

NUMERO 1 - 2019

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO

**ESTRATTO:**

GIUSEPPE BENEDETTI

Il Notaio: l'artista del contratto

## Il Notaio: l'artista del contratto \*

---

L'Autore, nello scorgere una linea compositiva unitaria negli scritti raccolti nel volume *La funzione del notaio al tempo di internet*, spiega riflessioni sulla struttura della professione notarile alla luce dei compiti che il postmoderno le assegna. La funzione formativa del notaio, lungi dall'esser novità, suppone e richiede abilità professionale e sensibilità giuridica educata, ma non può spingersi sino a chiedergli di dover motivare ragione e struttura dello schema contrattuale utilizzato. Ciò consente, allora, di allontanare la formula equivoca del 'notaio come magistrato del contratto', preferendole quella di 'notaio come artista del contratto'.

009

*The author identifies a Leitmotiv in the papers collected in the volume titled La funzione del notaio al tempo di internet and thinks about the structure of the profession of notary in light of the new tasks required by the postmodern era. The formative function of the notary – far from being something new – supposes and requires a professional skill and an educated legal awareness, but the notary cannot be asked to motivate reason and structure of the adopted contractual scheme. That makes it possible to step back from the formula 'notary as judge of the contract' and give preference to the formula 'notary as artist of the contract'*

---

\* Il presente contributo non è stato sottoposto a procedura di valutazione scientifica.

Qual è la struttura compositiva del libro? La risposta si trova subito ove si dice d'una raccolta di saggi, scritti, articoli. Ma questa indicazione non è di per sé sufficiente, è necessario dire di più. Tradizionalmente questo tipo di testi, spesso intitolati *scritti minori*, mette assieme i temi più disparati, a testimonianza di una lunga ricerca. Il libro sul quale vogliamo riflettere è tutt'altro. È sì una raccolta di scritti, ma sistematicamente snodati secondo una linea compositiva *unitaria*, tanto da apparire capitoli di un'unica monografia. Tale precisazione propone la domanda: qual è l'oggetto di questa "monografia" nella sua unitarietà?

Il titolo del libro riassume in modo felice e suggestivo contenuto e svolgimento del pensiero, *la funzione del notaio al tempo di internet*.

La *funzione* del notaio non è indagata in modo puramente teoretico e astratto, metastorico, ma è calata immediatamente nella contemporaneità. La connessione della funzione col *tempo* fa intendere come essa vada considerata situazione storicamente condizionata. *Internet* è una sineddoche: indica la parte per il tutto, costituito dalla nostra età dominata dalla tecnica e dalla tecnologia.

---

010

Si apre così l'indagine sulla cultura del nostro tempo come ineludibile contesto necessario a dare forma rigorosa alla struttura della professione notarile, misurata sulle funzioni oggi arricchite dai compiti che il postmoderno, nella sua complessità, le assegna.

Caratterizzare il postmoderno in breve tratto non è facile. Se quel *post* ha avuto fortuna a indicare la svolta novecentesca, trova invece difficoltà a darne una rappresentazione unitaria: s'è parlato di un pulviscolo di dottrine talvolta contrapposte e anche incompatibili. Significativa la *Nietzsche renaissance*: l'annuncio della morte di Dio <sup>1</sup> esprime la frantumazione di ogni certezza. L'altro aforisma, *non fatti ma interpretazioni* <sup>2</sup>, si apre ad un soggettivismo incontrollabile.

In tale orizzonte il diritto viene degradato a violenza originaria <sup>3</sup>.

Questa punta negativa del pensiero postmoderno non può essere seguita dal giurista perché rappresenta la negazione della funzione ordinante del

---

<sup>1</sup> F. NIETZSCHE, *La Gaia Scienza e Idilli di Messina*, Milano, 1977, af.125.

<sup>2</sup> G. VATTIMO, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Torino, 2003.

<sup>3</sup> G. VATTIMO, *Nichilismo ed emancipazione*, cit.; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004.

diritto al quale più si addicono le dottrine che, negato il fondamentalismo radicale della fine della storia, cercano di cogliere l'aspetto fertile del mutamento, come insegna la recente storiografia dettata da Paolo Grossi con *il ritorno al diritto*<sup>4</sup>.

Anche nell'area del pensiero filosofico, l'ermeneutica gadameriana si conclude con il concetto della *phronesis*<sup>5</sup>, che è saggezza prudente. Il diritto si muove nell'orizzonte ermeneutico: la parola giuridica è parola essenzialmente ermeneutica.

L'ampliato orizzonte nella prospettiva della complessità<sup>6</sup> e la maggiore libertà dell'interprete, pratico e teorico, consentono una più ampia libertà di movimento all'ascolto della domanda sociale che, in questa età della transizione, richiede tutele effettive dei diritti e delle aspettative emergenti. Mutato il mondo è mutato anche il modo di scrutarlo. Il sorpasso della chiusura della fattispecie<sup>7</sup> spinge l'interprete a cercare tutele effettive delle attese sociali, ampliando lo sguardo ai valori e ai principi da rinvenire criticamente nella complessità delle fonti, dalla Costituzione al diritto europeo, e di più dalle regole che si auto-manifestano nella effettività della fucina sociale, immettendo sangue nella struttura del diritto inteso come ordinamento<sup>8</sup>. L'interprete entra da protagonista nel circolo ermeneutico, nel quale egli stesso, oltre l'oggetto, è storicamente condizionato.

Il mondo corre: un'economia sempre più inventiva in un mercato che si autoregola, un fermento sociale che trova nuove figure giuridiche più idonee a dare forma adeguata agli interessi che la contemporaneità prospetta: in questo scenario come si colloca l'interprete del diritto?

Nel laboratorio postmoderno del diritto la fatica non è solo quella del giudice, è anche quella degli altri operatori, di qui la domanda fondamentale del libro: in questa fabbrica di diritto entra anche il notaio?

La risposta positiva è più che evidente, ma il discorso sostanziale si avvolge

---

<sup>4</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015.

<sup>5</sup> H.G. GADAMER, *Verità e Metodo*, Milano, 1983.

<sup>6</sup> E. MORIN, *Oltre l'abisso*, Roma, 2016.

<sup>7</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2015.

<sup>8</sup> Da ultimo, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017.

intorno al *come*. È necessario fermarci sul punto perché esso mi sembra debba costituire il senso finale del libro.

Innanzitutto bisogna oscurare nelle nebbie del passato la impallidita figura del notaio mero ripetitore di un formulario tramandato. Il notaio non si limita a redigere l'atto del privato che, secondo il principio di autonomia, detta regola ai propri interessi, egli fa di più, *elabora*, nella fatica della sua funzione, lo schema giuridico che meglio riesca a soddisfare gli interessi in gioco.

Filippo Vassalli pur avendo scritto più di due terzi del codice ha insegnato la *extrastatalità del diritto civile*, riconoscendo nell'interprete la figura non di mero ripetitore di formule tralatizie ma quella attiva di *conditor iuris*. Il tempo gli ha dato ragione: basti pensare allo spicco che ha acquistato la giurisprudenza con le sue decisioni sostenute dal canone ermeneutico dell'interpretazione storica in *funzione evolutiva* e, ora, dall'indirizzo rimediabile.

In questo scenario, solo accennato, si pongono le funzioni del notaio operatore significativo che entra decisamente da protagonista nel circolo ermeneutico *inventando* lo schema giuridico che meglio regoli l'assetto di interessi del privato. Ma qual è l'*ampiezza* della funzione che la postmodernità attende da lui?

Prima di rispondere compiutamente si impone una precisazione di ordine storico.

Non si deve pensare, dopo quanto s'è detto, che solo oggi il notaio abbia esercitato questa funzione formativa. Un esempio, più d'ogni dimostrazione teorica astrattizzante, servirà a dimostrarlo. Il punto che intendo richiamare è l'*efficacia reale* del contratto, snodo essenziale nella nostra cultura giuridica della sua configurazione. Per millenni, dal diritto romano in poi, il contratto è stato solo *fonte di obbligazioni*; con il Codice Napoleone del 1804 le cose cambiano, il contratto non ha sola efficacia obbligatoria ma anche reale. La dottrina francese <sup>9</sup> sul *Code* rileva che l'invenzione non fu del legislatore, il quale si limitò a introdurla nel testo legislativo pure con poca chiarezza concettuale; l'invenzione fu dei notai. I quali, pren-

---

<sup>9</sup> V. MARCADÉ, *Éléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du code civil*, Paris, 1947.

dendo una scorciatoia, realizzarono sostanzialmente l'efficacia reale attraverso il meccanismo della *traditio per cartam*, che dava atto dell'effettivo trasferimento del possesso: ciò permise all'acquirente di uscire dallo studio notarile appagato come già proprietario.

Si può dunque concludere che l'attività inventiva del notaio ci sia sempre stata; ma che c'è di nuovo? Oggi essa è esplosa in modo intenso e fragoroso nel contesto della svolta postmoderna.

Così si giunge al punto finale del libro, nel quale l'Autore avanza una costruzione teorica: il notaio che confeziona l'atto di autonomia privata potrà operare oltre la previsione legale tipica, ma dovrà *motivare* ragione e struttura dello schema utilizzato <sup>10</sup>.

Se sui tanti passaggi del discorso mi sento di consentire convintamente, su quest'ultimo punto scorgo ferme perplessità, soprattutto ove viene riconosciuta rilevanza giuridica a tale motivazione, così avvicinata addirittura a quella dettata dalla sentenza del giudice, definendo il notaio addirittura *magistrato del contratto*. Forse un po' troppo, ma vediamo perché.

Il giudice emette un giudizio controllabile e surrogabile, il notaio invece configura un atto che rimane, anche se da lui redatto, *atto di volontà*, come si diceva, meglio atto di privata autonomia con cui si dettano assetti di interessi che fanno capo ai privati e in quanto tali non bisognevoli ma che, anzi, rifiutano il concetto di motivazione.

La costruzione del notaio certamente sottintende un ragionamento tecnico, ma tutto ciò, ed è questo il punto, entra nella *struttura* del contratto che è comando, come la motivazione entra quale momento essenziale nella decisione della sentenza?

Sembrerebbe proprio di no, in ordine alla struttura della sentenza la legge è chiara: l'art. 384, comma 4 del codice di procedura civile è puntuale ove detta che se il dispositivo è giusto ma la motivazione errata, essa *deve comunque* essere corretta. La struttura giuridica della sentenza è composta quindi da due momenti coessenziali, motivazioni e dispositivo, uniti in una struttura la cui natura è proprio quella del giudizio. L'atto di auto-

---

<sup>10</sup> M. PALAZZO, *La motivazione dell'atto notarile*, in *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017.

mia privata, ancorché sia il notaio ad inventare lo schema, rimane un assetto dettato dagli stessi titolari in ordine ai propri interessi.

Il privato nel dettare a suo modo un regolamento in ordine ai beni della vita non deve motivare nulla, deve solo disporre. Ciò che sta prima dell'autoregolamento rimane nell'irrilevanza dei motivi, proprio perciò non si può neanche definire prestruttura dell'autonomia privata: se visibile potrà al più assumere puro rilievo ermeneutico. I vizi del contratto sono i vizi della volontà, i vizi della sentenza sono tutt'altro.

La confezione di uno schema contrattuale elaborata dal notaio certamente suppone e richiede abilità professionale e sensibilità giuridica educata, oggi più di ieri. Egli deve essere maggiormente agguerrito tecnicamente e assumere un atteggiamento di apertura al nuovo per ricercare schemi negoziali che stabiliscano al meglio l'assetto di interessi diviso dalle parti, ma nulla più: la sua "*fatica del concetto*", fondamentale ai fini dell'adeguatezza dello schema utilizzato, rimane nascosta. Il notaio è tenuto ad un atto di umiltà, d'altro lato l'esigenza di una motivazione non finirebbe col complicare al posto che semplificare, dando luogo ad impugnative di nuovo conio?

---

014

---

La norma fondamentale in ordine all'autonomia privata c'è già, è il secondo comma dell'art. 1322 c.c., esemplarmente formulato e assunto a principio generale dall'ordinamento privato. Non abbisogna d'altro. Nel primo comma dello stesso articolo il legislatore, nel disciplinare l'autonomia contrattuale, inserisce un avverbio di notevole rilievo, "*liberamente*": la libertà che è fondamento dell'*autonomia privata*<sup>11</sup>.

Il punto, a mio sommo avviso, va attentamente meditato e discusso.

Ma il rilievo critico articolato nulla toglie al contributo apportato dal libro che, nella dialettica scientifica, può orientare l'operatore di diritto al tempo del disorientamento.

Perciò vorrei chiudere allontanando la formula un po' equivoca del notaio magistrato del contratto, per avanzare quella di artista del contratto.

---

<sup>11</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943.