

Funzione notarile

Prospettive della funzione notarile e progetti della Fondazione del Notariato

di Massimo Palazzo (*)

La legge notarile del 1913, sulla scorta dell'art. 1 della legge francese del 25 Ventoso e del T.U. 4900 del 1879, individua nel notaio l'organo fondamentale per la cura e la documentazione dell'autonomia negoziale. In coerenza, con tale impostazione, propria dello statalismo e legalismo della modernità giuridica, il codice civile del 1942 colloca l'atto notarile nel quadro della normativa sulla prova documentale: il notaio è un formatore di documenti (artt. 2375, 2699 e ss., art. 2657 c.c.).

Nell'esperienza giuridica contemporanea si moltiplicano riflessioni e dibattiti sulla fine del diritto (P. Rossi), sul tramonto della professione del giurista (R. Susskind); la funzione notarile viene ritenuta superata (Luttwak) o fungibile da parte di altre professioni (D.d.l. concorrenza 2015) se non da software tipo "e-discovery" in grado di leggere ed analizzare documenti legali.

In effetti la concezione del diritto come sistema di norme poste dal legislatore ed applicate dal notaio o dal giudice, attraverso un processo logico deduttivo, appare in declino. Ma occorre domandarsi se davvero siamo al crepuscolo del diritto, oppure se la "crisi" riguarda piuttosto quella concezione moderna del diritto nota come dottrina del positivismo giuridico, nella quale hanno creduto, per ragioni storiche e dogmatiche, parecchie generazioni di giuristi.

Ogni metodo trova le proprie ragioni in un certo contesto storico.

A partire dalla seconda metà del Novecento, con un massiccio crescendo negli ultimi lustri, vi sono stati parecchi mutamenti e movimenti (profondi i primi, rapidi i secondi) che rendono la nostra contemporaneità postmoderna un tempo davvero nuovo anche per il diritto e la funzione notarile. Nel saggio su *La condizione postmoderna* del 1979, Lyotard riconduce questo capovolgimento di valori al venir meno delle

metanarrazioni, cioè delle prospettive ideologiche (illuminismo, idealismo, marxismo) che avevano ispirato le credenze ed i valori della cultura occidentale dalla fine del Settecento agli anni Settanta del Novecento. Alla universalità del sapere la postmodernità sostituisce un pensiero frammentario ed instabile. Sul piano giuridico è stata abbandonata progressivamente la visione rigidamente potestativa del diritto, cui ci aveva abituato la dottrina del positivismo normativistico, dall'illuminismo a Kelsen e Bobbio, in favore di una visione ordinamentale, nella prospettiva di Santi Romano e Giuseppe Capograssi, cioè del diritto come ordinamento del sociale che nasce in basso e dal basso, per adeguare le forme giuridiche ai fatti nuovi.

Nel secondo Novecento si verificano eventi storici di grande portata:

- la Costituzione repubblicana (un breviario di valori letti nella storia di un popolo e quindi portatrice di un autentico pluralismo giuridico);
- il progressivo inserimento dello Stato italiano nelle organizzazioni europee;
- la rivoluzione informatica;
- la globalizzazione giuridica;
- la crisi del monopolio statale sulla giurisdizione ed il prender campo delle procedure ADR.

In seguito a tali mutamenti vengono meno i caposaldi sui quali poggiava l'ammirevole edificio eretto dalla scienza giuridica otto/novecentesca: il monopolio statale della produzione del diritto (statualismo) e la risoluzione di tutto il diritto nella legge (legalismo). Caposaldi che un illustre storico del diritto, Paolo Grossi, ha incisivamente indicato come "mitologie giuridiche della modernità".

Il ripensamento del diritto nella prospettiva ordinamentale ha prodotto una rivoluzione copernicana sulla funzione dell'interpretazione della legge,

(*) Presidente della Fondazione Italiana del Notariato.

concepita non come spiegazione di un testo chiuso ed indisponibile, ma come uno “spazio di possibilità” offerto all’interprete per estrarre un senso dal testo. L’interpretazione non come appendice esterna al procedimento di formazione della norma, ma come momento interno e risolutivo.

Se la funzione “inventiva”, nel senso latino di trovare, del giudice risulta oggi molto nota, lo stesso vale per il notaio contemporaneo che, dismessi i panni del pratico che compila l’atto con chiarezza e precisione, si è visto attribuito da una severa giurisprudenza in materia di responsabilità civile il compito di colmare i vuoti sempre più rilevanti lasciati dal legislatore: al suo sapere tecnico va la responsabilità della corrispondenza dell’ordinamento formale (che egli concorre a costruire) all’ordine sostanziale che la società identifica con il diritto. Il divenire dell’ordinamento e il suo plastico conformarsi ai mutamenti sono in buona parte nelle sue mani, attraverso accorte soluzioni contrattuali.

L’attuale tempo postmoderno non offre al notaio i tranquillizzanti ripari del passato: se, nel mondo di ieri, egli poteva contentarsi di esercizi sillogistici sotto l’ombrello protettivo di un testo legislativo autorevole, oggi gli si pongono di fronte – ineludibili – precise responsabilità, conseguenza di quel ruolo *inventivo* cui si accennava più sopra.

La centralità dell’interpretazione-applicazione nell’attività del giurista richiama il tema delle fonti del diritto, cioè di quei testi, assunti dagli interpreti, in quanto idonei a esprimere norme giuridiche attraverso l’attività interpretativa. L’odierna crisi del monismo legislativo, la svolta ermeneutica, il mutamento stesso della concezione del diritto hanno disarticolato la piramide gerarchica, cui fa riferimento l’art. 1 delle preleggi. Oggi si è in presenza non più di un centro unitario di produzione giuridica, ma di una pluralità di soggetti che a livello regionale, nazionale, sopranazionale e internazionale producono regole. Emergono fenomeni di privatizzazione delle forme di produzione giuridica (*lex mercatoria*, prassi negoziale, lodi arbitrali, procedure ADR, orientamenti notarili etc.). Nell’ordinamento confluiscono molte fonti diverse, non raramente tra loro concorrenti (policentrismo normativo).

Senza pretesa di fornire risposte assolute o definitive ai molteplici nodi problematici sommariamente evocati, ma solo allo scopo di offrire qualche minimo contributo a una migliore consapevolezza del ruolo del notaio nella complessa postmodernità, la Fondazione Italiana del Notariato a partire dal 2015 ha

promosso alcuni progetti di ricerca con un filo conduttore unitario: ripensare la funzione notarile oggi. In collaborazione con il Laboratorio di Ontologia della Università di Torino e la Maison des Sciences de l’homme di Parigi, è stato varato il progetto “*Documenta*”, volto a promuovere una riflessione allargata sul valore del documento notarile. Se il diritto nasce sempre meno attraverso atti di posizione (legge, sentenza) e sempre più nei luoghi in cui i conflitti sociali trovano composizione (contratto), quale è il valore della consulenza qualificata di un giurista *terzo*?

La imparzialità si pone come condizione di possibilità e pensabilità dell’attività notarile e di quella giudiziaria. Essa esprime la collocazione istituzionale del notaio, esterna alle parti ed ai loro interessi, declinandosi nei tre profili riflessi nel documento notarile: *terzietà* (estraneità ai loro interessi); *indipendenza* (estraneità ad ogni sistema di poteri); *neutralità* (estraneità a scelte successive alla stipulazione del contratto). La ricerca svilupperà altresì una plausibile indicazione sulla opportunità, nei casi più complessi, di una motivazione dell’atto notarile, che renda palese il procedimento argomentativo che giustifica e dà ragionevolezza alle scelte interpretative adottate.

Il *secondo* progetto di ricerca attualmente in corso è denominato “*Crisi della legge e produzione privata del diritto*”. Con la collaborazione di autorevoli accademici, magistrati avvocati, questo progetto è volto ad indagare la destrutturazione e sbriciolamento del sistema delle fonti, il progressivo spostamento dell’asse intorno al quale ruota l’odierno ordinamento giuridico, dal primato della legge a quello della prassi (giudiziaria, forense, notarile, amministrativa), l’atteggiarsi del diritto come prassi sociale.

Quotidianamente nei nostri studi abbiamo la conferma della necessità di ricomporre il divario tra realtà legislativa e mondo degli affari, relazioni familiari, vicende successorie, utilizzando un diritto scritto per una realtà superata, adattando a nuovi compiti antichi istituti. Gli esempi di una prassi notarile che ha “rimodellato” il diritto sono noti e numerosi: la permuta di cosa presente con cosa futura; le servitù reciproche; i diritti edificatori; le clausole limitative della circolazione di partecipazioni sociali; la rinuncia anticipata alla azione di restituzione. Ulteriore esempio di una prassi negoziale sorta negli studi notarili, che ha dato luogo ad un processo di provvisoria consolidazione come modello negoziale avente portata generale, è rappresentato dalla locazione in vista di una futura vendita, oggi recepito

anche dal legislatore. A tal riguardo è imminente la pubblicazione nei quaderni della Fondazione di una articolata ricerca sul *rent to buy* di azienda.

Un fenomeno esemplare di come il diritto notarile faccia parte dell'ordinamento ed entri nel processo di positivizzazione, quale singolare e postmoderna forma di normatività, è costituito da una fonte *extra ordinem*, non disciplinata da disposizioni sulla produzione giuridica, ma operante sulla base del principio di effettività: le massime notarili in materia societaria. Questi orientamenti rappresentano infatti qualcosa di più di una semplice guida offerta ai singoli notai. Costituiscono, in altre parole, una *soft law*, cioè un canale privato che si affianca a quelli ufficiali, dando luogo ad una prassi uniforme. Si tratta, inoltre, di un diritto creato, attraverso la mediazione del notaio, dai destinatari stessi delle regole, che sono pertanto portati più facilmente ad osservarle spontaneamente.

La Fondazione, inoltre, partecipa, come già in passato, a numerosi progetti di ricerca e formazione co-finanziati dalla Commissione Europea in tema di

diritto delle persone, della famiglia, delle successioni, delle obbligazioni e dei contratti, nei quali è centrale il confronto tra gli operatori del diritto per contribuire alla costruzione dello spazio giuridico europeo. In realtà, la metamorfosi del diritto non va nel senso della sua fine, bensì nella direzione opposta, purché si abbia la consapevolezza che la fine della legolatria dei moderni e l'ingresso nella postmodernità non rappresentino una perdita cui reagire con nevrosi, ma un evento storico che restituisca al notaio un ruolo da protagonista nella costruzione del diritto vivente, un fatto di cui cogliere tutte le opportunità di emancipazione da pesanti ipoteche culturali, ancora pressoché intatte nella mente e nel cuore di parecchi giuristi.

I temi e i problemi posti al centro dei progetti della Fondazione, che saranno pubblicati non appena ultimati e discussi in appositi convegni, potranno irrobustire la nostra azione intellettuale in un momento sicuramente difficile e potranno renderla provvidamente incisiva. Spetterà particolarmente ai giovani valorizzare la fertilità di questo momento storico.