

PROGETTO SCIENTIFICO

La Fondazione Italiana del Notariato, attraverso le proprie attività di ricerca e formazione, si propone di realizzare nel prossimo futuro due principali operazioni culturali:

- ✓ il ripensamento dello *status* professionale del Notaio contemporaneo;
- ✓ il ripensamento del contributo della prassi notarile alla creazione del diritto vivente.

Per meglio chiarire il senso di queste due operazioni culturali occorre aggiungere alcune considerazioni.

Riguardo alla prima si tratta di avviare una riflessione storico/critica/comparativa sull'attuale ruolo e stato professionale del giurista e in particolare del Notaio. L'obiettivo, strumentalmente più modesto ma metodologicamente più corretto, sarebbe di sollecitare il Notaio - di cui è denunciata la propensione a fissare il proprio oggetto conoscitivo nel presente, quasi fosse la migliore delle dimensioni giuridiche o addirittura l'unica - a pensare al diritto ed al risultato della propria attività professionale storicamente e pertanto a relativizzarlo, impiegando proprio il metodo storico/comparatistico. Con la precisazione che relativizzare non significa immiserire o svalutare, ma solo inserire le figure giuridiche in un tessuto relazionale e pertanto collocarle sullo sfondo di orizzonti più vasti che ne risaltano le peculiarità, situandole nel contesto storico che ha contribuito a generarle e forgiarle.

La seconda operazione culturale potrebbe consistere nel guardare attraverso l'apparato legislativo perseguendo un'altra salutare relativizzazione, consistente nel porre legge e legislatore in relazione dialettica con gli apporti (palesi, sepolti o rifiutati) di dottrina, giurisprudenza e prassi notarile, portando allo scoperto le scelte "politiche" di selezione

tra vari interessi particolari e svelando le virtù ed i limiti rispettivi. Ciò potrebbe giovare all'acquisizione della piena consapevolezza non solo dell'attuale policentrismo normativo, ma pure del ruolo della prassi notarile nel sistema delle fonti del diritto.

Queste due operazioni culturali se realizzate, o anche solo avviate, potrebbero favorire tre grossi recuperi:

- ✓ un ripensamento del ruolo del Notaio non quale esecutore del comando legislativo, bensì nella veste di partecipe a pieno titolo, in sinergia con la giurisprudenza, del ruolo di artefice del diritto vivente, attraverso la propria ordinata prassi negoziale;
- ✓ una visione del diritto più adeguata al tempo presente, non più quale somma di prescrizioni, bensì come complesso di regole socialmente condivise che nascono dal basso ed in basso, secondo l'insegnamento della scienza giuridica contemporanea più colta e sensibile;
- ✓ il recupero del Notariato - che sembra subire una deriva che lo relega ad un ruolo socialmente e culturalmente marginale - dalla periferia al centro del dibattito politico culturale, in un fecondo dialogo con l'Accademia, le altre professioni giuridiche e non, le istituzioni.

Tale impostazione sarà declinata in uno o più progetti particolari sui temi ritenuti più adeguati, tra cui: proprietà edilizia, diritto dell'impresa, enti del libro primo, Notariato e Costituzione, identità e patrimonio digitale.

Considerazioni

Conviene muovere da un sintetico tratteggio delle profonde trasformazioni che hanno inciso sull'ordinamento giuridico durante quel "secolo lungo" che è per il giurista il Novecento ed interrogarsi sull'interazione tra cultura giuridica accademica e professione notarile in questo periodo, ricercando i frutti prodotti.

Come è noto, il Notariato italiano ha risentito del clima culturale generale e non è rimasto estraneo ai grandi mutamenti sociali e culturali del Novecento, ma al contrario ha contribuito in maniera essenziale all'unificazione del diritto dopo il 1861 e all'attuazione del codice.

Tuttavia, nella fase *post* unitaria il Notariato non ha vissuto una stagione felicissima, essendosi trovato rispetto alle altre professioni legali, in particolare Magistratura e Avvocatura, in una posizione di sudditanza non solo psicologica, ma anche professionale, a causa della modesta preparazione giuridica allora richiesta.

Mentre le altre categorie avevano una rappresentanza nelle istituzioni politiche e partecipavano quindi alla formazione legislativa, in Senato non vi era alcun Notaio e pochissimi erano alla Camera. Non suscita, quindi, meraviglia scoprire che nella discussione parlamentare sulla legge del 1875, cui il Notariato non aveva praticamente partecipato, il Guardasigilli affermava che la formazione dell'atto non compete al Notaio, ma ad Avvocati e Consulenti, mentre i Notai sarebbero chiamati solo a ricevere passivamente l'atto e a dargli forma legale.

A ciò si aggiungano i conflitti interni alla categoria, quelli tra Notai rurali e cittadini, i problemi del recapito, della fissazione della residenza, della concorrenza sleale, della domiciliazione dei Notai presso le sedi degli Avvocati più influenti in città, quindi in funzione subalterna.

Ogni compito progettuale viene allontanato. In questa fase, tra fine Ottocento e primi Novecento, la funzione del Notaio si risolve nel compilare l'atto con ordine, chiarezza e precisione.

Del resto anche l'impostazione codicistica è costruita muovendo dall'angolo visuale della funzione certificativa: il notaio è collocato nel quadro della disciplina sulla prova documentale (art. 1315 del c.c. 1865; art. 2699 c.c.). La funzione notarile è configurata

in funzione della costruzione di documenti rappresentativi - con efficacia probatoria privilegiata - di manifestazioni dell'autonomia privata. Il Notaio è un documentatore, un formatore di documenti. La stessa attività di ricevimento è vissuta come operazione meramente passiva.

La scelta culturale del Notariato italiano inizia, tuttavia, proprio in questo periodo ed evidentemente senza un coinvolgimento politico non poteva aver successo. Basterà ricordare che la legge organica del febbraio 1913, emanata all'esito di un processo lungo e accidentato (che può farsi risalire nella sua genesi all'indomani dell'emanazione del T.U. del 1879), è dovuta per larga parte ad un gruppo di Notai (tra i quali Giuseppe Micheli, poi Ministro del lavoro e dell'agricoltura) che rappresentava le nuove forze cattoliche con cui Giolitti voleva entrare in rapporto.

La legge del 1913 impone l'obbligo di una formazione universitaria piena. Nel 1926, durante il Fascismo, si registra un secondo snodo decisivo: la previsione di un concorso nazionale per esami e a numero chiuso, che diminuisce notevolmente il numero dei Notai e quindi eleva il livello professionale, facendo propria la richiesta di una crescita.

La progressiva costruzione dell'identità professionale e culturale del Notaio avviene, tuttavia, lentamente e in maniera difficoltosa: scienza accademica e Notariato seguono un percorso parallelo. La prima è dominata, come è noto, dalla pesante ipoteca esegetico - pandettistica. Il secondo resta legato al ruolo del certificatore. Questa situazione perdura finché continua a prevalere nella cultura giuridica ufficiale l'idea del diritto come un insieme di comandi, piuttosto che quale ordinamento della società civile.

Un ulteriore segmento della traiettoria si colloca dopo il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica e l'entrata in vigore della Costituzione e coincide con l'istituzione del Consiglio Nazionale del Notariato (legge 3 agosto 1949 n. 577).

Con l'industrializzazione del Paese, il miracolo economico, l'aumento dei trasferimenti immobiliari, l'articolazione dei rapporti economici, diviene più complessa anche la prestazione richiesta al Notaio in materia contrattuale, familiare, societaria.

Non è casuale, d'altra parte, che in questa fase prenda vita la Rivista del Notariato, appunto nel 1947 e che essa si apra con una rubrica espressamente dedicata a "dottrina e problemi del Notariato", laddove sono ospitati i più rilevanti contributi di giuristi accademici in materia. Come non stupisce che il comitato di direzione della rivista ospiti fin dall'inizio tra i suoi membri maestri, tra i quali: Antonio Cicu, Virgilio Andrioli, Guido Zanobini, Gino Gorla. Nel 1951 la Rivista del Notariato ospitò il celebre intervento carneluttiano, originariamente pronunciato al congresso notarile di Madrid nel 1950, nel quale si denunciava la colpevole noncuranza della scienza giuridica nei riguardi della figura del Notaio, coniugandola all'istanza di elevazione della preparazione professionale quale premessa dell'innalzamento della qualità della prestazione professionale.

Il Notariato italiano dimostra di essere entrato a pieno nell'aria che respira la cultura giuridica più avanzata a partire dai decenni successivi al Secondo dopoguerra, mettendo a frutto le conoscenze tecniche che il codice civile del 1942 e la Costituzione avevano reso imprescindibili. Come emerge anche da importanti contributi di autorevoli studiosi (Carnelutti negli anni Cinquanta; Salvatore Romano nel 1962; Tondo nel 1966; Lipari nel 1977; Nigro nel 1979; Busnelli nel 1991) il Notariato raccoglie i frutti di una semina più risalente, iniziata alcuni decenni prima, e partecipa all'elaborazione delle riforme che si sono succedute, rendendole immediatamente operative attraverso la funzione di adeguamento, con la piena consapevolezza che l'applicazione della disposizione costituisce, al pari della comprensione e della spiegazione, un aspetto costitutivo dell'ermeneutica giuridica, intesa come processo unitario, secondo l'insegnamento di Gadamer, Esser, Mengoni.

Conviene tornare sul percorso parallelo tra scienza e Notariato, per osservare che il filosofo Gadamer e il giurista Esser, quando guardano all'interpretazione giuridica per superare le angustie del formalismo positivistico, pensano non solo a quella accademica, ma anche all'attività dei pratici; in quest'ottica la c.d. funzione di adeguamento, così incorniciata dalla classica formula di D'Orazi Flavoni, costituisce un momento centrale dell'attività ermeneutica.

In generale deve rilevarsi che l'applicazione delle regole giuridiche è opera sempre in qualche misura creativa, poiché diretta ad individuare l'effettiva valenza concreta della disposizione da applicare; il Notaio, chiamato a darvi seguito, è anche il primo interprete. Inoltre nella redazione di una clausola, o di un intero regolamento contrattuale, si crea un secondo momento di tensione tra pratico attuarsi del fenomeno giuridico (*factum*) e regola che aspiri a disciplinarlo (*ius*), in ragione della complessità del reale e della conseguente difficoltà di cristallizzarla all'interno di un patto. Con una precisazione ulteriore: la prassi negoziale di matrice notarile diviene una fonte di diritto, di indole consuetudinaria, espressione diretta della volontà dei destinatari. La prassi negoziale notarile ha, quindi, il pregio di essere un diritto "sentito" e non "imposto", creatrice di modelli che vanno a collocarsi in uno spazio vuoto del diritto legislativo, istituti che il legislatore è stato incapace di progettare, ma che può recepire - con una disposizione legislativa - in una fase successiva, dopo il vaglio giurisprudenziale.

Pur nella consapevolezza che una teoria della prassi è, evidentemente, teoria e non prassi, non pare inutile individuare alcuni snodi significativi del valore ordinante dell'intervento notarile. Con il passaggio dalla fase "industriale" a quella "post - industriale" e il conseguente affermarsi - a partire dall'ultimo quarto di secolo - di esigenze e bisogni nuovi, in parte indotti dall'impetuoso esplodere "della complessità sociale", matura la consapevolezza della "profonda essenza giurisdizionale della funzione del Notaio": non tanto per sottolineare la tradizionale terzietà del suo intervento, quanto per valorizzare l'importanza di una mediazione tra fatto e diritto che - analogamente a quella del giudice - è orientata a fornire un'adeguata costruzione giuridica alla richiesta delle parti.

Dal secondo dopoguerra ad oggi l'operosità intellettuale dei Notai si manifesta in una molteplicità e varietà di forme di cui è difficile compiere una rassegna, sia pure approssimativa. Una prima forma di partecipazione del Notariato alla costruzione del diritto vivente consiste nel contributo espansivo all'elaborazione delle regole. Un puntuale riscontro di questa valenza della prassi, in seno all'itinerario normativo, la si riscontra proprio nel momento applicativo delle riforme del secondo Novecento: tra le

tante, la riforma fiscale (1973), quella del diritto di famiglia (1975), la legislazione sul condono edilizio, la riforma dell'omologazione (l. n. 340 del 2000) - poi confermata dalla c.d. Riforma Vietti del diritto societario (in vigore dal primo gennaio 2004) - , le disposizioni a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D.Lgs. 20 giugno 2005 n. 122).

Si pensi, inoltre, al contributo notarile in materia di pubblicità immobiliare ed al ruolo svolto dalla categoria nel promuovere il passaggio dalla tipicità degli atti a quella degli effetti, con il conseguente allargamento delle fattispecie soggette a trascrizione, sempre tipiche, ma non più rigorosamente tassative. Esempio è la vicenda degli acquisti immobiliari delle formazioni prive di personalità giuridica, ammessi alla pubblicità a seguito del tenace contributo della categoria notarile sfociato nella legge 27 febbraio 1985 n. 54; ancora, la trascrizione dei contratti preliminari (legge 28 febbraio 1997, n. 30, che ha introdotto l'art. 2645 bis c.c.). Analogamente è a dirsi per la trascrizione dei negozi di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e per vincoli urbanistici (art. 2645 quater c.c.).

Grazie anche ad un imponente sostegno scientifico messo in campo dagli organi di categoria (anche attraverso le diverse commissioni di studi, che rappresentano un *unicum* nel panorama nazionale) in collaborazione con l'Accademia, nell'ultimo quarto di secolo negli studi notarili nasce una prassi interpretativa del nuovo diritto che attesta uno *status* professionale pienamente in linea con la cultura giuridica più sensibile, in grado di incidere a fondo sul diritto vivente.

Specularmente la *interpretatio* notarile ha contribuito al ridimensionamento di molti limiti all'autonomia privata: si pensi al divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), eroso attraverso l'elaborazione dei c.d. Istituti alternativi al testamento (quali le clausole di successione in materia societaria, il *family buy out*, ed altri). La prassi notarile ha creato diritto vivente anche attraverso il ripensamento di figure elaborate dalla prassi (la condizione di adempimento, il mutuo dissenso nei contratti con effetto reale) o divenute obsolete (la permuta di cosa presente con cosa futura; la superficie ripensata nel c.d. condominio precostituito), sulla base delle esigenze che le fattispecie concrete pongono.

Nella seconda metà del Novecento l'attività notarile si confronta con la vasta categoria dei contratti innominati o atipici: ne emerge una prassi che forza le maglie del sistema e ne anticipa gli sviluppi. Molti istituti nuovi trovano nella prassi notarile il primo conio e le prime applicazioni.

Si segnalano apporti di rilievo anche nell'ambito della proprietà edilizia, dove - tra l'altro - si recepisce l'esigenza, segnalata dalla scienza giuridica, di statuti differenziati per taluni beni e la necessità di regole differenziate per disciplina. Nascono in questa fase versatili arnesi privatistici, quali i regolamenti contrattuali di condominio, i diritti di uso esclusivo nell'ambito condominiale, le servitù reciproche.

A partire dagli anni Ottanta del Novecento negli studi notarili nascono le cessioni di cubatura, frutto ancora acerbo di un'esperienza destinata a crescere con il tempo anche grazie all'apporto della giurisprudenza; si tratta di strumenti tecnici scaturiti da una collaborazione tra privato e Pubblica Amministrazione che matura più tardi sotto forma di accordi e convenzioni. Quell'esperienza non è ancora conclusa, sebbene con il D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con Legge 12 luglio 2011 n. 106, sia stato consumato un timido tentativo di riduzione ad unità della figura nota nella prassi notarile come "cessione di cubatura", prevedendo altresì l'obbligo di trascrizione (art. 2643 n. 2 bis c.c.) dei contratti aventi ad oggetto "diritti edificatori comunque denominati". Sempre nei tempi recenti si segnalano ulteriori vicende degne di nota: il mutuo dissenso rispetto ai contratti a effetti reali, i patti di convivenza, i *trusts*, il c.d. testamento biologico. Nel diritto commerciale l'apporto della prassi è 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 rappresentano la spina dorsale della nostra economia) alcune clausole che, 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 gradimento, di co-vendita (*tag along*), di trascinarsi (*drag along*). Con riferimento alla *interpretatio* notarile 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 matrice extralegale.

Si tratta di prassi applicative rivestite di attitudine a svolgere un ruolo ordinante assai più incisivo di una semplice guida offerta ai singoli notai. Essi non rappresentano atti isolati, *legal opinion* di un singolo studioso sia pure autorevole, ma regole che, impegnando appunto la riflessione collettiva di una comunità di esperti, titolari 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 contemporaneo. Questi orientamenti hanno garantito applicazioni uniformi del regime vigente, consentendo al Notaio di fronteggiare richieste di clienti troppo "esigenti" e mettendo le parti al riparo da interpretazioni soggettive o difensive del singolo professionista.

Volgendo uno sguardo alla seconda metà del secolo scorso non è difficile accorgersi del contributo fornito dall'operosità intellettuale notarile non solo nell'invenzione di soluzioni, ma anche nel favorire l'instaurarsi di prassi interpretative ordinanti e tramandabili che hanno consentito di transitare dal vecchio al nuovo senza traumi ed evitando di pregiudicare la coerenza complessiva del sistema.

Il Notaio contemporaneo trova, quindi, il *quid proprium* della sua attività nella partecipazione alla costruzione del diritto vivente, che oggi appare solo in minima parte lasciato alle norme di fonte legale. Accanto alla prassi amministrativa, alla giurisprudenza delle corti, la prassi notarile è creatrice di diritto e rappresenta un modello non conclamato e appariscente, ma evoluto e idoneo a incidere in profondità sulla sistemazione del diritto vivente.

In questa prospettiva, recuperata la consapevolezza del rinnovato coinvolgimento del giurista nella produzione del diritto, credo che il messaggio da lanciare al Notaio/giurista del ventunesimo secolo sia quello di impadronirsi di un sapere che non si arresti alla dimensione logico - sistematica, ma che affondi nel terreno fertile del

ripensamento delle categorie classiche, in sintonia con le esigenze proprie del nostro tempo.

Del resto l'apertura verso il pluralismo delle fonti è manifestata sia dall'Unione Europea, sia dalla globalizzazione giuridica. Invero il diritto della prima è frutto non solo delle istituzioni legislative, ma soprattutto di giudici (Corte di Luxemburg e Strasburgo) e di studiosi (*Principles of european contract law; common frame of reference*). A propria volta la seconda, in sostanza, registra la dinamica per cui "privati" diventano produttori di diritto oltre e talora contro gli ordinamenti nazionali, creando nuove figure contrattuali che tendono all'autosufficienza e alla fruizione di rimedi non statuali (arbitrato, mediazione).