensibile conflittualità. L'esperienza giuridica trova la sua unità e la sua ricchezza nel quadro di una comunità interpretativa della quale dottrina, giurisprudenza e prassi negoziale sono il perno.

È proprio all'interno di un simile contesto che i soggetti dell'esperienza giuridica (teorici, magistrati, notai, uomini d'affari o semplici cittadini) concretizzano quelle aspettative che Esser ha chiamato l'"orizzonte di attesa", un orizzonte che, per definizione, non può essere soggettivo, ma rappresenta la comprensione giuridica di interi gruppi sociali⁸⁰. Non c'è da stupirsi se, in determinati momenti o per particolari problemi, l'attesa si traduce in una pluralità di risposte, spesso fra di loro non conciliabili. L'incertezza non potrà che essere soggettiva e provvisoria⁸¹, perché inevitabilmente vi sarà un momento in cui la risposta risulterà condivisa e, in forza di tale condivisione, ritenuta conforme a diritto. Nell'ottica di una visione non individualistica ma

⁷⁷ V. *supra* nota 46.

⁷⁸ All'obiezione secondo cui in questo modo il diritto finirebbe per dipendere dalle convinzioni, quando non addirittura dagli umori dell'interprete, e la soluzione delle questioni controverse diverrebbe perciò assolutamente imprevedibile, è agevole replicare che la prevedibilità deve e può trovare altri ancoraggi. Il primo può essere reperito nell'acquisizione, da parte dell'interprete, della consapevolezza di dovere costantemente perseguire una idea-limite, quella, cioè, del bilanciamento ideale dei principi caratterizzanti l'ordinamento. Il secondo ancoraggio può invece essere identificato nell'autorità dei precedenti: siccome "rinvenuta" attraverso il ricorso a principi e clausole generali. Alla regola modellata sul fatto può essere riconosciuto un "peso specifico" tale da consentirne l'utilizzo anche a fronte di altri fatti riconducibili a quello già deciso, secondo le tecniche, tipiche del *common law*, del *distinguishing* e del *limiting*. Questo qualora la regola, come si diceva, sia stata "rinvenuta" attraverso il ricorso a principi e clausole generali. I principi e le clausole generali costituiscono infatti entità capaci di generare regole direttamente ispirate dalle specifiche caratteristiche del fatto, così che, in effetti, si può andare alla ricerca di fatti presentanti le medesime caratteristiche, e ai quali potrebbe essere conseguentemente applicata la medesima regola.

⁷⁹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano 1959, 379, dove esplicitamente si afferma, nel ribadire che solo il pensiero riflesso aiuta l'azione a fissarsi e consolidarsi sottraendola alla caducità che la vita ha in sé stessa, che, a ben vedere, la scienza del diritto (intesa, in senso lato, come forma riflessiva sull'esperienza giuridica) è "l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica"

⁸⁰ Cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it., *Precompressione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, 136.

⁸¹ V. R. SACCO, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VIII, Torino, 1992, 438.

comunitaria si incontra quel punto di saldatura che consente di vivere l'esperienza giuridica senza timore di dissoluzione nichilista perché "ogni interpretazione singola si fonda nella comprensione comune, si spiega cioè soltanto come risultato di un processo dal quale nessuna esperienza singola può totalmente liberarsi o distaccarsi"⁸².

Prassi negoziale, dottrina e giurisprudenza, nel momento in cui in dialettica tra loro si pongono in un rapporto costante con la comunità, individuano altresì il punto di saldatura tra diritto e morale, proprio perché l'interpretazione prevalente non potrà prescindere dai criteri di valore, dai profili etici comunemente riconosciuti, in un determinato momento storico, all'interno della collettività. "La legittimazione alla legalità non va spiegata a partire da una razionalità autonoma, moralmente neutra intrinseca alla forma diritto"⁸³. "Oggi il sistema dogmatico e scientifico del diritto positivo non ha più una funzione autofondante. Il problema della fondazione si ripropone come problema di comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale"⁸⁴.

Da qui due conseguenze. Innanzitutto che dal rapporto tra comunità giuridica e contesto sociale discende inevitabilmente, al di là delle tensioni e contraddizioni del nostro tempo, una funzione stabilizzatrice nel rapporto tra diritto e valori⁸⁵, con un esito tanto più significativo nelle società pluralistiche del nostro tempo dove "il diritto dello Stato non può optare per una determinata morale, ma può soltanto e deve rendere possibile la morale, rimettendone la determinazione ai processi di formazione del consenso sociale"⁸⁶.

In secondo luogo che vengono meno tutti i tradizionali paradigmi in tema di fonti del diritto proprio perché il notaio (o meglio, chiunque rifletta su di un contesto sociale nell'ottica del diritto) deve necessariamente "misurarsi con la comprensione del diritto propria di interi gruppi sociali"⁸⁷ e quindi la norma, quale precetto all'azione, non discende da una struttura di enunciati gerarchicamente ordinati, ma da una connessione tra un sistema di enunciati ed una prassi, tra

⁸² Così G. ZACCARIA, *L'ermeneutica*, in F. GENTILE (a cura di), *Diritto e decisione*, Milano, 1989, 60. Sulla struttura necessariamente plurale e intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo v. anche E. PARIOTTI, op. cit., 185.

⁸³ J. HABERMAS, *Moral und Recht*, trad. it., *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, 16.

⁸⁴ Così L. MENGONI, *La questione del diritto "giusto" nella società postliberale*, in *Fenomenologia e società*, 1988, 11.

⁸⁵ Lo evidenzia giustamente L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 99.

⁸⁶ Così ancora L. MENGONI, *La questione del diritto "giusto"*, cit., loc. cit.

⁸⁷ Così P. RESCIGNO, *Introduzione a J. ESSER, Precompressione e scelta del metodo*, cit., X.

disposizioni formalmente poste e il loro uso nel comportamento degli operatori giuridici e dei consociati⁸⁸.

Se l'esistenza di una norma si coglie in una ininterrotta prassi sociale diventa decisivo il modo in cui dottrina giurisprudenza e prassi notarile, in dialettica tra loro, riescono a fornire argomenti ragionevoli per giustificare l'applicazione⁸⁹.

Siamo passati dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile, ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni, di vicende, di esiti. Dottrina e giurisprudenza e prassi notarile non sono chiamate (ammesso che mai lo abbiano fatto) a leggere testi, confrontandosi fra di loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti, nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nella aspirazione a ricercare un punto di equilibrio⁹⁰.

La formula nella quale si ritiene debba essere condensato l'assunto teorico della postmodernità dice "il mondo non è uno, ma molti"⁹¹. La pluralità riferita al diritto, se non vuole ridursi alla passività del nichilismo o alla indifferenza di tutte le soluzioni interpretative astrattamente possibili⁹² esige un continuo confronto con la molteplicità delle situazioni, con la varietà degli interessi in conflitto, con la duttilità degli statuti normativi e con la potenziale conflittualità degli indici di valore presenti

⁸⁸ Come è noto risulta ormai scontata la dissociazione di una concezione del diritto come autorità (a cui corrisponde l'esercizio del potere e della forza) dal diritto concepito come interpretazione: cfr. M. GOLDONI, *Interpretazione vs. autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover*, in *Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 162.

⁸⁹ Il che naturalmente non vieta, ma con un significato radicalmente diverso rispetto a quello che le ha assegnato la tradizione classica, di "usare la denominazione 'fonte' per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale e che comunque provengono dal basso e non dall'alto di una trama sociale" (così U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, cit., 50).

⁹⁰ La motivazione delle sentenze ha formato oggetto di ampio dibattito. L'utilità di una motivazione per gli atti notarili è, invece, tema trascurato. Tuttavia, merita considerare se, nell'attuale sistema complesso, venuta meno la possibilità per il notaio di assicurare la certezza degli effetti perseguiti, risulti invece opportuno, se non doveroso, elaborare e palesare in atto le argomentazioni che fondano la scelta redazionale e negoziale adottata. Certamente l'argomentazione del notaio non altera il contenuto della norma, ma, una volta venuto meno un sistema di legalità fondata sulla certezza del diritto, sulla chiarezza delle disposizioni legislative, e sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, nell'emergente esigenza, della ricostruzione su nuove fondamenta dell'ordinamento giuridico, l'esercizio consapevole e argomentato della funzione notarile può svolgere un ruolo efficace e utile alla ricostruzione del sistema, attraverso un sapiente uso del discorso giuridico nella regolazione dell'atto di autonomia sottoposto al suo ministero. Sul punto v. E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 779 ss. Per il rilievo della motivazione nell'atto pubblico notarile, sia consentito rinviare a M.PALAZZO, *Il ruolo dell'argomentazione negli atti notarili*, in CONTE-DI MARZIO, *La sintesi degli atti giuridici*, Milano, 2018, 219 ss.

⁹¹ Così G. FORNERO, *Postmoderno e filosofia*, in N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, IV, 2, Torino, 1994, 396, giustamente richiamato da V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 584.

⁹² Su queste posizioni v. criticamente N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., spec. 1137 ss., richiamando le tesi di Irti e di Monateri.

all'interno di un contesto sociale, non sempre facilmente e stabilmente definibile nei suoi contorni⁹³. Prassi notarile, dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazioni storicamente comprensibili, pure nella loro inevitabile temporaneità, si sforzano di cercare un punto di equilibrio, riaffermando, nella stagione del postmoderno, la verità dell'affermazione di Capograssi. Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto.

10. Notazioni riepilogative e conclusive. La panoramica tratteggiata in queste modeste riflessioni conferma che le analisi del concreto operare dell'attività notarile sono fondamentali per la reale conoscenza del fenomeno giuridico, a fianco del prodotto dell'attività delle corti.

La prassi notarile è essenzialmente una prassi interpretativa, intendendo l'interpretazione come comprensione dei segni degli uomini, secondo l'asse Schleiermacher, Dilthey, Gadamer. Nelle materie che coinvolgono il ministero notarile non sembra smentibile che la prassi negoziale forgiata nell'officina del notaio vada collocata nella rete delle fonti del diritto contemporaneo.

Con specifico riguardo alla prassi negoziale notarile, merita di essere sottolineato, conclusivamente, che essa ha due tratti salienti. In primo luogo la corralità. La prassi notarile non scaturisce dalla creazione estemporanea o isolata del singolo notaio. Essa non rappresenta una creazione in termini assoluti e originali, tutta imputabile ai notai, ma neppure una creazione del tutto marginale. La prassi interpretativa notarile si sostanzia in un'opera incessante, talvolta ardita, altre volte modesta, di "rimodellamento del diritto" dando luogo a una tecnica di evoluzione graduale dell'ordinamento giuridico che avviene soavemente, di atto in atto, senza ribaltamenti o svolte dirimpenti, garantendo la continuità del sistema, ma anche la sua evoluzione e il passaggio dal vecchio al nuovo senza traumi. Si tratta dunque del prodotto di uno sforzo collettivo di un'intera categoria professionale⁹⁴, in sinergia con l'accademia e il pensiero giurisprudenziale, dando luogo ad una contemporanea *communis opinio*. Questa *soft law* di fonte notarile acquista inoltre spesso una normatività generalizzata attraverso l'opponibilità ai terzi che l'atto pubblico notarile assicura

⁹³ V. anche A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 367 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, I, 409 ss.; nonché gli scritti di E. RESTA, U. MATTEI, A. Di ROBILANT, P.G. MONATERI, raccolti sotto il titolo *"Il postmoderno nel diritto"*, ivi, 2001, 79 ss.

⁹⁴ Sulla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene l'interprete come fattore di controllo della condizione esistenziale in cui lo stesso opera cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 39: "nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedente, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il significato in ordine alla regolamentazione dei conflitti di interesse da decidere".

mediante il meccanismo della pubblicità legale (registri immobiliari, registri delle imprese, registri della proprietà industriale).

Un secondo carattere della prassi notarile è la socialità. Si tratta infatti, come si diceva poco sopra, di un diritto che nasce in basso e dal basso. E' questo un pregio ulteriore della prassi notarile, che merita di essere evidenziato in una fase storica in cui la riflessione dei giuristi acquista sempre maggiore consapevolezza di un radicale mutamento di prospettiva nell'apprezzamento del fenomeno giuridico: non più un diritto che nasce dall'alto, nella rarefatta atmosfera di palazzi dove si fa sintesi di conflitti sociali, un'aula parlamentare, una camera di consiglio (peraltro nell'ottica valutativa di chi gestisce precariamente il potere) ma semmai in basso e dal basso dei luoghi in cui questi conflitti si consumano e trovano composizione in difficili mediazioni socio – economiche. Per dirla con Lipari, siamo passati da un diritto fondato sugli atti di posizione a un diritto fondato sugli atti di riconoscimento⁹⁵.

La prassi notarile ha dunque questa ulteriore valenza positiva: è un diritto creato, attraverso la mediazione del notaio, dai destinatari stessi delle regole, i contraenti, che dunque saranno più facilmente portati ad osservarlo spontaneamente.

Fonti legate alla prassi (come gli usi o la stessa prassi negoziale notarile) o strettamente collegate alle puntualizzazioni di giudici e dottori (come i principi) sembrano congeniali all'attuale fase storica in perenne evoluzione in grazia della loro indeterminatezza e, per ciò stesso, disponibilità ad assorbire il nuovo dell'esperienza pos-moderna. Un ruolo si ingigantisce oltremodo, quello degli interpreti⁹⁶. Se la legge va soltanto ubbidita, usi e principi vanno invece interpretati; ed è proprio qui che sta la valenza di operatori pratici culturalmente attrezzati : a loro spetta l'adeguamento delle forme giuridiche ai fatti nuovi. Nessuna giustizia può essere infatti garantita al di fuori di una concezione del diritto come «tecnica» nel senso antico, vale a dire come fusione tra un sapere e un fare.

Il diritto ritrova così nella prassi e nella circolazione dei diversi modelli e dei diversi principi il suo motore propulsivo e nell'interpretazione/applicazione lo strumento operativo di una concretizzazione giuridica che incessantemente positivizza la vita delle regole e ri-attribuisce al giurista un ruolo da protagonista nella produzione del diritto. Il diritto si muove nell'orizzonte ermeneutico: la parola giuridica è parola essenzialmente ermeneutica, poiché l'interpretazione costituisce la realtà profonda della giuridicità, nonché il mezzo stesso del suo operare.

⁹⁵ Cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 32; ID., *Le categorie del diritto civile*, cit., 7.

⁹⁶ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 75, 114; ID., *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, cit., 337.

In questa prospettiva, recuperata la consapevolezza del rinnovato coinvolgimento dell'interprete nella produzione del diritto, il messaggio da lanciare al notaio-giurista del ventunesimo secolo é quello di impadronirsi di un sapere che non si arresti alla dimensione logico-sistematica, ma che affondi nel terreno fertile della teoria generale del diritto e del ripensamento delle sintesi valutative cristallizzate nelle categorie classiche del sistema di diritto privato⁹⁷.

⁹⁷ Nella direzione di una maggiore diffusione di una cultura giuridica "alta" tra i notai è opportunamente orientato il progetto coltivato dal Consiglio nazionale del notariato della istituzione di una Scuola nazionale di notariato, anche nell'ottica di un rinnovamento della formazione permanente e dei criteri di aggiornamento professionale della categoria. Troppi di noi ritengono che scienza giuridica e tecnica siano due cose distinte e che basti quest'ultima ad esercitare la funzione notarile in sintonia con le esigenze del nostro tempo. Come notava molti anni addietro Francesco CARNELUTTI, *La figura giuridica del Notaro*, cit., 922: "Siamo certi che i notari in Italia, o molti di loro, non siano i primi ad ignorare se stessi, cioè la dignità e la difficoltà del loro ufficio?"