

AUTONOMIA PRIVATA E FONTI DEL DIRITTO

Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019



*Fondazione
Italiana
del Notariato*

AUTONOMIA PRIVATA E FONTI DEL DIRITTO

Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019

ISBN 9788828816584

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2019
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Indice

MASSIMO PALAZZO <i>Pagina introduttiva. Autonomia privata e fonti del diritto: il ruolo del notaio</i>	3
PAOLO CAPPELLINI <i>Prefazione</i>	19
PAOLO GROSSI <i>Introduzione ai lavori</i>	23
GIUSEPPE MORBIDELLI <i>Autonomia privata e fonti del diritto</i>	27
BALDASSARE PASTORE <i>Complessità del diritto e autonomia privata</i>	43
ANTONELLO COSENTINO <i>L'interpretazione giuridica nell'epoca del diritto pos-moderno</i>	55
MICHELE LABRIOLA <i>Fonti del diritto, interpretazione e funzione del notaio</i>	63
ENZO CHELI <i>Conclusioni</i>	81
IRENE STOLZI <i>Postfazione</i>	85

Pagina introduttiva.

Autonomia privata e fonti del diritto: il ruolo del notaio

Massimo Palazzo

Presidente Fondazione italiana del Notariato

Sommario: 1. Il mosaico della privatizzazione giuridica. – 2. La prassi notarile singolare e postmoderna forma di normatività. – 3. Un nuovo orizzonte culturale per il notaio postmoderno: sempre meno Stato, sempre più società. – 4. Dal primato della legge a quello delle prassi. – 5. Il progetto culturale promosso dalla Fondazione italiana del Notariato: il notaio costruttore di ordinamenti giuridici privati.

1. Il mosaico della privatizzazione giuridica

Il convegno fiorentino “Autonomia privata e fonti del diritto”, svoltosi nella prestigiosa sede di Palazzo Incontri giovedì 16 maggio 2019, promosso dalla Fondazione italiana del Notariato in collaborazione con Università degli Studi di Firenze e Fondazione Cesifin Alberto Predieri, ha raccolto ad un comune tavolo di lavoro studiosi ed operatori pratici di varia provenienza per una riflessione sul problema del ruolo della autonomia dei privati nella rete delle fonti del diritto nella fase storica post-moderna, oltre i confini imposti dalle trattazioni pandettistiche¹.

A differenza dell’epoca degli Stati nazionali e delle codificazioni, che avevano impresso al diritto un *format* ben definito, il tempo della globalizzazione ha portato ad una enorme espansione dei modi di essere del diritto, ponendo l’esigenza di un ripensamento del tema delle fonti del diritto, della teoria dell’interpretazione giuridica, del ruolo del giurista e del notaio in particolare. Nel grande flusso dei cambiamenti che hanno investito la giuridicità negli ultimi decenni, ad essere oggetto di maggiore attenzione sono stati soprattutto cambiamenti di natura spaziale. Rispetto alla tradizionale dimensione statale del

¹ Sull’esigenza odierna di ripensare il modo di porsi della problematica delle fonti nella teoria giuridica si rinvia a N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008 ed a P. GROSSI, *Sull’esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell’odierno ruolo del notaio)*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in questa rivista, 2018, 2, 35-38.

diritto, hanno concorso a disegnare un quadro giuridico estremamente mosso, articolato e dinamico, dapprima il progressivo affermarsi del diritto europeo; successivamente la cosiddetta globalizzazione giuridica.

Quest'ultima consiste in una singolare circostanza peculiare al maturo capitalismo moderno che stiamo vivendo: a fronte delle esigenze stringenti dello sviluppo economico ormai a proiezione globale e della impotenza degli ordinamenti ufficiali (statali o sovrastatali o internazionali) sono i protagonisti del mercato sempre più globale a pretendere il conio di nuovi disciplinamenti del traffico economico, di nuovi assetti e categorie giuridiche; i quali nati e consolidati nella prassi quotidiana e perciò grezzi ed informi, abbisognando di adeguati rivestimenti tecnici vengono affidati al cesello di grandi studi professionali, di grandi *law firms*². Questo *tiers ordre juridique*³ è stato definito *lex mercatoria*, pensando ai mercanti medievali inventori di tanti appropriati strumenti organizzativi dei loro affari a livello locale ed europeo.

Sul fronte interno la Costituzione del 1948 ha promosso un forte pluralismo sociale, culturale e giuridico. La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà c.d. orizzontale, introdotto nel 2001 nell'art. 118 Cost. ultimo comma, che pone un solenne principio di limitazione ai pubblici poteri riconoscendo espressamente la competenza dispositiva dei privati anche in presenza di interessi generali, apre uno scenario che impone l'esigenza di approcci culturali diversi da quello precedente⁴, per disegnare un diverso rapporto tra pluralità degli ordinamenti giuridici ed unità dell'ordinamento statale.

La norma costituzionale affida infatti alla libertà di iniziativa e all'esercizio di attività private la cura dell'interesse generale, interesse, che non è considerato immanente e combaciante con gli interessi privati, e dunque esige una specifica determinazione. La tutela della libertà, e perciò dei relativi poteri, è qui in funzione dell'interesse generale. Emerge la necessità di trovare "concetti di sintesi", una rappresentazione della *societas* conforme a quella presente nei primi due articoli della Costituzione, ad una *societas* caratterizzata dalla forza ordinante di tutti i consociati e sovrastata da regole di azione elaborate dalla collettività. Ed è in quest'ambito che assume rilievo l'idea di un'autonomia

² P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), in *Società, diritto, Stato – Un recupero per il diritto*, Milano, 2006. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

³ A. PELLET, *La lex mercatoria, "tiers ordre juridique?" Remarque ingénues d'un internationaliste de droit public*, in *Souveraineté étatique et marches internationales à la fin du 20ème siècle. Melanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, 53 ss.

⁴ F. RICCI, *Potere "normativo" dei privati, clausole generali e disciplina dei contratti*, in NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, 593 ss.

che si proietta oltre, al di fuori, al di sopra dello Stato, collegata alla collettività come fonte primaria di ogni potere⁵. La società interamente e unitariamente considerata esprime una unità nella quale si sostanzia la pluralità degli ordinamenti e la Costituzione è prima di tutto ordinamento di questa pluralità. Diffusamente quindi si parla oggi di discipline multilivello⁶.

Molte analisi hanno rilevato come i mutamenti spaziali del diritto si siano incrociati anche con la dicotomia pubblico/privato, portando ad una significativa spinta verso la privatizzazione⁷ e dunque alla necessità di un ripensamento sul ruolo dell'autonomia dei privati nella fase contemporanea. Ma il suddetto processo di privatizzazione è stato più raramente messo a fuoco in quanto tale. Non si può dire che il tema non abbia circolato ampiamente in letteratura⁸, ma prevalentemente a ridosso di analisi che riguardavano specifici settori. In tal senso i numerosi fenomeni di privatizzazione giuridica che hanno avuto luogo nel mondo globalizzato (si pensi al regime prevalentemente privato che regola internet, alle fonti private del diritto commerciale, alla *lex mercatoria*, al diritto degli investimenti esteri, ai lodi arbitrali, alla prassi notarile) sono stati visti più come effetti collaterali di altre dinamiche e trasformazioni, che indagati autonomamente.

Una specifica analisi sulla privatizzazione del diritto e sui possibili ruoli dell'autonomia dei privati⁹ merita invece di essere svolta.

⁵ F. ALCARO, *Il "Diritto dei privati"*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 92-95.

⁶ G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto*, oggi, in ZACCARIA (a cura di), *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

⁷ M.R. FERRARESE, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica*, Napoli, 2017, 8; C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019.

⁸ Sull'autonomia privata quale fonte del diritto cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4, 7-8, 21 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., 163, 169. Sul radicarsi dell'autonomia privata nella costituzione, «da intendere quale trama di principi giuridici che traggono la loro forza e la loro vitalità non già dal fatto di provenire da un vertice autoritativo e sovrano, ma da un assetto organizzativo complesso, nel quale, in base a un movimento diffuso, ascendente e continuamente interpretato da corti qualificate, trovano espressione e sono destinate a convergere le iniziative individuali e collettive, private e pubbliche», cfr. U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 10. Cfr., in proposito, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma -Bari, 2017, 40 ss., 44 ss., 53 ss.

⁹ Il riferimento va a quel diritto che «i privati ... creano per regolare determinati rapporti d'interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale» sul quale, nel 1929, ha richiamato l'attenzione Widar Cesarini Sforza. Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018, 13. Il diritto dei privati regola i rapporti tra persone private, ma «non emana dallo Stato, né immediatamente né mediatamente», ivi, 14.

A tal fine la Fondazione italiana del Notariato ha invitato a presiedere i lavori il Presidente emerito della Corte Costituzionale e autorevole storico del diritto Prof. Paolo Grossi, ed a discutere il tema un qualificato studioso del diritto pubblico ed avvocato, il Prof. Giuseppe Morbidelli; un filosofo del diritto, il Prof. Baldassare Pastore; un alto magistrato della Corte di Cassazione, il Consigliere Antonello Cosentino; un notaio, il collega Michele Labriola, coordinatore della commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato. In modo che ciascuno degli intervenuti potesse svolgere una riflessione sul medesimo oggetto conoscitivo, ma muovendo dai diversi punti di osservazione propri di ciascuna esperienza professionale.

Questo itinerario di ricerca ha dato i suoi frutti. Dal convegno fiorentino, i cui lavori sono stati conclusi dal vice Presidente emerito della Corte Costituzionale Prof. Enzo Cheli, sono ben emerse le molteplici ragioni che spingono ad indagare l'autonomia privata come fattore della privatizzazione giuridica in corso. In primo luogo, perché la creazione di regole ad opera dell'autonomia dei privati è un fenomeno che mostra una incessante vitalità e sempre nuove strade per realizzarsi, ma anche perché procede spesso attraverso modalità informali e poco visibili. Ancor più questo fenomeno merita attenzione poiché si colloca in posizione centrale tra le cause di disarticolazione del vecchio assetto centrato sugli Stati nazionali e sul tipo di economia politica che lo accompagnava¹⁰. Anche se l'assetto giuridico disegnato dagli Stati nazionali apparentemente ha mantenuto molti dei suoi tratti tradizionali, esso è stato in parte svuotato, in parte aggirato e soppiantato da un nuovo assetto di regole e di soggetti di natura privatistica che riflettono un nuovo ruolo della società nella vita giuridica¹¹.

¹⁰ Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, rist. della seconda ed. Firenze, 1946, oggi inclusa nella raccolta ordinata da A. ROMANO con ampia nota bio-bibliografica, *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, già nell'anno finale della prima guerra mondiale aveva segnalato che la riduzione sostanziale delle fonti alla sola legge era alla base della crisi dello Stato moderno, riprendendo il suo discorso inaugurale all'Università di Pisa del 1909, *Lo Stato moderno e la sua crisi in Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. La diagnosi romaniana è netta: crisi perché il rapido mutamento ha incrinato le muraglie erette intorno all'edificio giuridico-legale; dall'esterno i fatti sociali ed economici irrompono senza che lo Stato possa più controllarli, mentre la società si auto-ordina prescindendo dai dogmi e dai miti del diritto legale.

¹¹ La privatizzazione giuridica viene letta soprattutto nei termini di un accresciuto ruolo della società nella "invenzione" del diritto da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 40 ss.

2. La prassi notarile singolare e postmoderna forma di normatività

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 1960¹², sulla scia di Edmund Husserl e di Martin Heidegger, dobbiamo oggi riconoscere che il testo 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 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.

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 tempo¹³. L’interpretazione opera incisivamente nella nell’individuazione e nell’articolazione del discorso sulle fonti e qui viene in gioco la responsabilità della *comunità interpretativa*¹⁴ dei notai, chiamata a

¹² 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*, (1965), trad. it., Milano, 1975, 307.

¹³ 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.

¹⁴ 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*, Padova,

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. Al notaio le parti chiedono la ragionevole stabilità delle loro regolamentazioni e la loro congruenza, sincronica e diacronica.

Il notaio, essendo collocato, al pari del giudice¹⁵, 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*.

Di fronte ai bisogni nuovi e novissimi 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) o con la *servitus altius non tollendi*, (utilizzata per cedere la cubatura di un fondo al vicino, finché il legislatore ha ribattezzato le cessioni di cubatura sorte negli studi notarili come diritti edificatori, richiamandoli nell'art. 2643, n. 2-*bis* c.c.)¹⁶. 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*, per il negozio di affidamento fiduciario, per il *rent to buy* di immobili. 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 diritto¹⁷.

1990, 105; nonché in ID. *La comprensione del diritto*, cit., 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. nel saggio pubblicato in questo volume *Complessità del diritto e autonomia privata*. Cfr. altresì E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000; 44 ss., 171 ss.

¹⁵ Per un accostamento tra le due figure si veda recentemente A. FUSARO, *Il notaio esercita attività giurisdizionale?*, in *Dir. priv.*, 2017, 4, 497 ss. con ampio corredo di note bibliografiche.

¹⁶ Su questa specifica vicenda cfr. G. TRAPANI (a cura di), *I diritti edificatori*, Milano, 2014.

¹⁷ 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*

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 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 gradimento, le clausole di co-vendita (*tag along*), le clausole 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 consolidazioni di prassi applicative con 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, 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 contemporaneo¹⁸. 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.

della *Fondazione italiana del Notariato*, 2015, 1, con *Prefazione e Conclusioni* di P. GROSSI. Un'interessante indagine sul tema delle reciproche 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".

¹⁸ 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; 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.

3. Un nuovo orizzonte culturale per il notaio postmoderno: sempre meno Stato, sempre più società

Se la teoria dell'interpretazione è radicalmente mutata, unitamente al metodo giuridico, durante la post modernità novecentesca; se oggi la gerarchia delle fonti ha lasciato il posto ad una rete di fonti; può ancora risolversi la funzione notarile nel compilare l'atto con chiarezza e precisione?

Riconoscere la polisemia dei testi normativi, rende evidente il momento discrezionale (ma non arbitrario) in ordine alla scelta, tra i possibili sensi del testo legale, del significato da attribuire alla disposizione normativa. La disposizione costituisce in definitiva lo "spazio di possibilità" entro il quale identificare, attraverso l'interpretazione, la norma. Il notaio giurista ogni volta che interpreta è dunque chiamato a una scelta, a una "motivata decisione" e diventa mediatore tra testo e realtà sociale. Riconoscere che esiste una pluralità di fonti del diritto, in buona parte di matrice extra legale, rende evidente la complessità e difficoltà dell'interpretazione notarile nel tempo presente¹⁹.

Si tratta di pura teoria? Al contrario, queste considerazioni conducono alla conclusione che nel passaggio da una situazione di prevalente staticità ad una condizione di forte dinamismo, si è compiuto anche un significativo mutamento del senso funzionale del diritto, da norma ad ordinamento. Non si tratta però di una mera variazione terminologica, ma si è prodotta una vera rivoluzione culturale. Parlare di "ordinamento" – e non più di "norma", "potere", "comando", come sempre si era fatto in passato – ha il preciso significato di un capovolgimento dell'angolo di osservazione da quale si deve guardare al diritto per coglierne l'essenza. Infatti, se è chiamato a ordinare, cioè a realizzare un ordine effettivo, lo può fare unicamente a condizione di tenere nel debito conto valori ed interessi circolanti nel basso della società, di cominciare da una osservazione attenta di questi, traducendo il loro contenuto – grezzo ma vivo

¹⁹ Sui mutamenti della funzione notarile nella realtà contemporanea cfr. C. CACCAVALE, *L'esercizio della funzione notarile: appunti a margine della controversa questione della rinuncia anticipata dell'azione di restituzione*, in *Notariato*, 2015, 1, 7 ss.; R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 761; ID. *La funzione notarile come fattore ordinante*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 387 ss.; M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, 584 ss.; ID., *La prassi notarile singolare e post moderna forma di normatività*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2015, 1, 10 ss. Entrambi i saggi possono ora leggersi in ID., *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 45 ss.; 75 ss.

e vivace perché calato nel profondo della coscienza collettiva – in principi e regole atti a disciplinare il disordine socio-economico²⁰.

Consequentemente anche la funzione notarile ha subito nel corso degli ultimi decenni un profondo mutamento. La funzione del notaio contemporaneo non può risolversi nella deduzione della regola del caso concreto dalla norma, fatto di pura logica, ma deve più congruamente sostanzarsi in una scelta ermeneutica che risulti ragionevole e giustificata in un quadro sistematico di apprezzamento della fattispecie concreta²¹, come ci ricorda la giurisprudenza sui doveri di informazione del notaio²².

Il Notariato ha iniziato faticosamente a prendere atto che il ricorso al dato legale non è più sufficiente; che occorrono strumenti ermeneutici più sofisticati di fronte ai dubbi interpretativi che emergono dalla complessa realtà sociale; che occorre partire dal “caso” reale, ossia dal problema per la cui soluzione il testo di legge deve essere compreso, integrando il pensiero problematico nel pensiero sistematico.

Il rinnovamento del metodo giuridico implica che ciascuno di noi deve compiere oggi un complesso sforzo ermeneutico, assumere la responsabilità di decisioni problematiche, adeguare l’approccio tradizionale alle mutate e

²⁰ Su questa funzione del diritto v. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, spec. 11 ss.; M. R. FERRARESE, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l’economia politica*, cit. 40.

²¹ Ribadisce il ruolo della prassi notarile tra le fonti del diritto, A. FUSARO, *I contratti immobiliari della crisi e l’apporto della prassi notarile alla formazione del diritto vivente*, in *Studium iuris*, 2017, 11, 1334 e ss. e in CONTE – LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiele*, Mantova, 2017, t. III, 9 ss.

²² Per una sintesi sul dovere di informazione e chiarimento del notaio cfr. M. COCCA, *Gli obblighi di informazione del notaio*, in *Riv. not.*, 2013, 1339; E. GABRIELLI e M. PALAZZO (a cura di), *La responsabilità civile del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, 2523 ss.; R. DE MATTEIS, *Le responsabilità dei professionisti*, in ROPPO – BENEDETTI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, III, 667 ss.; F. MARINELLI – F. CAROCCIA, *Contratto d’opera e prestazione d’opera intellettuale*, in PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. CNN*, Napoli, 2013, 235 ss.; G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 541 ss.; R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell’età dell’inquietudine*, in *Il diritto civile tra principi e regole*, vol. I, Liber amicorum per F. D. Busnelli, Milano, 2008, 605 ss. Nel senso che il notaio deve rappresentare alle parti le diverse possibili soluzioni interpretative v. Cass., 29 marzo 2007, n. 7707, in *Vita not.*, 2007, 839; sul dovere di consulenza giuridica v. Trib. Trento, 17 giugno 2016, n. 649, in *Riv. not.*, 2017, 2, 357; Per la responsabilità del notaio per violazioni del dovere di consulenza fiscale cfr. Cass., 13 gennaio 2003, n. 309, in *Resp. civ.*, 2003, 723; Cass., 16 dicembre 2014, n. 26369, in *Giur. it.*, 2015, I, 548 con nota di Rizzuti. Per un esame generale del tema, sia consentito rinviare a M. PALAZZO, *Il problema della responsabilità civile del notaio*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, 3, 71 ss.

mutevoli esigenze sociali. Per confezionare un testo contrattuale che consenta di raggiungere gli effetti voluti dalle parti e riconosciuti dall'ordinamento è oggi necessario un articolato procedimento di interpretazione/applicazione che muova bensì dal dato normativo, ma che sia anche misurato sui valori costituzionali e sovranazionali, sulle clausole generali²³, sulla ricomposizione delle asimmetrie informative, sulla ricerca di una giustizia sostenibile, alla luce della prassi di matrice giurisprudenziale e amministrativa²⁴.

Il notaio contemporaneo trova, dunque, 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 vivente²⁵. I compiti del notaio sono dunque più complessi di quelli che svolgeva nel secolo scorso.

²³ Anche la recente apertura della giurisprudenza di legittimità nei confronti del carattere virtuale della nullità di protezione, costituisce certamente una lettura innovativa del sistema delle clausole generali. Si veda Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242. Sul tema dei principi e clausole generali si vedano i recenti volumi di G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017 e F. RICCI (a cura di), *Principi, Clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018. La complessità del tema è sottolineata anche da C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 ss.

²⁴ A conferma della "essenza giurisdizionale" della funzione notarile nella complessa fase storica contemporanea, sembra emergere nella prassi l'esigenza di una "motivazione" dell'atto. Tra i molti esempi cfr. Trib. Pescara, 7 luglio 2008, in www.ilcaso.it: «la mancata deduzione di circostanze che giustificano la costituzione del fondo patrimoniale ovvero dei bisogni che lo stesso è destinato a soddisfare può costituire la prova presuntiva della simulazione del negozio».

²⁵ Riconoscere che l'essenza del diritto è identificata in un ordinamento, non già in un insieme di comandi e di norme, implica per il giurista la necessità di fare i conti con valori ed interessi circolanti nella società ed esser pronto ad adeguare l'interpretazione a quanto avviene nel mondo circostante. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3, 26 (ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 40) con significativa attenzione per il ruolo professionale svolto dall'interprete osserva che «nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo, gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene». Sul senso della espressione "comunità interpretativa" v. B. PASTORE, *Fonti del diritto e comunità interpretativa*, cit., 352, ove la precisazione che ciò che definisce una comunità interpretativa è la «convergenza su alcuni aspetti fondamentali della pratica giuridica esistente: in primo luogo, un nucleo di fonti del diritto, nonché una grammatica, un lessico, una concettualogia, e una serie di vincoli istituzionale e argomentativi che funzionano come fattori unificanti e socializzanti». Sul tema è recentemente tornato G. CONTE, *Sull'applicazione delle clausole generali e sul ragionar per principi nel diritto civile*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, Clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., 848, nota 73.

La sua formazione deve pertanto essere ripensata alla luce di questi nuovi fenomeni.

In questa prospettiva, recuperata la consapevolezza del rinnovato coinvolgimento del giurista nella produzione del diritto, nelle vicende negoziali nelle quali l'apporto creativo del notaio risulta più cospicuo, potrebbe essere opportuno non limitarsi al mero richiamo dei dati legislativi ma illustrare in modo sintetico e conciso le ragioni, anche normative, che supportano quella soluzione, attraverso un discorso giustificativo argomentato in modo più o meno complesso, inserendo la disposizione legislativa nella rete delle fonti utilizzate. Una consapevole voce del Notariato ha posto la questione alla fine degli anni Settanta del Novecento, suggerendo in luogo di inutili premesse storiche di «chiarire i motivi logici e giuridici e le scelte operate, richiamando i precedenti giurisprudenziali, dottrinali e notarili»²⁶.

La riflessione scientifica e il dibattito collettivo si è a lungo occupato della motivazione delle sentenze, viceversa l'utilità/necessità di una motivazione per gli atti notarili è un tema alquanto trascurato. Tuttavia la motivazione/argomentazione degli atti notarili potrebbe davvero rappresentare un sostegno centrale degli atti più complessi, per esprimere a pieno quella mediazione tra fatto e diritto nella quale si risolve in gran parte la funzione del notaio contemporaneo, sempre più spesso chiamato ad un motivato giudizio prognostico sulla effettività dell'atto di autonomia.

Venuta meno, pur nella costanza dell'assetto normativo formale, a causa della svolta "ordinamentale" e della rivoluzione ermeneutica, alle quali si è fatto sopra sintetico riferimento, la possibilità per il notaio contemporaneo di assicurare la "certezza" degli effetti perseguiti dalle parti, potrebbe risultare utile, nelle situazioni più complesse, rendere palese nell'atto notarile il percorso logico e giuridico sottostante alle scelte negoziali e redazionali adottate. Se la soluzione negoziale costituisce una "invenzione della ragione" essa dovrebbe essere costruita sulla densità dell'argomentazione e basata su una congrua motivazione. Tanto più nella fase attuale, nella quale lo Stato, prima al centro della gestione dei conflitti, attraverso il monopolio della giurisdizione, tende a

²⁶ Il riferimento è all' Editoriale di S. SANTANGELO, *Schematismi e creatività*, in *Vita not.*, 1979 4, 427 ss. Il problema della motivazione degli atti notarili è, significativamente, ripreso da P. BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, in *Vita not.*, 1984, 36 ss., spec. 40. Ho cercato di registrare cesure e continuità tra quei contributi ed i nostri giorni in M. PALAZZO, *Sabatino Santangelo e la teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Vita not.*, 2017, 1, 49 ss. Riteneva già «una tipica distorsione del ruolo ... la convinzione che vede nel notaio fondamentalmente un documentatore», N. LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in *Riv. not.*, 1973, 1033 ss.

ritirarsi in parte da tale attività, (ri)proponendo l'autonomia privata, e quindi il contratto, come tecnica e fonte della composizione dei conflitti²⁷.

La riscoperta della complessità dell'ordinamento giuridico pone il legislatore ed il giudice in una situazione di interrelazione con altre fonti o, come oggi si suol dire, all'interno di una rete. Rete in cui ha acquisito spazio ed incisività il notaio che unisce competenze giuridiche specifiche ed – insieme – imparzialità. È proprio in grazia di questa specifica competenza e della imparzialità, alla quale il notaio è tenuto e di cui è portatore, che egli trae il fondamento democratico della propria attività professionale. Democratico perché è proprio quanto chiede a lui la stessa società civile pretendendo da questo operatore del diritto le necessarie e solide intelaiature per ordinare il complesso magma sociale ed economico. Ed è questa una ragione ulteriore per la quale le scelte ermeneutiche operate dal notaio devono risultare argomentate, cioè ragionevoli e giustificate da una sobria e concisa motivazione, che, da un lato, le renda più chiare ed intellegibili e, dall'altro, valga ad esplicitare la causa in concreto e, ove occorra i motivi, spesso non irrilevanti per il diritto, come risulta dall'art. 1345 c.c.

4. Dal primato della legge a quello delle prassi

14

Alla luce della prospettiva di analisi sopra sinteticamente tratteggiata, si potrebbero forse reinterpretare molti cambiamenti intervenuti nel mondo globale negli ultimi decenni del secolo scorso. Il venir meno della coincidenza tra Stato-legge-territorialità politica, per la quale quanto era stato costruito come “nazionale” (cioè dispositivi di potere, capitale, politiche pubbliche, soggetti politici) perde questa connotazione, implica che gli Stati stanno incorporando il progetto globale di una restrizione del proprio ruolo nel regolare le transazioni economiche.

Oggi molte regole giuridiche si sviluppano su base del tutto privata e attraversano vari confini nazionali contribuendo non poco a potenziare il pluralismo giuridico.

²⁷ Per un aggiornato quadro sul tema del degiurisdizionalizzazione v. A. PROTO PISANI, *Premesse generali (e una proposta)*, nonché gli ulteriori contributi raccolti in AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, Torino, 2015; nonché M. BOVE, *La giustizia privata*, Trento, 2015, ove si evidenzia che il contratto rappresenta il principale strumento di risoluzione della lite alternativo all'intervento di un giudice statale. Da qui il rilievo del notaio, quale terzo imparziale e pubblico ufficiale come figura professionale idonea a comporre interessi confliggenti di diversa natura, nel quadro di un nuovo e diverso rapporto tra autorità dello Stato e autonomia delle parti.

Il consistente processo di privatizzazione giuridica che si è realizzato negli ultimi decenni parrebbe riconducibile innanzitutto a un nuovo orizzonte culturale. Mentre, specialmente in Europa, la presenza degli Stati aveva consolidato una implicita gerarchia a favore del diritto pubblico, presentato come una forma di diritto “nobile” dedito al pubblico interesse e coerente con i valori democratici, un complesso di nuove idee, dottrine e creazioni concettuali ha successivamente contribuito ad alterare (e anzi ad invertire) quella gerarchia a favore del diritto privato. Si è infatti progressivamente imposta l’idea che la coercitività non sia una caratteristica necessaria del diritto²⁸. Al contrario, la giuridicità è il portato non autoritario che nella relazione tra collettivo e individuale si esprime in termini di *riconoscimento*²⁹. Certo, una volta esaminate responsabilmente le ragioni del dissenso ed esclusa la possibilità di negoziare lealmente il consenso, nessun ordinamento può fare a meno di imporsi ai dissenzienti. Ma resta il fatto che il diritto non è solo coazione (violenza originaria secondo il linguaggio della filosofia postmoderna) è anche ragione che trasforma il comando in struttura di senso³⁰.

In Italia, grazie soprattutto all’evento assolutamente rivoluzionario di una Costituzione democratica e pluralista, si è iniziato un cammino di liberazione culturale del diritto e dei giuristi dai soffocamenti rappresentati da pietrosi dogmatismi purismi astrattezze, di cui si era ammantata la scienza giuridica moderna, arrivando a farsene un vanto e ad assumere il tutto come irrinunciabile canone metodologico, dietro gli pseudo-insegnamenti di quel suadente corifeo novecentesco del moderno diritto borghese che fu Hans Kelsen.

Cammino di liberazione, che si è concretato – appunto – nella riscoperta, tanto elementare quanto poderosa, della storicità del diritto; ossia di una storicità che è intrinseca al diritto, perché questo è sempre ovunque frutto e specchio fedele di un contesto storico, ad esso strettissimamente connesso, da esso non disgiungibile se non operando una autentica sradicazione. Infatti, il primo torto della modernità era stato proprio quello di sradicare il diritto riducendolo a un comando astratto come nuvola galleggiante astratta al di sopra delle vicende

²⁸ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2011; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 15 ss. Il tema della dimensione coercitiva del diritto è stato ormai accantonato anche nella letteratura giuridica angloamericana degli ultimi decenni, v. J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009, 17 ss.

²⁹ Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L’azione – il potere*, Napoli, 1970, 217.

³⁰ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 52.

storiche e, pertanto, ridotto a una pretesa purezza che ne alterava la stessa sua natura di strumento ordinante la terrestrità di uomini in carne ed ossa.

Se si abbandonano per un momento le lenti deformanti che portiamo per abitudine sui nostri occhi, ci si disvelano nitidamente le ragioni e il senso degli attuali sommovimenti, mettendo in evidenza uno spostamento che incide su tutto il nostro assetto giuridico. È, infatti, costante il trapasso dal primato della legge (campeggiante fino a ieri) al primato della prassi, che è prassi di giudici, di notai, di avvocati, agenti spesso sotto la protezione di una elaborazione scientifica riflettente pensosamente sulla enormità del mutamento socio-economico e culturale in atto. L'osservatorio cambia, soprattutto si amplia, e si guarda al diritto non più dall'alto del potere, ma, piuttosto, in una visione complessa assolutamente unitaria, che valorizza per la prima volta l'approdo estremo della interpretazione/applicazione; che è un approdo nel basso dell'esperienza. Si dà finalmente attenzione alla vita della norma nel tempo e nello spazio, riaffermando la pericolosa verità, tenuta puntigliosamente nascosta dai *laudatores temporis acti*, di un processo normativo che non si esaurisce nel momento – alto e distante dai fatti di vita – della produzione, ma che ingloba al suo interno il momento finale interpretativo/applicativo. E si dà finalmente all'interprete/applicatore un ruolo attivo ben diverso dalla supina esegesi concessa nella modernità così impietosa verso i giuristi; un ruolo, d'altronde, che in esperienze altre e diverse era stato il vero motore trainante dell'ordinamento (nell'antico diritto romano e nello *ius commune* medievale) e lo è tuttora nel vivace laboratorio giuridico del *common law*.

Il postmoderno – con le sue mutazioni profonde, con la riscoperta della complessità della dimensione giuridica, con il suo pluralismo che da socio-economico diventa anche giuridico – erode il mito moderno del legislatore onnipotente, erode la mitica durezza della legge e innalza l'interprete a un rango determinante, giacché è affidata a lui la armonica simbiosi tra società e diritto. Se si arriva a questo risultato, è perché un siffatto risultato è preteso dal tempo postmoderno. L'interpretazione lascia l'esilio degli esercizi meramente logici, dei sillogismi cui l'aveva condannata la serrata illuministica, ed è naturalmente coinvolta nel complesso procedimento normativo; anzi, ne è il naturale compimento.

Oggi viviamo in contesti istituzionali nei quali il diritto pubblico non è certamente scomparso, ed ha persino esteso la sua presenza rispetto al passato, ma ha perso quel carattere di alterità rispetto al diritto privato che lo rendeva un mondo giuridico a parte e poco permeabile, in quanto portatore di istanze specifiche.

Ma il cambiamento ha coinvolto anche il diritto privato, che del resto ha

sempre conosciuto varie stagioni, anche all'interno degli Stati nazionali³¹. La privatizzazione non ha significato tanto una estensione del diritto privato nelle forme già esistenti, ma piuttosto un suo profondo rinnovamento, avvenuto soprattutto attraverso un imponente e variegato fenomeno di *lawmaking* privato che ha segnato una crescente distanza dal diritto privato di fonte statale che si è realizzata non solo con una crescita quantitativa di figure privatistiche, ma anche di natura qualitativa, poiché gli istituti di diritto privato si sono accreditati come i più rispondenti ad istanze di libertà e i più capaci di assecondare lo sviluppo economico e sociale. Attraverso lo strumento del contratto la privatizzazione ha ridisegnato i criteri di gestione di interi settori che un tempo erano sotto l'egida esclusiva dello Stato, conducendoli verso obiettivi di efficienza economica e di valorizzazione dei soggetti privati: si pensi alla attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, alle convenzioni urbanistiche, al diritto della famiglia (contratti di convivenza, accordi sul divorzio, negoziazione assistita) alla soluzione dei conflitti mediante arbitrato, mediazione, soluzioni stragiudiziali della crisi di impresa.

Il fatto che la *lex mercatoria* comprenda sistemi privati di risoluzione delle dispute, in particolare le varie forme di arbitrato, non è secondario, perché la parte giudiziaria conferisce all'insieme un livello di "effettività" e di autonomia molto elevato, che altrimenti non avrebbe. Come pure è degno di nota che il ricorso al notaio conferisce agli atti di autonomia privata maggiore effettività grazie al valore dell'atto pubblico notarile di titolo esecutivo per i procedimenti di esecuzione forzata e di accesso ai pubblici registri, ottenendo, attraverso la opponibilità ai terzi, una normatività generalizzata.

5. Il progetto culturale promosso dalla Fondazione italiana del Notariato: il notaio costruttore di ordinamenti giuridici privati

Il convegno fiorentino del maggio 2019, del quale oggi pubblichiamo gli atti in questo volume, rappresenta un punto della linea culturale progettata e messa in campo dalla Fondazione italiana del Notariato negli ultimi anni. Un progetto culturale vivo ed attuale volto a ripensare la figura del notaio contemporaneo alla luce dei profondi mutamenti del postmoderno.

³¹ Un ampio resoconto dei più importanti cambiamenti che hanno attraversato il diritto privato emerge in P. RESCIGNO – G. RESTA – A. ZOPPINI, *Diritto privato: una conversazione*, Bologna, 2017. Si veda anche G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; ID., *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, 294 ss.

In questa linea vanno ricordati i convegni e le pubblicazioni della Fondazione in materia societaria³², sulle nuove figure contrattuali emerse nella prassi immobiliare³³, in quella commerciale³⁴, nei rapporti personali e patrimoniali³⁵, sulla prassi notarile in materia ereditaria³⁶, sulla funzione notarile³⁷.

Le relazioni che oggi presentiamo agli studiosi ed agli operatori rappresentano quindi una tessera di un più ampio mosaico, di un progetto culturale che si colloca in un nuovo orizzonte del diritto privato che pretende dal notaio contemporaneo un rinnovamento psicologico ed esige un notaio mediatore tra legge vecchia ed esigenze socio-economiche nuove, ma anche un notaio che provvede ad una insostituibile supplenza a fronte delle impotenze, inazioni, sordità del legislatore statale; un notaio che si pone come costruttore di soluzioni³⁸ nell'intricato – e disordinato – quadro delle fonti.

Gli atti di questo convegno – unitamente agli intensi rapporti sviluppati in questi ultimi anni dalla Fondazione italiana del Notariato con la società civile, l'Accademia, la Scuola Superiore della Magistratura, le altre professioni – dimostrano in modo eloquente che verso la figura professionale del notaio si manifesta oggi un'attenzione culturale inedita che lo integra in un più vasto contesto, gli offre occasioni di dialogo.

Un'opportunità che i singoli notai e gli organi istituzionali del Notariato non dovrebbero lasciar cadere.

³² *Le nuove Srl. Aspetti sistematici e soluzioni operative*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2014, 1.

³³ *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, con Prefazione e Postfazione di Paolo Grossi, cit..

³⁴ S. LANDINI – M. PALAZZO (a cura di), *Rent to buy di azienda*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato, Le ricerche*, 2016, 1.

³⁵ *Le nuove famiglie e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. n. 219 del 2012*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2014, 3; *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2017, 1; S. LANDINI – M. PALAZZO (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in questa rivista, 2018, 1.

³⁶ *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2016, 1.

³⁷ Il riferimento è al convegno romano del 9 dicembre 2017, i cui atti sono pubblicati nel volume G. CONTE – M. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in questa rivista, 2018, 2, presentato a Roma il 9 novembre 2018 in occasione del 53° Congresso nazionale del Notariato ed a Firenze il 16 maggio 2019.

³⁸ Ho sviluppato questa prospettiva in M. PALAZZO, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo del Notariato*, in RICCI (a cura di), *Principi, Clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., 319-342.

Prefazione

Paolo Cappellini

Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze

Siamo – noi giuristi e operatori tutti del variegato mondo del diritto – in un tempo che è stato autorevolmente definito, volendo segnare anche graficamente la sua novità (‘inventandolo’ di nuovo per i giuristi, non sempre attenti ai segni dei tempi), ‘pos-moderno’.

Una intuizione, quella della postmodernità, che ben prima dell’apparire nel 1979 de “*La Condizione postmoderna*” di Jean François Lyotard, si poteva rinvenire nei testi del 1947-1948 del grande teologo e pensatore tedesco Romano Guardini; e, non forse per caso, in un’epoca immediatamente successiva alla sconfitta di uno dei totalitarismi novecenteschi: una sconfitta che allora ancora sembrava la sconfitta definitiva del totalitarismo *tout court*.

Noi dobbiamo oggi alla sensibilità degli organizzatori dell’incontro odierno – la Fondazione Cesifin e il suo Presidente Prof. Giuseppe Morbidelli, il Notaio Massimo Palazzo, Presidente della Fondazione italiana del Notariato – e della ricerca che ha dato origine al volume che in questa occasione si presenta (Giuseppe Conte e Massimo Palazzo), se gli elementi portanti di questo nuovo tempo del giuridico sono fatti emergere con tutta chiarezza alla coscienza del giurista; né infatti due titoli più appropriati avrebbero potuto essere scelti: il primo e poco più risalente “*Crisi della legge e produzione privata del diritto*”, il secondo e odierno “*Autonomia privata e fonti del diritto*”.

Che il nodo di Gordio che si deve oggi affrontare – per tagliarlo o scioglierlo resta dilemma ancora aperto – si trovi qui, molti segnali stanno a dimostrarlo.

Così, per seguire qualche sparsa traccia come solo possiamo fare, Umberto Breccia in un suggestivo saggio dedicato alle “*Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*” ci ricordava come già nel 1999 un autore troppo presto scomparso, Federigo Spantigati, affrontasse di petto, seppure al modo un po’ iconoclastico che talvolta lo contraddistingueva, la questione della ‘crisi’ della legge, portandola alle sue estreme conseguenze: «L’ipotesi non già di una crisi, ma dell’esaurimento, del tema delle fonti, quale è con forza enunciata nel manifesto del “ritorno al diritto”, fu anticipata nella prima frase di un saggio di Spantigati, *I sassi del diritto volgare nelle fonti del diritto*, in *Jus*, 1999, 969: «il sistema delle fonti del diritto è un concetto e uno strumento del totalitarismo» (l’intervento si riferiva

già al Convegno di metodologia giuridica che, come si è anticipato, si tenne a Pisa nel 1999)». Siamo, come si vede, di nuovo di fronte all'intuizione, espressa appunto in modo a tutta prima sorprendente, del nesso storico fra totalitarismo, fine della modernità e crisi (o, nella versione più radicale, esaurimento) del tema (e sistema, o rete?) delle fonti.

Non è un caso allora che la riflessione sulle fonti chiami in causa la consistenza di quel diritto della democrazia, che nel secondo dopoguerra, si era inteso costruire proprio per esorcizzare la dirompente dimensione di un diritto totalitario. Una riflessione di cui lungamente si è fatto carico, tra gli altri, uno dei maggiori storici del diritto contemporanei, il compianto amico portoghese Antonio Manuel Hespanha, che in uno dei suoi ultimi libri si interrogava su “*O direito democrático numa era pós-estatal*” (2018), ovvero su “*A questão política das fontes de direito*”.

La questione, allora, per dirla con il Paolo Grossi del volume che si presenta, della “de-tipizzazione delle fonti del diritto”, si innesta immediatamente su quel piano, ovvero quello di una reale (e non fittizia) costruzione democratica del diritto. Anzitutto, come ci ricordano insieme Giuseppe Conte e Massimo Palazzo nella prefazione al volume, che pone giustamente l'accento sulla *produzione privata del diritto*, sul nuovo ruolo anche pubblico-istituzionale (un pubblico non più identificato con statale, e, contestualmente, un privato non più equivalente ad individualistico) che le professioni libere e i corpi intermedi che di tali professioni si fanno organizzatori – e i notai anche storicamente ne rappresentano un esempio di lungo periodo – stanno assumendo, nel senso del pluralismo ordinamentale.

Come mostra bene Irene Stolzi – seguendo il percorso che porta dal Carnelutti di “quanto più notaio tanto meno giudice”, ovvero del ruolo decisivo di quest'ultimo nella “formazione privata del diritto”; all'importante “salto di piano” operato da Satta, che sottolinea “la profonda essenza giurisdizionale della funzione del notaio” e lo mette di conseguenza al centro delle molteplici modalità di connessione “tra interessi privati e pubblici, tra soggetti e ordinamento”, fino a giungere alle analisi illuminanti di Salvatore Romano e Lipari – tutto il percorso si colloca sullo sfondo del pluralismo quale “autentica cifra distintiva della convivenza democratica”. Un percorso nel quale ben si inseriscono, per fare solo qualche esempio, i contributi di Francesco Alcaro sul diritto dei privati di cesariniana memoria e l'analisi di Francesco Macario sull'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale.

Certo non vi sono solo luci nel quadro complessivo, e bene ha fatto Giuseppe Conte a richiamare il rischio che i processi di standardizzazione della attività

di erogazione dei servizi, indotti dai mutamenti del quadro economico globale, che coinvolgono molte professioni intellettuali, possa incidere negativamente, insieme ad altri fattori, sulla qualità di tale produzione privata, ormai però polmone essenziale perché anche un diritto dal basso possa farsi effettivo portavoce delle esigenze scaturenti dalla società (già nel 1954, ce lo ricorda ancora Irene Stolzi, era emerso un barlume di consapevolezza in tal senso, sintetizzato dalla formula della “funzione sociale del notaio”; quella funzione che gli sviluppi recenti, si pensi al ruolo delle massime notarili, o al ruolo di protezione di parti in posizione di chiara asimmetria informativa e quindi più soggette ad abusi di potere, o ancora agli interventi in tema di *trust*, successioni, di rinuncia anticipata all’azione di restituzione etc. stanno a testimoniare crescente).

Un punto chiave diventa allora quello che Busnelli ha lucidamente colto anche nella sua valenza di dinamica storica, ovvero il fatto che ci troviamo di fronte ad una «transizione epocale dal dogma codicistico della *validità del negozio giuridico* all’obiettivo consumeristico della *giustizia contrattuale*».

Questa transizione, questa crisi, non sarebbe in sé sorprendente, perchè non sarebbe difficile collegarla, come è stato del resto fatto, in un parallelismo quasi perfetto, a quella della legge. Del resto la più o meno radicale messa in crisi della celebre formula di A. Fouillée “*qui dit contractuel dit juste*”(1897), che aveva già incontrato una precoce confutazione nelle analisi di F. Geny, troverà poi il suo epitaffio nell’opera di Gaston Morin dal titolo più che anticipatore – ben prima quindi di un Gilmore e della sua ‘morte’ del contratto – (anche nel lucido accoppiamento storico dei termini “legge e contratto”), che nel 1927 ne osservava la radicale decadenza: «*La loi et le contract: la décadence de leur souveraineté*».

Ma la questione muta radicalmente se, ancora col Busnelli richiamato da Conte, la collochiamo sul nuovo sfondo della nascita del “*dirompente mito della efficienza del mercato*”. Sta nascendo infatti un ulteriore compito, per il quale tuttavia la critica alle ‘mitologie della modernità’ ci ha a dovere attrezzati: quello di confrontarci con i nuovi miti della postmodernità.

Qui tutti i giuristi, e direi in primo luogo i giuristi che hanno a che fare con il diritto *applicato*, con il diritto che sono chiamati a far vivere nella società, per farla *agire* in senso poetico e autopoietico, al di là ed oltre un ‘politico’ che pure dovrebbe recuperare il suo ruolo, e quindi avvocati, notai, giudici, professionisti del diritto in senso lato, in un rapporto nuovo con la dottrina, dovrebbero assumersi non solo un compito ‘inventivo’, del quale sempre più si fanno carico, ma anche una responsabilità teorica e riflessiva.

Rileggendo, meglio ‘riascoltando’ qualche parola necessaria; «La facoltà

teoretica incomincia da un essere determinato, da un esistente, da un essere esteriore, e ne fa una rappresentazione. La pratica invece incomincia con una determinazione interiore. Questa si chiama *d e c i s i o n e*, proposito, direttiva, e fa l'interno effettivamente esteriore, dà a questo un essere determinato. Questo passare da una determinazione interiore all'esteriorità si chiama *a g i r e*» (Hegel, *Propedeutica filosofica*).

Perché «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, ove, per restare all'immagine delle fonti, il diritto si forma per l'apporto di molteplici sorgenti» (Umberto Breccia).

Introduzione ai lavori

Paolo Grossi

**Emerito di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze
Presidente emerito della Corte Costituzionale**

Cari amici,

un saluto cordiale a tutti e un augurio di buon lavoro. Questo Convegno, per me, storico del diritto che interpreta il proprio mestiere come una comparazione stretta tra passato e presente, sembra di un grosso rilievo culturale, come è di grosso rilievo quel volume che noi siamo chiamati anche a presentare oggi e che raccoglie gli 'Atti' di un Convegno tenuto a Roma (cui ho anch'io partecipato) nel novembre del 2017. Sia il volume, sia l'incontro di stasera sono importanti proprio perché esprimono efficacemente un itinerario che noi giuristi stiamo vivendo; una linea evolutiva che ha un cippo confinario iniziale tranquillamente identificabile nella nostra grande Costituzione del 1948: una rivoluzione dal punto di vista delle fonti del diritto, un'autentica rivoluzione culturale, perché realizza una suprema dimensione giuridica della Repubblica che non consiste in un insieme di disposizioni normative ma di principii giuridici, intrinsecamente giuridici, *ab origine* giuridici e, quindi, applicabili direttamente dal giudice; principii, cioè qualcosa di assai più elastico che non il comando insito nella legge. Principii letti liberamente e spontaneamente dai Padri Costituenti nei lontani anni 1946/47 entro il sostrato valoriale di una realtà ormai autenticamente democratica. Principii che disegnano un netto pluralismo giuridico e quindi una pluralità delle fonti del diritto.

Il paesaggio attuale, che molti individuano come segnato da una profonda crisi, concerne il modo in cui noi abbiamo, in un passato remoto e prossimo, vincolato immobilizzato soffocato le fonti del diritto. Il paesaggio attuale è, invece, un paesaggio dove movimento e mutamento sono rapidi e intensi e dove si esalta l'incapacità dello Stato e della legge a ordinare il caos sociale ed economico. Crollano, se già non sono crollate, le mitologie giuridiche elaborate a fine Settecento nelle officine degli Illuministi e dei Giacobini e crolla quella che era la chiave di volta di tutto il vecchio sistema delle fonti, cioè la organizzazione rigidamente gerarchica che abbiamo insegnato da sempre ai nostri studenti. La posizione gerarchica delle fonti, con una legge al supremo gradino della piramide, permetteva di ridurre la complessità dell'ordinamento giuridico

nelle manifestazioni autoritarie del potere supremo dello Stato e lo unificava compattandolo in una solidità artificiosa.

La crisi consiste nello scossone che sta avendo il vecchio sistema e provoca una parabola assai incisiva: l'asse portante dell'ordinamento si sposta vistosamente dal legislatore, dalla legge, agli interpreti. Massimo Palazzo, che è uno dei coordinatori di questo incontro e di diversi altri precedenti, in un suo libro sulla funzione del notaio al tempo di internet – che io ho avuto il piacere di presentare a Roma e di segnalare con una recensione che uscirà nel prossimo fascicolo della 'Rivista trimestrale di diritto e procedura civile' – fa un'affermazione che coglie nel segno delineando nitidamente ciò che stiamo vivendo a livello di fonti: «è il territorio extralegale che costituisce la parte più vitale dell'ordinamento in continua trasformazione». Il legislatore è lontano e distante, il procedimento legislativo è complesso e ha bisogno di distendersi nel tempo; il protagonismo passa oggi agli interpreti che vivono in un diretto contatto con l'esperienza. Per interpreti intendo, innanzi tutto, il giudice, ma, accanto al giudice, il notaio e l'avvocato. Ricordo ancora quando Tullio Ascarelli, grande commercialista ma soprattutto grandissimo nell'intuire il senso dell'itinerario già in corsa nell'immediato secondo dopoguerra, indicava la novità del momento proprio in questa pluralità di fonti e pluralità di interpreti, tutti coinvolti nel procedimento di formazione del diritto. Oggi, un modello/guida per le nostre costruzioni post-moderne possiamo averlo nei Padri Costituenti, i quali con umiltà – questa è la mia visione del loro lavoro – vollero leggere in basso, leggere nella società civile dove un sostrato valoriale finalmente emergeva in tutta la sua spontaneità senza i soffocamenti della dittatura fascista e senza i riduzionismi artificiali della civiltà borghese imperante fino alla prima guerra mondiale.

Il due aprile, nell'aula magna dell'Università fiorentina, dove si teneva un Incontro promosso dalla Scuola Superiore della Magistratura, mi fu affidata una Relazione che aveva questo titolo "*Pluralismo giuridico e attuazione della Costituzione*". In quella lezione io non esitai a dire che, se si fosse continuato pervicacemente nel nostro statalismo legalista, non solo avremmo tradito la Costituzione, ma l'avremmo clamorosamente violata. Ohimè! Noi giuristi siamo pigri! Pensate a quelle 'Preleggi', che contengono ancora norme decisamente fasciste per il loro contenuto, e soprattutto a quell'articolo 12 che lega mani e piedi, orecchie e occhi, al povero interprete vincolandolo ad un limite massimo e insuperabile costituito dai 'principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato'. La nostra è, a tutt'oggi, da questo punto di vista, una Costituzione inattuata e noi, che abbiamo fatto bene a modificare le 'Preleggi' per quanto riguarda il nucleo portante del diritto internazionale privato, abbiamo lasciato intatto tutto ciò che nel Codice del 1942, espressione di un regime autoritario, si

era consolidato a livello di fonti, a livello di visione del sistema delle fonti, un sistema rigorosamente gerarchico.

È la “crisi” a pretendere un nuovo protagonismo, quello dell’interprete. Oggi, siamo in grado di comprenderlo e di definirne fondazioni e significati grazie al sussidio epistemologico offertoci dalla grande rivoluzione ermeneutica, introdotta da noi, in Italia, da personaggi come Luigi Mengoni. È chiara la sua matrice filosofica nel sistema delineato da Hans Georg Gadamer nelle possenti pagine di “*Verità e metodo*”, dove, però (e questo la dice lunga), l’interpretazione giuridica è assunta a modello di tutta la rinnovazione ermeneutica. La quale a questo solo tende: la valorizzazione dell’interprete, il suo ruolo incisivo, tale da non essere confinato nel rango servile di un esegeta passivo, totalmente ancillare al testo autoritario. L’interprete non può non essere quello che è sempre stato, dall’antica Roma al diritto comune medievale, all’attuale *common law*, cioè un mediatore e magari anche un supplente, ove si vengano a creare dei vuoti. Del resto, è quello che stiamo contemplando oggi nell’operato dei giudici, dei notai, degli avvocati. Gli ‘Atti’ del Convegno del 2017 a Roma, puntualizzarono in modo convincente il ruolo nuovo del notaio, che non è più soltanto un *certificatore* ma riveste sempre più i panni di un *inventore*. Ecco un termine che ormai è sulla mia bocca da parecchi anni, dove “inventare” significa latinisticamente, “cercare per trovare”, non “inventare artificialmente” *ex nihilo* qualcosa, come è nel comune linguaggio italiano. Ecco, questo “cercare per trovare” è oggi il compito del giurista e vedo con piacere il verbo “reperire” adottato in parecchie sentenze della stessa Corte di Cassazione.

Questo nostro tempo è di grande fertilità; se volete, anche di grande disagio, perché le certezze del passato si sono assai attenuate. È un tempo di incertezze questo che viviamo attualmente, ma dobbiamo identificarle come il necessario costo per costruire qualcosa di nuovo, quel nuovo di cui l’ordinamento giuridico di un paese di *civil law* come il nostro ha oggi disperatamente bisogno. Infatti, non dobbiamo mai dimenticare che la nostra Carta Costituzionale è espressione di un vivace e vitale pluralismo giuridico, indicandoci come strada da percorrere quella di una decisa attuazione pluralistica; e dobbiamo metterci in questo itinerario con coraggio e con fermezza senza lasciarci abbacinare dalle vecchie mitologie illuministico/giacobine che ci hanno troppo vincolato e anchilosato. Questo è il senso del nostro Incontro, o, almeno, quello che io gli ascrivo. Ed è questo anche il senso del volume degli ‘atti’ congressuali del 2017 a Roma, che oggi in qualche modo presentiamo. Il lavoro, che notai e giudici stanno facendo, merita da parte dei giuristi italiani una consapevolezza fino ad ora purtroppo estranea alla visione delle fonti, che resta decrepita ma che è ancora dominante.

Autonomia privata e fonti del diritto

Giuseppe Morbidelli

Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma “La Sapienza”

La relazione esamina il caleidoscopio di figure attraverso le quali si esprime il diritto dei privati, evidenziando che nell’ordinamento italiano (a differenza di quello dell’Unione europea) la nozione di fonte del diritto è prevalentemente ancorata alla concezione formalistica. Tuttavia, è indubbio che le norme private costituiscono un fattore di erosione e di trasferimento di sovranità.

The report examines the kaleidoscope of figures through which private law is expressed, highlighting that in the Italian legal system (unlike that of the European Union) the notion of source of law is mainly anchored to the formalistic notion. However, there is no doubt that private law is a factor of erosion and transfer of sovereignty.

27

Il titolo di questa relazione parte dal rilievo della presenza di una nozione “non formale” di fonte del diritto. Come si sa la nozione formale ha la sua epigrafe nell’art. 1 delle preleggi il quale, intitolato proprio “fonti del diritto”, qualifica come tali leggi, regolamenti ed usi, per quanto dopo la Costituzione e dopo i trattati europei le fonti secondo la stessa nozione formale vanno ben oltre ed abbracciano infatti leggi regionali, referendum abrogativi, sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale, norme di attuazione delle regioni a statuto speciale, fonti europee, regolamenti parlamentari, ecc., al punto che l’art. 1 delle preleggi è stato definito ormai un “pallido simulacro” del sistema delle fonti. L’accezione formale presuppone pertanto la presenza di norme sulla produzione giuridica da cui sole derivano norme di produzione giuridica o verosimilmente produttrici di diritto oggettivo: in tal maniera l’ordinamento giuridico disciplina anche il modo con cui si devono dettare le regole formanti dello stesso¹.

La presenza di regole *ad hoc* sulla produzione giuridica è saldissima nei sistemi

¹ Così N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 35.

di *civil law*, e non a caso erano un tempo tradizionalmente collocate nella parte generale dei codici civili: la codificazione difatti aveva come proprio obiettivo anche quello di far cadere, in nome del primato della legge in quanto espressione della volontà generale nonché della certezza del diritto, l'antico, confuso e cagione permanente di problemi coacervo di fonti che si compendia in editti, bandi, ordinanze ecc. del Principe, nei *responsa prudentium*, nelle *auctoritates*, nelle consuetudini, nel diritto canonico, nelle regole dei vari ordinamenti dotati di autonomia (feudali, comunali, monastici, universitari), coacervo di cui dava una rappresentazione sintomatica l'*incipit* dei “*Delitti e delle pene*” di Beccaria. Senonché da tempo a questa nozione tradizionale e formale di fonti del diritto se ne è aggiunta un'altra che viene definita “materiale”² in quanto non trova titolo in norme sulla produzione giuridica. Essa è frutto di tante cause, che vanno dalla perdita da parte della legge della stabilità di un tempo e del suo carattere ordinamentale al pluralismo sociale, dall'emergere di continuo e con estrema rapidità di nuove province da regolamentare attraverso criteri di alta tecnicità sicché si finisce per provvedere attraverso indirizzi o modelli o standard provenienti da qualificati organismi privati, dalla sempre più sfumata linea di confine tra fonti e non fonti (basta pensare a tutta la *querelle* in ordine dalla distinzione fra atti amministrativi generali e regolamenti, alla tematica della c.d. fuga dal regolamento o alle divergenze sulla natura dei codici deontologici), alla ridotta legittimazione o comunque capacità da parte del diritto statale di regolare fenomeni complessi e cangianti. È evidente altresì che la nozione materiale si raccorda con una visione non astretta entro il positivismo e il formalismo e invece ripercorre l'impianto e la visione dell'istituzionalismo di Santi Romano, per di più vivificati dalla lettura storico-costituzionale che emerge dagli studi di Paolo Grossi, propugnatore della fattualità del diritto e della presenza di vere e proprie officine di “invenzione” del diritto³, dal riconoscimento e dal ruolo costituzionale delle formazioni sociali, dalla nuova *lex mercatoria* che è figlia della globalizzazione giuridica ed economica e che di necessità prescinde dalla sovranità e dai confini e dunque anche da dati formali tanto che si è parlato

² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 58 ss. Altri preferiscono usare il termine *extra ordinem*, così, ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Disposizioni sulla legge in generale, Delle fonti del diritto*, (capitolo dedicato a *Le autonomie dei privati e delle formazioni sociali*) artt. 1-9, 2^a edizione, Bologna-Roma, 2011, 782 ss., categoria che di solito viene riferita agli atti di instaurazione di un nuovo ordinamento e in genere a tutte le fonti che per quanto non previste dall'ordinamento ne determinano di fatto la modificazione.

³ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, nonché, tra i tanti studi dell'A., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 11 e *Universalismo e particolarismo nel diritto*, in *Introduzione al novecento giuridico*, Bari, 2012, 81 ss.

di «fonti senza forma»⁴. Ai fini della nozione materiale di fonte non rilevano pertanto gli elementi formali, quali ad esempio il *nomen juris*, o il procedimento di formazione: si va diritto al contenuto, nel senso che ogni precetto il quale abbia le classiche stimate della normatività costituisce fonte materiale, quali che siano i suoi connotati formali. Con la conseguenza che la fonte materiale si avvicina all'ideal tipo di fonte più della fonte formale, in quanto quest'ultima, di contro, è suscettibile di produrre le c.d. leggi provvedimento, le quali cioè non prevedono ma provvedono. In assenza appunto di criteri formali, che di per sé qualificano l'atto come fonte del diritto, la ricorrenza o meno di una fonte materiale richiede appunto che siano compresenti una serie di requisiti, quelli che dianzi ho definito stimate della normatività. Primo: una formulazione generale ed astratta del precetto che dunque «non deve chiudere la fattispecie», ma deve essere suscettibile di trovare applicazione tutte le volte che un determinato episodio di vita sia incasellabile entro la fattispecie astratta delineata al precetto (c.d. ripetibilità). In secondo luogo non si deve trattare di mere applicazioni di norme già presenti nell'ordinamento ma di nuovo diritto (carattere innovativo). Infine il precetto non deve essere circoscritto a soggetti determinati (come nel contratto o nelle sentenze salvo, per queste ultime, le ipotesi in cui il giudice amministrativo annulli un regolamento, che in tal caso avremmo comunque un effetto di fonte in virtù del principio del *contrarius actus* alla stessa stregua delle sentenze di accoglimento da parte della Corte Costituzionale), ma deve valere *erga omnes*⁵.

Alla luce di tale ricostruzione sostanzialista, se ne ricava che anche soggetti privati possono essere produttori di norme, e pertanto operare come fonti del

⁴ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in BIN – CHESSA (a cura di), *Diritto costituzionale*, 2019, 1, *Fonti del diritto*, 55 ss.

⁵ Il ricorso ai criteri sostanziali dell'astrattezza, della generalità e della ripetibilità è suscettibile di infinite discussioni, nel senso che ciascuno di tali criteri incontra aree di crisi: ad es. quanto alla generalità non c'è prescrizione generale che non possa esser a sua volta scomposta in una somma di prescrizioni individuali e, di rimando, non c'è atto rivolto a uno o più soggetti determinati che non possa essere presentato in termini di precetto generale, mentre la ripetibilità non è ravvisabile nelle norme di abrogazione o istitutive di organi, la stessa astrattezza cede di fronte a leggi provvedimento o leggi di indulto o anche regolamenti che costituiscono la fonte immediata di regolazione del rapporto, senza cioè la necessità di atti applicativi; infine la innovatività è una caratteristica che gli atti normativi condividono con tutti gli atti che contengono delle statuizioni non totalmente predeterminate dall'ordinamento quali ad es. i negozi giuridici e i provvedimenti amministrativi discrezionali: un elenco delle aporie che circonda tali criteri in V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 245 ss. Tuttavia la compresenza di tali caratteristiche costituisce di per sé un relevantissimo criterio indicatore, anzi il criterio guida principale: così G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 22.

diritto. Del resto, già da tempo, a partire dal noto saggio di Cesarini Sforza⁶, è stata rilevata la presenza di un diritto dei privati ovvero di norme che autorità non statali emanano per regolare una serie di rapporti e non mancano saggi intitolati appunto a le «fonti dei privati»⁷. Il diritto dei privati si esprime attraverso un caleidoscopio di figure di cui le principali o comunque le più rilevanti sono le seguenti⁸:

a) Norme dettate da chi dispone di potere esclusivo su di un determinato bene. Ne sono esempi i regolamenti di condominio e i regolamenti di impresa (di accesso, di uso delle strutture e dei servizi, del personale, ecc.). Sono *erga omnes* perché obbligano tutti coloro che entrano in contatto, per varie ragioni, con l'edificio condominiale o con l'impresa. b) Norme dettate sulla base di un rapporto associativo. Ne sono esempi gli statuti di associazioni, fondazioni o società commerciali e soprattutto i codici deontologici sempre più diffusi nelle associazioni di categoria (di imprese, di professionisti, di artisti, ecc.). Anche in queste ipotesi è ravvisabile l'efficacia *erga omnes* perché le norme statutarie vincolano non soltanto i soci, ma a certe condizioni anche gli estranei: ad esempio coloro che chiedono di associarsi (vale aggiungere tra l'altro, ad esempio, che l'art. 16 del c.c. con riguardo alle fondazioni, parla di "norme" sull'ordinamento e sull'amministrazione). Come pure i codici deontologici costituiscono regole che riguardano anche i terzi che vengano in rapporto con i soggetti inquadrati nella categoria regolamentata. c) Disposizioni contenute nei contratti di lavoro. Esse infatti, malgrado la non attuazione dell'art. 39, Cost., sono nella sostanza "normativizzate" grazie al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui tali contratti costituiscono parametro per la determinazione della giusta ed adeguata retribuzione assicurata a tutti i lavoratori dall'art. 36 Cost. Aggiungasi che l'art. 360, comma 1 c.p.c. così come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha inserito tra i motivi di impugnazione con ricorso per Cassazione la violazione e la falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali del lavoro, ponendoli quindi sullo stesso piano, anche topograficamente delle norme di diritto.

Più recentemente le fonti dettate dall'autonomia privata hanno acquisito altre province. In particolare hanno acquisito rilievo e diffusione d) le linee guida

⁶ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (1^a ed. 1929).

⁷ V. ad es. F. RICCI, *Potere normativo dei privati, clausole generali e disciplina dei contratti*, in NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 593 ss.; A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, 1895, N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 699.

⁸ Si seguono sul punto le indicazioni A. PIZZORUSSO, *Disposizioni sulla legge in generale, Delle fonti del diritto*, cit., 782 ss.

provenienti da organismi (qualificati) non pubblici⁹, le quali costituiscono «un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza però avere la pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assicurare al livello di regole vincolanti»¹⁰. Tra l'altro ciò è stato affermato anche con riferimento alle linee guida richiamate dalla legge e di cui è prevista la pubblicazione (v. art. 5, l. 8 marzo 2017, n. 24, in materia di responsabilità medica): da un lato costituiscono parametri per verificare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia ovvero come qualificazione di comportamenti, ma dall'altro non dettano criteri inderogabili. Hanno infatti carattere né esaustivo né cogente sicché vanno applicate solo se risultano essere adeguate con riguardo alle circostanze concrete, il che significa che v'è il dovere di accertare sempre la congruenza tra la linee guida e il caso di specie¹¹.

e) Le regole elaborate da enti privati di normazione o da organismi associativi internazionali pur di natura privata come gli *standards* dettati, ad es., dalla *International Organization of Supreme Audit Institutions – Intosai*, finalizzati ad assicurare un corretto e proficuo uso delle risorse pubbliche, i principi contabili curati dall'*International Accounting Standards Committee* (IASC), gli *standards* alimentari adottati dalla *Codex Alimentarius Commission*, le regole dettate dalla *Society for Worldwide Inter-bank Financial Communications* (SWIFT), in materia di modalità tecniche di esecuzione dei trasferimenti di denaro, le regolamentazioni in materia di prodotti agricoli e di materie prime (*commodities*) provenienti rispettivamente dalla *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) e dalla *Federation of Oil, Seeds and Fats Association* (FOSFA). Vi sono poi tutta una serie di normative che nascono dalla attività di catalogazione e elaborazione di usi e prassi del commercio internazionale, per lo più ad opera di corti internazionali che assumono così il ruolo di soggetti promotori e produttori di diritto transnazionale uniforme: così le norme uniformi in materia di crediti documentari (c.d. *International Commercial Terms*), quelle in materia di garanzie bancarie a prima domanda, le norme e usi

⁹ Tutt'altro discorso vale per le linee guida provenienti da enti pubblici la cui normatività viene desunta e dalle legge che le prevede e dal loro contenuto: tipico è il caso delle linee guida Anac previste dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che possono avere natura di regolamento o di mere indicazioni o raccomandazioni sussumibili entro la categoria della direttiva o, secondo una tesi avanzata dal Consiglio di Stato di atti amministrativi in generale (v. in proposito G. MORBIDELLI, *Le linee guida Anac: comandi o consigli?*), in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770.

¹¹ Cass. pen., sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168.

uniformi in materia di pagamenti ed incassi a fronte di documenti. Si aggiunga poi la elaborazione, sempre da parte di associazioni e organismi privati, se non da studi legali o di consulenza internazionali, di clausole e contratti tipo, che operano alla stessa stregua delle regole e dei criteri dettate da associazioni e organismi, come criteri generali ed astratti: emblematici sono ad esempio i contratti-tipo per operazioni in derivati predisposti dall'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) o i contratti di appalto internazionale elaborati dalla *Fédération Intertanationale des Ingéniurs-Conseils* (FIDIC). Ma vi sono contratti tipo per le più svariate categorie di rapporti commerciali, ad esempio in materia di regolazione delle *royalties* per la cessione e il trasporto di energia, di condizioni del trasporto aereo o marittimo, di contratti telematici¹², e che germinano del fatto incontestabile che gli affari dell'economia non tollerano confini, come pure non conosce confini il sapere tecnico che a sua volta si compendia in regole¹³.

Si tratta di contratti che prescindono dalla sovranità propria di ciascun territorio e invece si collocano in un "non luogo", mero ambito di negozi giuridici e finanziari e che evocano il c.d. contratto normativo il quale appunto contiene clausole e norme destinate a valere in successivi ed eventuali contratti da stipularsi tra le stesse parti, con terzi o addirittura tra terzi e che hanno lo scopo di disciplinare in modo uniforme il contenuto di una pluralità di rapporti¹⁴. La contrattazione normativa ha appunto lo scopo sia di garantire certezze interpretative e completezza di disciplina, sia di dar luogo all'uniformità di regolamentazione giuridica che è una esigenza della stessa produzione industriale e della negoziazione per classi di prodotti, tanto più necessari ove vi sia l'esigenza – consustanziale alla mobilità e alle interconnessioni della nostra epoca – di superare le leggi del territorio. Tali contratti tipo o contratti normativi o comunque schemi generali a loro volta, alla stessa stregua di quello che avviene per le regole dettate dagli enti privati di normazione, vengono applicati pressoché automaticamente dagli operatori ed anzi vengono considerati parametri di correttezza e di buona fede in quanto *best practices*.

¹² V. comunque sul punto le tante esemplificazioni di A. MAZZONI – M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale, Fondamenti e prospettive*, Torino, 2019, 143 ss.

¹³ V. N. IRTI, *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Bari, 2006, 101 ss.

¹⁴ E del resto la dottrina più recente è orientata ad attribuire natura di fonte ai contratti normativi se pur con distinzioni e precisazioni e sulla base di una lettura "sostanzialistica-estensiva" delle norme in materia di fonti: v. in tal senso gli scritti di M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in MACARIO – MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 347 ss. e G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.

Del resto sono le esigenze primarie dei rapporti economici internazionali che richiedono la standardizzazione dei contenuti dei contratti, dato che ciò consente di conseguire economie di tempi e di costi, per imprese che operano su scala internazionale, di talché osservare discipline specifiche Paese per Paese sarebbe onerosissimo¹⁵.

Tali congerie di precetti che sovente vengono riassunti sotto il nome di nuova *lex mercatoria* cui si affiancano altre aree, ad esempio, quelle coperte dalla c.d. *lex sportiva* o c.d. *lex informatica*¹⁶, sono in concreto assistite dalla effettività in virtù della forza delle cose, cioè dell'esigenza di uniformità: ed infatti ricevono una adesione così generalizzata sì da avvicinarsi alla cogenza tanto che non è mancato chi avvicina tali fonti, stante il substrato di *opinio juris ac necessitatis*, alle consuetudini, pur se non se ne richiede la c.d. *diuturnitas*.

Resta il fatto che tutti questi plessi normativi, se pur sono caratterizzati da astrattezza, generalità, efficacia *erga omnes* in via di fatto e dunque effettività devono quest'ultima caratteristica ad una pluralità di fattori, quali la capillare diffusione, l'autorevolezza della fonte, la *moral suasion* esercitata da qualificate e ramificate Associazioni, la esigenza di regole unitarie e *standards* comuni, ma non ad una fonte abilitante, sicché non vengono di solito considerate norme costitutive di diritto oggettivo in quanto appunto non dettate da atti e fatti normativi titolati secondo l'insegnamento tradizionale a costituire l'ordinamento¹⁷. Questo perché nel nostro ordinamento (a differenza di quello dell'Unione europea), la nozione di fonte è prevalentemente ancorata alla concezione formalistica come si evince dalla prevalente dottrina, dalla prassi e anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁸. Ed infatti sovente si usa ricondurli sotto la etichetta della *soft law*, categoria invero dai caratteri variegati e non omogenei (tanto che la stessa evocazione del termine categoria è impropria), in quanto di provenienza e da soggetti pubblici e da soggetti privati, con origini, finalità, strutturazione diversi, e diversi anche per nomenclatura (dichiarazioni di principi, raccomandazioni, risoluzioni, carte, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione, ecc.). Tratto unificante è che si tratta di regole di condotta prive di coercibilità in senso tradizionale in quanto non ascrivibili tra le fonti del diritto, ma che tuttavia producono effetti pratici che si

¹⁵ In tal senso le considerazioni di A. MAZZONI – M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale*, cit., 142 ss.

¹⁶ V. sul punto A. PIZZORUSSO, *Le problematiche delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Foro it.*, 2007, IV, 46.

¹⁷ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 5ª ed., Padova, 1984, 2.

¹⁸ Così F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, 103-104.

traducono anzitutto in una “influenza” verso i destinatari¹⁹, influenza che invero può essere così stringente al punto che potrebbe essere definita *cripto hard*²⁰.

Altre volte si parla invece di fonti anomale salvo comunque specificare che a prescindere dalla loro eventuale effettività o “persuasività” non possono comunque mai essere considerate fonti perché in tal maniera si confliggerebbe con il principio per cui compete a ogni singolo ordinamento giuridico determinare le proprie fonti. Di talché sono estranee al tipico regime che il diritto italiano vigente riserva alle fonti legali²¹. Tuttavia non tutte le fonti materiali sopra ricordate possono essere ricondotte entro l’ambito delle fonti negoziali o entro l’ambito della *soft law*. Una conclusione di tal fatta non terrebbe conto del caleidoscopio di figure di fonti private che gli ordinamenti e la prassi fanno emergere. Caleidoscopio che impone una disamina puntuale delle singole figure di espressione normativa della autonomia privata onde poterne definire gli specifici regimi e stabilire se invece abbiano o possano avere e per quale ragione natura di diritto oggettivo. Del che derivano le note conseguenze circa la ricorribilità in Cassazione ove vi sia stata una errata o falsa applicazione (art. 111 Cost., e 360 c.p.c.), e dunque la sottoposizione alla nomofilachia della Corte di Cassazione l’applicazione del principio *iura novit curia*, la integrazione della fattispecie del reato di abuso d’ufficio, *ex art. 323 c.p.*, la tutela tramite disapplicazione nei confronti di provvedimenti amministrativi difformi, l’applicazione dei criteri interpretativi propri degli atti normativi e non quelli dei contratti, le varie regole in punto di validità, efficacia, pubblicità, giustiziabilità che caratterizzano il regime degli atti normativi.

Non v’è dubbio che rientrano tra le norme private assoggettate in tutto e per tutto al regime dei contratti e non a quelle del diritto oggettivo le norme di regolamentazione dettate da parte di chi dispone di poteri esclusivi su un determinato bene come pure le norme che disciplinano le strutture e le attività delle persone giuridiche private. La giurisprudenza è del resto costante nell’affermare che la violazione dei regolamenti condominiali²² o degli statuti

¹⁹ Si veda sul quanto già osservato in G. MORBIDELLI, *Gli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2017, 1 ss.

²⁰ Così M. RAMAJOLI, *La soft regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2017.

²¹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 462, v. altresì A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, cit., 1897, quando osserva che «le dimensioni attuali del fenomeno del diritto dei privati appare non congruente ma del tutto confligente con un sistema di fonti dominato dalla sovranità dello Stato e dal principio della riserva dei poteri di produzione normativa ai soli soggetti pubblici».

²² Cfr. ad es., Cass. civ., sez. II, 17 luglio 2000, n. 9355. Cass., sez. un., 18 aprile 2019, n. 10394.

di una fondazione, di una associazione o di una società, non rientrano nella categoria delle “norme di diritto”, cioè di quelle norme che costituiscono diritto oggettivo, con tutte le conseguenze sopra rammentate (ricorso in Cassazione, ecc.).

Un discorso a parte, tuttavia, meritano i codici deontologici e le norme prodotte da enti inseriti nell’ordimento sportivo. Occorre infatti distinguere, quanto ai primi, i codici deontologici che hanno espresso titolo di legittimazione nella legge: ad esempio, le regole deontologiche dei giornalisti, di cui all’art. 139 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, oppure i codici deontologici e di buona condotta disciplinati dall’art. 12 del medesimo d.lgs. e, in genere, tutte le ipotesi su cui, come nel caso delle norme del codice disciplinare forense, la giuridicità deriva da una espressa disposizione legislativa²³. In tale evenienza, stante il rinvio operato alle determinazioni dell’autonomia collettiva, quest’ultima assume, per volontà del legislatore, una funzione integrativa della norma legislativa in bianco. Sicché la fonte pattizia viene per legge sussunta a fonte normativa a tutti gli effetti, nel senso che il carattere normativo delle regole deontologiche viene ad essere attribuito dalle norme sulla normazione dell’ordinamento statale. Analogo lo *status* dei codici di autoregolamentazione laddove la legge preveda una sorta di validazione o approvazione da parte di autorità amministrative, di talché si ritiene che in tal maniera vengono ad essere normativizzati: tipico è il caso del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati adottato dall’Organismo Unitario dell’Avvocatura (OUA) e da altre associazioni di categoria, il quale è soggetto ai sensi dell’art. 2-*bis* della legge n. 146 del 12 giugno 1990 al vaglio di idoneità della Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Sicché è quest’ultima – deputata ad esercitare una funzione eminentemente pubblicistica – che con la delibera di idoneità del codice attrae quest’ultimo, tipico atto di autonomia privata, nell’orbita delle fonti (sub primarie) del diritto²⁴.

Di contro, al di là di questi casi i codici deontologici o di condotta sono da considerare espressione di “precetti extra giuridici” ovvero regole interne alla categoria e non già dotati di forza e valore di diritto oggettivo. Talvolta ciò viene espressamente dichiarato, ad esempio, nel Preambolo del Codice Etico dei Magistrati del Consiglio di Stato, ove è scritto: «Le regole del presente Codice

²³ Cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810 in *Giust. civ.*, 2008, I, 2167.

²⁴ V. Corte cost., 27 luglio 2018, n. 180, n. 17 parte in diritto. V. sul punto L. DIOTALLEVI, *Il codice di autoregolamentazione degli avvocati come fonte del diritto di natura secondaria*, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1918 e soprattutto la monografia di H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009, 4 ss.

Etico, non aventi natura ed efficacia di norme giuridiche, sono espressione della tradizione deontologica ...». Va tuttavia aggiunto che hanno pur sempre un valore integrativo della normativa ai fini della interpretazione del criterio della correttezza professionale: costituiscono cioè un parametro per individuare la diligenza o comunque l'assenza di colpa ovvero sia come parametro per l'applicabilità di altre regole sicuramente giuridiche: ne deriva che alle regole in questione non può non riconoscersi natura giuridica, anche se "indiretta" o "mediata"²⁵. Nello stesso tempo però i dettati delle norme di autoregolazione o deontologiche non costituiscono criteri assoluti e inderogabili, nel senso che anzi debbono essere messi in discussione sulla base di specifiche circostanze. Si tratta dello stesso principio che abbiamo visto applicabile alle linee guida, le quali contengono valide indicazioni generali riferibili al caso astratto ma devono essere sempre confrontate con il caso specifico al punto che, con riferimento alle linee guida nel settore medico, è stata ritenuta censurabile la condotta del medico ove egli si limiti ad attenersi alle linee guida nel caso in cui la particolarità della fattispecie concreta avrebbe potuto imporre o consigliare scelte difformi da quelle codificate²⁶.

Pure le norme dell'ordinamento sportivo e segnatamente quelle prodotte dalle federazioni sportive nazionali richiedono una distinzione. Le federazioni sportive nazionali pur avendo personalità giuridica di diritto privato hanno anche compiti pubblicistici, come stabilisce l'art. 15, comma 1, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242. Sicché, in tale veste, adottano veri e propri atti amministrativi che, ove dotati di generalità ed astrattezza, rientrano nella categoria dei regolamenti degli enti pubblici: questo appunto per la ragione che le federazioni sono da considerare enti pubblici *in parte qua* o meglio, per certe categorie di atti che producono. Tanto vero che il d.l. 19 agosto 2003, n. 220, conv. in l. 17 ottobre 2003, n. 280 riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche. Di riflesso sono sottoposte alla giurisdizione amministrativa

²⁵ V. in tal senso, A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2355.

²⁶ V. Cass. pen., sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168. A conferma di tale "derogabilità" valga richiamare la recente decisione secondo la quale il giudice, sulla base di una adeguata motivazione può comunque ritenere attendibile una dichiarazione assunta in violazione delle prescrizioni della c.d. Carta di Noto, redatta da alcune associazioni di criminologi, neuropsichiatri e psicologi (Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 648).

anche le relative regolamentazioni in ordine all'ammissione, esclusione, ecc. Per il resto però, e sono tipiche in tal senso le regole tecniche (es. nel gioco del calcio le regole sul fuori gioco o sulla sostituzione dei giocatori), le federazioni producono norme private in tutto e per tutto e come tali non ascrivibili alla categoria delle fonti del diritto. A maggior ragione sono da considerare sempre e comunque norme private quelle prodotte dalle associazioni sportive non inserite nell'ambito del CONI, e dunque non titolate per legge ad adottare provvedimenti amministrativi.

Considerazioni in parte analoghe a quelle svolte con riferimento ai codici deontologici si impongono per quanto concerne il regime delle regolamentazioni proveniente da organismi privati particolarmente qualificati o da associazioni di categoria. Non è raro il caso in cui tali espressioni di autonomia privata siano richiamate dalla legge, per lo più quando si tratta di c.d. norme tecniche²⁷. In tali casi la fonte materiale, cioè le norme elaborate dall'organismo privato assumono la stessa fonte e lo stesso regime della fonte rinviante, sia essa legge o regolamento o anche normativa europea²⁸. Pur tuttavia le norme tecniche, anche ove non richiamate dalla legge, hanno un ulteriore valore giuridico che si aggiunge a quello eventualmente derivante dall'inserimento in testi contrattuali e pertanto anche sul piano della responsabilità extracontrattuale. Nel senso che la loro inosservanza, sempre che le norme provengano da organismi qualificati, costituisce un criterio per determinare la presenza di comportamenti negligenti o imprudenti o contro la correttezza e la buona fede; come di converso la loro osservanza rileva a favore della correttezza del comportamento, o comunque avrà effetto sul piano della tutela dell'affidamento e dell'elemento soggettivo della colpa: si è parlato in proposito anche in questo caso di effetto giuridico indiretto²⁹. Nello stesso tempo anche questa categoria di norme è stata etichettata come *soft law* onde metterne in luce gli effetti pratici di influenza, ovvero di guida. Così come pure trova applicazione il principio della non assoluta inderogabilità nel senso che è possibile non farne applicazione senza che questo trasmodi in negligenza o imperizia ove se ne dia adeguata motivazione alla luce delle specificità del caso: in sostanza, siamo di fronte allo stesso regime che per convinzione pressoché unanime caratterizza le direttive e che viene

²⁷ Sulla cui nozione invero polisensa, v. A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 1413 ss., nonché la preziosa monografia di F. SALMONI, *Norme tecniche*, Milano, 2001.

²⁸ Da aggiungere che talune leggi contengono clausole di adeguamento delle norme tecniche cui rinviano ai dati scientifici e tecnici sopravvenuti.

²⁹ M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law ...*, cit., 61.

definito sulla scorta della terminologia impiegata da Bobbio³⁰ dell' "obbligo condizionato".

Altra ipotesi è quella dei contratti collettivi di lavoro. Come già ricordato l'art. 360 c.p.c. così come novellato con l'art. 2, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 li equipara alle norme di diritto ai fini del ricorso in Cassazione. Attesa la efficacia sul piano "effettuale" dei contratti collettivi, ci si domanda se tale parallelismo significhi anche normativizzazione dei contratti collettivi. Invece già prima della novella dell'art. 360 c.p.c. la dottrina aveva ritenuto di inserire la contrattazione collettiva tra le *fonti di diritto atipiche o extra ordinem*³¹ in quanto idonee a produrre effetti nei confronti di una pluralità di soggetti³². Ed anche una parte della giurisprudenza ha qualificato il contratto collettivo come fonte di diritto sì da interpretarlo attribuendo «carattere di prevalenza e di priorità al criterio di coerenza tra atto da interpretarsi e i valori fondamentali del diritto vivente del lavoro»³³. Si è così giunti ad affermare che la contrattazione collettiva costituisce una «funzione di norma regolamentare settoriale – come d'altronde prova il largo uso in materia di c.d. delegificazione, della recezione di contratti collettivi in d.P.R. – integrativa delle regole che in materia lavoristica compongono il diritto vivente; anche se la sua efficacia diretta e piena resta delimitata alle parti aderenti alle associazioni che hanno sottoscritto gli accordi collettivi»³⁴. A parte la considerazione che in tal maniera la normatività viene astretta ai soli criteri interpretativi, resta tuttavia il fatto che la dottrina e la giurisprudenza prevalente ne sostengono invece la natura negoziale, soprattutto perché diversamente si avrebbe una compressione della libertà sindacale, in quanto le clausole contrattuali verrebbero ad essere interpretate non secondo l'assetto degli interessi perseguiti dai sindacati stipulanti, bensì attraverso il ricorso a criteri esterni rappresentati dal c.d. diritto del lavoro vivente. In tal maniera non si accerterebbe l'effettiva volontà delle parti contraenti, e la si sostituirebbe con un presunto diritto oggettivo³⁵.

³⁰ N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1960, 71.

³¹ Così in particolare, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit. 799, che fa leva sul principio di effettività per concludere nel senso che «si presentano come le più prossime ad assumere il ruolo proprio di una fonte legale, di pari passo col progressivo estendersi del ruolo assegnato in vari campi ai sindacati maggiormente rappresentativi».

³² M. DELL'OLIO, *Sul sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 2002, ma già ben prima M.V. BALLESTRERO GENTILI, *Note in tema di interpretazione dei contratti collettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 840 ss.

³³ V. ad es., Cass., sez. lav., 18 luglio 2000 n. 9430.

³⁴ Cass. civ., sez. lav., 16 giugno 2000, n. 8316.

³⁵ V. M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 588.

Dirimente è comunque il rilievo per cui la natura normativa è da escludere se non altro perché la Costituzione ha stabilito il valore normativo dei contratti collettivi in presenza di determinati presupposti, allo stato insussistenti³⁶. Semmai si può ritenere che i contratti collettivi siano da considerare atti normativi *in parte qua* e cioè ai soli fini dell'art. 360 e dell'art. 111 Cost. Una normatività dunque parziale il che, tra l'altro, non è un *unicum* perché, ad esempio, all'interno dei piani regolatori si distingue tra parte normativa e parte provvedimentale.

Per quanto invece riguarda i testi elaborati da associazioni o organismi privati, siano essi norme tecniche o *standards* o criteri o contratti tipo, è comune l'affermazione che essi rientrano nella categoria della c.d. *soft law* nel senso sopra precisato, talché rilevano come parametri di correttezza e buona fede o come criteri interpretativi sussidiari. Peraltro, non è da escludere che in virtù del loro costante impiego ripetuto nel tempo possano assurgere a livello di consuetudine, tanto più considerato che nell'attuale società così dinamica ed in continua evoluzione, sia tecnologica, sia nella strutturazione degli stessi rapporti giuridici, la c.d. *diuturnitas* ha un periodo di maturazione ben più breve di quello tradizionale. A tal proposito valga ricordare il ruolo svolto dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (*International Chamber of Commerce* o ICC), la quale da circa un secolo contribuisce ad individuare ed elaborare norme uniformi regolanti i rapporti economici transnazionali. Tale attività è così consolidata e accreditata che è stata definita come «compilazione ragionata della consuetudine»³⁷. L'espressione coglie con compiutezza sia l'attività di rilevazione della prassi consolidata a sua volta generata da contratti tipo o altre forme di indirizzo della attività contrattuale sia, per connessione, quella di rilevazione di consuetudini, talché molto efficacemente è stato sostenuto che attraverso le decisioni dei collegi arbitrali internazionali la *soft law* desunta dai modelli contrattuali tende ad assumere una veste di *hard law*³⁸.

Non solo: è possibile riscontrare nella giurisprudenza della ICC un *quid* di capacità elaboratoria di nuove regole, ritenute le più adeguate alle esigenze degli operatori interessati alla libertà internazionale dei traffici. Invero non è da escludere che la elaborazione dei tipi contrattuali o delle *best practices* o dei codici deontologici possa dar frutto alla individuazione e alla affermazione di una norma innovativa nel senso che essa trovi radicamento in principi ad amplissimo spettro e di conseguenza suscettibili di plurime declinazioni, come appunto i c.d.

³⁶ V. in tal senso L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 462-463.

³⁷ Tale definizione è riportata da A. MAZZONI – M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale, fondamenti e prospettive*, cit., 153 ss.

³⁸ V. in tal senso, A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, cit., 1916.

principi fondamentali, quali certezza del diritto, tutela dell'affidamento, ecc. oppure nella combinazione di regole sparse nell'ordinamento. Sorge allora il problema se la individuazione di tale nuovo precetto, nuovo perché non scolpito espressamente nel diritto positivo, già di per sé possa essere considerata opera di produzione del diritto, ovvero di mero rinvenimento di ciò che è già diritto e dunque di diritto che è stato già prodotto. In altri termini l'affermazione e con essa la *discovery* di una regola (o anche di un principio) è *ius novum*? oppure è meramente disvelativa di ciò che le fonti formali hanno già prodotto? La risposta è nel secondo senso. In questo caso infatti si ha un'opera di invenzione intesa come ricerca o reperimento da tutto il tessuto normativo dei principi e dagli sviluppi dei principi: è dunque una attività di interpretazione che non va confusa con le fonti del diritto dovendosi escludere la correttezza di quelle operazioni che determinano una conversione della teoria delle fonti nella teoria della interpretazione³⁹. È chiaro che in una lettura meramente impressionistica si può parlare di interpretazione creativa, ma in realtà si tratta di effetti disvelativi di ciò che già stabiliscono la normativa europea, le consuetudini internazionali, i principi fondamentali dell'ordinamento: un'opera cioè di *inventio*, intesa nel senso di reperimento per usare la terminologia di Paolo Grossi.

40

Di contro, l'applicazione continua di determinate regole, la loro osservanza ripetuta, indotta o no dall'attività sistematoria di corti internazionali, come può dar luogo a consuetudini, può anche, ove la loro affermazione sia confortata da giurisprudenza affermata nei vari ordinamenti e dalla adesione della dottrina, sicché possa dirsi espressione di valori ben consolidati⁴⁰, raggiungere persino il livello delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciuto con la conseguenza che in tale evenienza la fonte contrattuale viene a tramutarsi in fonte intermedia tra la Costituzione e la legge ordinaria, e pertanto dotata di forza gerarchica superiore a quest'ultima⁴¹.

In conclusione: i privati producono norme, cioè regole generali ed astratte, anzi le hanno sempre prodotte, e non solo quando vengono emanate da organi esponenziali di ordinamenti particolari. Sono però norme sottoposte a regimi diversi: talvolta hanno un regime puramente contrattuale, altre volte sono regolamenti (ad es. quelli delle federazioni sportive, o i codici di

³⁹ V. in tal senso, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., vol. II, Milano, 2008, 563 ss.

⁴⁰ V. in tal senso, L. CONDORELLI, *Il "riconoscimento generale" delle consuetudini internazionali nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1979, 5 ss.

⁴¹ V. con ulteriori indicazioni di dottrina A. PIZZORUSSO, *Consuetudine, I) Profili generali*, in *Enc. Treccani*, vol. VIII.

autoregolamentazione approvati da pubbliche autorità), altre volte hanno un regime di legge ordinaria, o di altra fonte formale (regolamenti, fonti europee) che ad esse faccia rinvio (è il caso delle norme tecniche e dei codici deontologici), altre volte hanno un regime di normatività indiretta (linee guida adottate da organismi privati, codici deontologici non normativizzati), altre sono da considerare norme di diritto oggettivo solo a certi fini (così i contratti collettivi), altre sono classificabili come *soft law* quando cioè operano solo sul piano della influenza verso i consociati, altre di consuetudini (la *lex mercatoria* consolidata), altre infine, ovvero le ipotesi di *lex mercatoria* consolidatissima, possono essere ascritte tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto.

Sicché, considerato che secondo l'opinione classica (consuetudine a parte) i privati sono per definizione esclusi dal novero di soggetti produttori di fonti⁴², le considerazioni più sopra svolte potrebbero indurre ad una rivisitazione del sistema tradizionale delle fonti, recependo in tal maniera le indicazioni di una parte autorevole della dottrina che ha rilevato il carattere recessivo delle sistemazioni usuali secondo forma, ritenendo invece che si debba andare verso sistemazioni secondo valore, nel senso che si deve tener conto di connotati di ordine assiologico-sostanziale⁴³ attraverso una opera di "setaccio" e indi di radiografia giuridica di tutta la vasta congerie di fonti materiali prodotte dai privati. D'altra parte è incontestabile che la crescita e l'affermarsi delle fonti materiali ha, di riflesso, l'effetto di una svalutazione complessiva delle fonti formali. Tanto che una parte della dottrina vede in ciò una subordinazione del pubblico al privato e con essa una dequotazione del principio democratico e di quello rappresentativo in quanto cedevoli di fronte alle categorie economiche «signori dei propri interessi»⁴⁴. Di contro, si assume che si tratta sempre di manifestazioni di autonomia della società civile che hanno le radici nei principi costituzionali del pluralismo e della sussidiarietà. In questa sede tuttavia ci

⁴² V. per tutti A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Dig. it.*, Torino, 1961, VII, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, 87 ove leggiamo «Oltre alle leggi e agli atti a esse equiparati, vanno quindi considerati come fonti del diritto soltanto i fatti e gli atti, non di diritto privato, ai quali l'ordinamento collega la nascita di precetti operanti nei confronti di tutti i possibili soggetti che si trovino nelle condizioni in essi ipotizzate (e per ciò meritevoli di essere considerati precetti generali) e, a un tempo, in relazione a tutti i possibili casi che si determinino durante il periodo di loro vigenza (e perciò meritevoli di essere considerati precetti astratti)».

⁴³ Così in particolare, A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in ID. *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2009, 433 ss.

⁴⁴ Così M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 62.

siamo limitati ad una rassegna delle fonti private e con esse ad annotazioni sul relativo regime senza addentrarci nella “politica” del loro fiorire e della loro pervasività⁴⁵. Resta comunque il fatto che le norme private nascono da esigenze incontestabili dei traffici commerciali, della sicurezza, della fluidità delle comunicazioni, di uniformità e di uguaglianza al di là dei confini degli Stati, oltre che dai principi di tutela delle autonomie dei corpi sociali, di libertà di iniziativa economica, di sussidiarietà, anche se è indubbio – come scriveva Alberto Predieri con riferimento alle norme tecniche – che costituiscono un «fattore di erosione e di trasferimento di sovranità».

⁴⁵ Indicazioni su questo dibattito, da ultimo in R. MONTINARO, *Fonti private di produzione normativa e mercato*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 2, 36 ss.

Complessità del diritto e autonomia privata

Baldassare Pastore

Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Ferrara

Il contributo ha ad oggetto il rapporto che intercorre tra fonti del diritto e interpretazione in un'epoca connotata da significativi cambiamenti all'interno delle dinamiche della positivizzazione giuridica. Il diritto contemporaneo si caratterizza per la sua complessità. I processi di produzione giuridica dipendono sempre più dalla presenza di soggetti, pubblici e privati. Il diritto si fa costantemente a partire da materiali vari e attraverso l'articolazione di fonti di origine e autoritatività differenziate, in un contesto destrutturato, frammentato, fluido, reticolare, nel quale assumono rilevanza il diritto dei privati e la loro autonomia. In questo scenario, giocano un ruolo importante la funzione del notaio e la prassi notarile come esempio di *soft law*.

The article deals with the relationship between the sources of law and interpretation in an era that has significant changes in the ongoing dynamic of positivization. Complexity characterizes contemporary law. The law-making process depends ever more on the presence of public and private subjects. Law forms and transforms itself by means of various materials. It works through the articulation of sources of several origins and authoritativeness, in an unstructured, fragmentary, fluid context with a network frame, in which the law of private parties and their autonomy are relevant. In this scenario, the function of notaries and the notarial practice, that is an example of soft law, play an important role.

Sommario: 1. Le fonti e il diritto proteiforme. – 2. La produzione privata del diritto e il ruolo dell'interpretazione. – 3. La prassi notarile come esempio di *soft law*.

1. Le fonti e il diritto proteiforme

Riflettere sulle fonti, oggi, significa riconoscere la complessità del diritto, il suo carattere proteiforme¹.

Quello relativo alle fonti, invero, costituisce uno dei temi fondamentali di qualsiasi approccio all'esperienza giuridica². Esso riguarda l'individuazione del diritto. Da molto tempo sono in corso significativi mutamenti nell'assetto delle fonti. Da un lato, alla *semplicità* tipica del diritto dell'età della codificazione (con la sua identificazione nella legge, perno del sistema, attorno al quale ruota tutto l'insieme delle fonti normative) si sostituisce la *complessità* delle regolamentazioni in ordinamenti – quale, ad esempio, quello italiano – non più esclusivamente *legislativi*, ma *costituzionali*, complicati dalla presenza di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa. Dall'altro, le molteplici fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali (si pensi alla penetrante incidenza del diritto europeo-comunitario) e con il diritto globale (ne è un esempio significativo la nuova *lex mercatoria*), entro una dinamica che manifesta la fine della pretesa di “esclusività-impenetrabilità” dell'ordinamento (in cui si risolve, in termini operativi, il moderno concetto della sovranità) e che rende il diritto intricato.

La complessità è il risultato della compresenza di più plessi normativi in interazione. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti. Il concetto di complessità, propriamente, designa la possibilità di dar conto di un insieme, assunto, in qualche modo, come unitario, considerando gli elementi che lo costituiscono e le relazioni, che sono il prodotto di attività selettive, in cui esso si conforma. La complessità indica un legame tra unità e molteplicità; va intesa come incremento dei collegamenti, degli intrecci, fra

¹ A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, 98, 106 ss., 123-124. Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, spec. 206, 209; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, 188-214; J.B. RUHL, *Law's Complexity: a Primer*, in *Georgia State University Law Review*, 2008, 24, 885-911.

² Sull'esigenza di ripensare il modo di porsi della problematica delle fonti nella teoria giuridica si rinvia a N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008.

elementi. Essa dipende dal variare del numero e della diversità delle componenti di un insieme, dall'ampiezza e dall'incidenza delle loro interdipendenze, nonché dalla variabilità degli elementi e delle loro relazioni nel corso del tempo. Così, gli elementi di un insieme, e le loro connessioni, frutto di dinamiche non lineari, multiple, si collocano entro una trama dove le singole parti perdono di rilievo nel loro carattere singolare e discreto e lo acquistano invece al livello del tessuto che vanno a comporre³.

Il pluralismo delle fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, favorisce la complessità, che a sua volta genera un paesaggio giuridico complicato⁴.

“Fonte” è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico (a seguito dell'interpretazione) una norma valida, applicabile, da utilizzare immediatamente, e fonti che offrono idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme⁵.

La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento “aperto” alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica. Le fonti si de-tipicizzano. Le fonti tradizionali si modificano. Emergono fonti “nuove”.

Le fonti presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come luoghi privilegiati, in quanto risorse dotate di forza presuntiva, a cui gli interpreti hanno il dovere di rivolgersi per trarre le norme da applicare ai casi concreti⁶. L'attività dell'interprete consiste nel reperimento della soluzione giuridicamente adeguata alla situazione particolare e nel ritrovamento della regola del caso, cercata nei depositi normativi. Si tratta – riprendendo le riflessioni di Paolo Grossi – di un'attività *inventiva*, che rinvia al significato dei termini latini *invenire/inventio*, facenti riferimento a un cercare per trovare, ad una attività di scoperta⁷.

³ Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 204, 206; B. PASTORE – F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017, 283-284.

⁴ Così P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in questa rivista, 2018, 2, 35-38.

⁵ B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 33.

⁶ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari-Roma, 2012, 46.

⁷ P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna*, cit., 32, 35. Cfr. anche ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, X, 62, 86, 111.

La dimensione policentrica e frammentata del diritto odierno conduce a ridisegnare la configurazione delle fonti. Viene in evidenza, a questo proposito, la non esaustività di ogni loro classificazione e delle modalità di produzione. Se il panorama giuridico assume sempre più una articolazione plurale, dove interagiscono tutte le norme (di diversa origine e provenienza), si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale risulta superata. Appare estremamente difficile ricondurre le fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento formale di produzione. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete. Vi sono fonti “di fatto” che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Avviene, così, che il tradizionale schema gerarchico, tramontata la sua capacità prescrittiva, si dissolve.

Si ha a che fare con fonti *extra ordinem*, non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione).

Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse (si tratta, appunto, delle fonti in senso materiale), rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica⁸, con la conseguenza che «gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l’effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti»⁹.

L’universo giuridico, così, assume una configurazione multipolare (dovremmo parlare di un “pluriverso”), una configurazione di tipo orizzontale, “a rete”, piuttosto che di tipo verticale, “a piramide”¹⁰. I materiali che lo popolano, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di positivizzazione, sono molto più articolati e complessi rispetto al modo semplicistico esibito dalla tradizione legicentrica.

⁸ B. PASTORE – F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., 286.

⁹ Così C. ESPOSITO, *Consuetudine* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 468.

¹⁰ La piramide è simbolo architettonico di un ordine che colloca i rapporti tra gli atti normativi lungo linee gerarchiche. Essa definisce la struttura dell’ordine giuridico, che ha come orizzonte lo Stato nazionale moderno e che trova nella teorizzazione gradualistica kelseniana la sua più chiara configurazione. Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, 1994, 133-136; ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1990, 263-264. Sul paradigma della rete si rinvia a F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, 43 ss., 49 ss.; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 32-38.

La rete implica la presenza di una trama costituita da fili e da nodi, uniti tra di loro da legami, che assicurano interconnessioni. Si tratta di “strutture aperte”, caratterizzate da intrecci di relazioni intercorrenti tra gli elementi, senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un’unica via d’accesso.

La normatività giuridica risulta, in questo quadro, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità. Essa si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione, la loro cogenza, il loro indice di ottemperanza. I gradi di normatività, dunque, sono differenti, sia nel peso sia nel valore, e ciò rinvia all’uso, all’applicabilità, all’accettazione e all’osservanza delle regole giuridiche.

La positivizzazione, in quanto fattore costitutivo del diritto, si compie a partire dalle fonti, ma nessuna di esse è autosufficiente, né conclusiva, a prescindere dall’attività interpretativa, e ognuna di esse rileva solo nell’ottica generale della pratica giuridica.

L’ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. Abbiamo a che fare con una continua e diffusa prassi ermeneutica, articolata a diversi livelli, da quelli “tecnici”, riconosciuti dall’ordinamento, a quelli non-istituzionalizzati di coloro che esperiscono il diritto come valido e lo scelgono come ragione per agire e per decidere. I materiali giuridici, così, presentano diversi piani di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento “plurale” della positività. Il diritto si compone di fattori plurimi, variamente dislocati ai livelli della sua produzione, integrazione, ricostruzione, applicazione.

Nell’ordinamento convivono plessi normativi, variamente articolati, che contribuiscono, in relazione ai concreti ambiti sociali e alle specificità regolative, alla prestazione volta ad orientare i comportamenti e a prendere decisioni.

Nell’ambito dei processi di positivizzazione, l’insieme totale si pone come risultato dell’intreccio di una molteplicità di elementi non sempre gerarchizzabili, come trama di relazioni aperta a continui aggiustamenti e sviluppi. Il diritto, pertanto, cresce attraverso il costante inserimento di materiali normativi e la loro determinazione progressiva, realizzata in sede interpretativo-applicativa.

Da questo punto di vista, la ricerca delle fonti diviene una questione interpretativa, che mette in campo un insopprimibile ambito di libertà dell’interprete (il quale partecipa costitutivamente alla produzione del diritto da applicare), ma, nel

contempo, richiede che essa si eserciti all'interno della pratica giuridica, nel rispetto del suo senso generale e dei suoi vincoli specifici¹¹.

2. La produzione privata del diritto e il ruolo dell'interpretazione

Complessità del diritto (una complessità che corrisponde alla complessità sociale¹²) vuol dire riconoscere che esso è il prodotto di un'ampia pluralità di fonti "statuali" ed "extrastatali", tra le quali assume una significativa consistenza l'autonomia privata¹³.

Lo Stato non esaurisce la giuridicità. Il diritto statale è solo una parte del diritto. Il pluralismo giuridico mette in discussione l'"assolutismo giuridico", ossia la pretesa dello Stato di essere l'esclusivo produttore di tutto il diritto, con conseguente riduzione della multiforme complessità dell'ordinamento a un insieme di leggi espressione della volontà di un potere supremo¹⁴.

Vari sono i fenomeni di produzione privata del diritto: *lex mercatoria*, prassi negoziale, lodi arbitrali, procedure connesse ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie (mediazione, conciliazione, arbitrato). Si tratta di fenomeni tutt'altro che eccentrici e marginali nella vita del diritto.

L'autonomia privata va intesa come esercizio di libertà, oggetto di regolazione, fonte di regolazione¹⁵. Essa produce decisioni che si configurano come regole che disciplinano interi settori riguardanti le attività umane (attività patrimoniali e commerciali, rapporti familiari, rapporti successori, ecc.), senza il concorso di fonti pubbliche¹⁶, ed è soggetta a controlli al fine di riequilibrare la disparità

¹¹ B. PASTORE – F.VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., 317 ss.

¹² P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna*, cit., 34; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, LV, 149-150.

¹³ Un significativo esempio di attenzione al rilievo che la produzione privata del diritto assume nell'attuale mutamento del sistema delle fonti, in un'ottica orientata ad un proficuo confronto tra teoria e pratica giuridica, è costituito dai contributi pubblicati nel volume, curato da Giuseppe Conte e Massimo Palazzo, *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit.

¹⁴ Cfr. P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 3 ss., 6 ss., 21-23.

¹⁵ E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 136 ss.

¹⁶ Il riferimento va a quel diritto che «i privati ... creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale» sul quale, nel 1929, ha richiamato l'attenzione Widar Cesarini Sforza. Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018, 13. Il diritto dei privati regola i rapporti tra persone private, ma «non emana dallo Stato, né immediatamente né mediamente», ivi, 14.

tra le parti, la posizione non paritaria, la mala fede di una parte, e di garantire interessi assunti come fondamentali dall'ordinamento¹⁷.

Notevoli sono i mutamenti intervenuti nella società che rendono le regole di autonomia privata idonee a essere osservate da soggetti ulteriori rispetto a quelli che le hanno poste in essere. Gli atti dei privati diventano fonti normative¹⁸, ossia modi di manifestazione di regole giuridiche. Si tratta di un diritto, espressione del pluralismo normativo, che riconfigura il modo di concepire l'ordinamento¹⁹. Tutto ciò impatta sull'articolazione delle fonti e sulla ripartizione di competenza dei poteri. Più che di sistema delle fonti (ormai destrutturato, in crisi profonda) sarebbe opportuno parlare di «rete delle fonti»²⁰.

Significative sono le ricadute sulla concezione dell'interpretazione giuridica. Il punto di partenza non è il testo ma il fatto della vita in funzione del quale il testo viene interrogato dall'interprete. Si assiste, così, ad una importante rivalutazione del momento interpretativo/applicativo. L'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile, ma è, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la situazione storica che l'interprete ha di fronte. L'interpretazione si pone come componente essenziale della giuridicità, nonché come mezzo stesso del suo operare in concreto.

L'ordinamento si configura come struttura conformata di funzioni, di rapporti organizzativi, di materiali normativi, di elementi valoriali, che vive rinnovandosi continuamente attraverso atti di produzione, di interpretazione, di applicazione. È il risultato *in fieri* di complesse combinazioni e interdipendenze. L'ordinamento *si fa*. Non è possibile concepirlo senza far riferimento all'idea

¹⁷ E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, cit., 146 ss., 150 ss.

¹⁸ Sull'autonomia privata quale fonte del diritto cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4, 7-8, 21 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., 163, 169. Sul radicarsi dell'autonomia privata nella costituzione, «da intendere quale trama di principi giuridici che traggono la loro forza e la loro vitalità non già dal fatto di provenire da un vertice autoritativo e sovrano, ma da un assetto organizzativo complesso, nel quale, in base a un movimento diffuso, ascendente e continuamente interpretato da corti qualificate, trovano espressione e sono destinate a convergere le iniziative individuali e collettive, private e pubbliche», cfr. U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 10. Cfr., in proposito, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 40 ss., 44 ss., 53 ss.

¹⁹ F. ALCARO, *Il "Diritto dei privati"*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 92-95.

²⁰ M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 113; B. PASTORE – F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., 285.

di “diritto vivente”, che appare solo in parte riconducibile alle fonti legali²¹. In relazione al diritto vivente assume un ruolo centrale la “comunità interpretativa”. Essa collega i partecipanti ad una tradizione giuridico-istituzionale. Sotto un profilo soggettivo, indica l’insieme dei soggetti che producono, conoscono, applicano il diritto. Giuristi e operatori giuridici svolgono il compito specifico di “trattare” regole: le individuano, le riformulano, le adattano, le integrano, le sistematizzano. È centrale, qui, il dinamismo interpretativo che si esplica in una partecipazione interattiva. Sotto il profilo oggettivo, la nozione rimanda ad un orizzonte epistemologico, metodologico e normativo che rende possibile l’accettabilità delle scelte interpretative e condiziona la validità del ragionamento giuridico²².

La comunità interpretativa partecipa al processo di formazione del diritto. L’interpretazione opera grandemente nella messa in ordine e nell’armonizzazione del complesso normativo, ponendosi come una risorsa essenziale, idonea ad amministrare la dialettica tra identità e continuità ordinamentali e i mutamenti sociali, tra le esigenze della certezza-stabilità e quelle del rinnovamento-mobilità. In questo sforzo ordinatorio viene in gioco la responsabilità dei giuristi. Il giurista si pone come costruttore di soluzioni nell’intricato, e disordinato, quadro delle fonti.

50

Il discorso giuridico non può non preoccuparsi degli effetti delle regole sulla condotta sociale e sull’insieme dell’ordinamento, in termini di praticabilità e coerenza, compatibilità ordinamentale e conformità ai principi.

3. La prassi notarile come esempio di *soft law*

Il momento interpretativo costituisce un elemento indispensabile per cogliere in maniera adeguata la natura specifica della dimensione giuridica. Diversi, invero, sono i tipi di interpretazione, così come molteplici sono i soggetti che interpretano, e che possono avere un’autorità ufficiale o esercitare un influsso di fatto. Se, però, «il ruolo del giudice come artefice del diritto è stato indagato,

²¹ P. GROSSI, *Sull’esperienza giuridica pos-moderna*, cit., 41; M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 39-40.

²² Sul punto si rinvia a 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 Furguiele*, t. I, Mantova, 2017, 351-354. Cfr. altresì E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto*, Torino, 2000, 44 ss., 171 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., 134-141.

meno studiato è certamente il contributo della prassi notarile alla creazione del diritto vivente»²³.

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 formulari²⁴. La prassi, in tal modo, si pone come fucina inesauribile della dinamica giuridica²⁵. 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»²⁶.

Risulta allora impensabile una interpretazione notarile meramente dichiarativa della volontà del legislatore. Il notaio ha a che fare con un articolato serbatoio di formule, di figure giuridiche extra-legislative, di schemi tecnici, di istituti muniti di tipicità sociale, talora di nuovo conio, talora generati dalla trasformazione di figure giuridiche divenute desuete in nuovi schemi negoziali per rispondere a nuove esigenze della pratica degli affari, svolgendo, così, una rilevante funzione integrativa. Siamo di fronte a prassi negoziali sorte negli studi notarili in relazione a singoli casi concreti, che successivamente danno luogo a processi di provvisoria consolidazione in termini di modelli negoziali aventi portata generale, i quali spesso, dopo il vaglio giurisprudenziale, vengono recepiti anche dal legislatore²⁷.

Acquistano rilievo, a questo proposito, con riferimento al diritto commerciale, e specificamente al settore societario, le massime notarili, grazie alle quali si fissano i principi di diritto che sorreggono le scelte di autonomia privata effettuate dai singoli. Si tratta di una manifestazione collettiva di orientamenti

²³ Così M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 83-84.

²⁴ M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 112-113.

²⁵ P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 468. Cfr., sul tema, 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.

²⁶ Traggo le citazioni da F. ALCARO, *Il "Diritto dei privati"*, cit., 110-111. Cfr. sul punto M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 114, 139-140, 144-145, 148.

²⁷ M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 35 ss., 66 ss., 85.

interpretativi volta a garantire l'uniformazione del controllo omologatorio e la conoscibilità preventiva del presumibile comportamento dei soggetti incaricati di tale controllo²⁸.

La prassi notarile partecipa al ciclo complesso della positività giuridica, collocandosi tra le fonti del diritto. È una prassi *corale*, che si caratterizza come opera costante di “rimodellamento del diritto”, fornendo una tecnica di evoluzione graduale dell'ordinamento giuridico che avviene, di atto in atto, garantendo la continuità del sistema, ma anche il suo cambiamento e il passaggio dal vecchio al nuovo senza traumi. È il prodotto dello sforzo di un'intera categoria professionale, in sinergia con la dottrina e la giurisprudenza, «dando luogo ad una contemporanea *communis opinio*»²⁹. Possiamo parlare – riprendendo un'idea di Tullio Ascarelli – di creatività nella continuità³⁰. È, inoltre, espressione di un diritto che nasce in basso e dal basso, nel quale assumono salienza gli atti di riconoscimento³¹.

La prassi notarile dimostra come produzione e interpretazione non possano essere considerati momenti autonomi e del tutto isolati. La regola applicabile al caso concreto diviene, infatti, non quella emanata, ma, anche rispetto all'esperienza in esame, quella frutto dell'interpretazione sedimentata.

In questo senso assumono consistenza le prassi applicative – risultato dell'attività collettiva di una comunità di esperti, dotati di uno specifico sapere professionale – che sono manifestazioni di *soft law*³². Possono essere fatte rientrare, infatti, in un modello di regolazione attento al soddisfacimento dell'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo mutamento, nonché idoneo a tener conto dei vari

²⁸ 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; G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo tra i diversi formanti*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, 1579-1581, 1591-1593. Sulla tipologia degli orientamenti interpretativi (innovativi e confermativi) cfr. *ivi*, 1583 ss.

²⁹ Cfr. M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 86-88.

³⁰ Cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, t. I, Milano, 1959, in particolare 70-75.

³¹ M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 88-89. Sul punto, in generale, si rinvia a B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., 3-4, 15-16.

³² M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 37-38, 68-69; G. BEVIVINO, *Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*. Atti del Convegno – Firenze, 8 maggio 2015, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Milano, 2015, 203-204, 207-209.

interessi in gioco, e volto ad indirizzare verso l'attuazione di determinate modalità e particolari scopi il comportamento dei soggetti.

Ciò testimonia che il diritto tende, per molti versi, a conformarsi secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione.

La prassi notarile 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.

Soft law è espressione 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 rilevanti³³.

Il *soft law*, invero, entro un paesaggio caratterizzato dalla convivenza e dal concorso di varie fonti e di molteplici soggetti regolatori, rappresenta uno dei fattori grazie ai quali prende forma oggi la normatività giuridica. Il diritto appare come un tessuto, una rete di interrelazioni, dove regolazioni morbide ed elastiche – che giocano vari ruoli, rispondendo alle richieste di flessibilità e adattività provenienti da contesti sociali sempre più complessi – convivono con discipline pienamente obbligatorie. La normatività risulta, in questo quadro, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità.

La *softness* si riferisce ai modi di produzione, con normative ottenute tramite modalità non ufficiali e, in ogni caso, più snelle rispetto a quelle formali (le tecniche utilizzate, ad esempio, sono la delegificazione, il trasferimento di una normativa dalla sede legislativa a quella regolamentare o contrattuale, la produzione di codici deontologici, il rinvio a prassi). Ma essa riguarda anche i contenuti, avendo a che fare con l'adozione di modelli regolativi flessibili (ne sono esempi l'utilizzo di clausole generali e di *standards*, la fissazione di obiettivi generali nonché generici) rivedibili, spesso aperti, in una dinamica interattiva e comunicativa.

Non va minimizzata, pertanto, la funzione che un diritto elastico, dissociato dalla rigidità della legge e rimesso alla prassi interpretativa e applicativa, può svolgere.

Le regole di *soft law* trovano applicazione, divenendo efficaci. *Soft law* e *hard law* convivono come plessi normativi spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico, contribuendo entrambi, in relazione ai

³³ In argomento si rinvia a B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., 103-119. Cfr. inoltre B. PASTORE – F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., 287 ss., 291 ss.

concreti ambiti sociali ed alle specificità regolative, alla prestazione volta a orientare i comportamenti e a prendere decisioni. Si consideri, ad esempio, quel *soft law* che è la fonte notarile. Essa acquista spesso una normatività generalizzata attraverso l'opponibilità ai terzi che l'atto pubblico notarile assicura mediante il meccanismo della pubblicità legale (attuata tramite i Registri immobiliari, i Registri delle imprese, i Registri della proprietà industriale)³⁴.

Il *soft law* quale fonte del diritto (*extra ordinem*) conferma l'idea che i materiali che popolano il panorama giuridico, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di positivizzazione, sono molto più articolati e complessi rispetto al modo semplicistico esibito dal giuspositivismo statualistico e legicentrico.

L'operare del *soft law* conferma che l'interpretazione costituisce un aspetto interno alla dinamica delle fonti e mostra, in maniera paradigmatica, come la teoria delle fonti non può essere pensata nell'ottica della ricostruzione statica delle relazioni tra gli atti e le norme dagli stessi prodotte, muovendo dall'assunto che si tratti di "monadi" in sé conchiuse, atomisticamente considerabili e nettamente distinguibili. Essa si intreccia costitutivamente con la teoria dell'interpretazione.

³⁴ Riprendo quanto scrive M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, cit., 88.

L'interpretazione giuridica nell'epoca del diritto pos-moderno

Antonello Cosentino

Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Il contributo ha per oggetto il nesso tra diritto privato e diritto dei privati. L'Autore sottolinea che la contemporaneità pone in questione il ruolo della legge e la sua capacità ordinante, ma ciò non può e non deve diventare crisi del principio di legalità.

The paper deals with the relationship between Private Law, produced by public sources, and the law produced by the autonomy of private individuals and entities. The Authors highlights how the complexity of contemporary society puts in question the legal system ordered by the sources of law, pointing out that it cannot and must not lead to the crises of the principle of legality.

55

Il tema del rapporto tra l'autonomia privata ed il sistema delle fonti – o, per utilizzare la felicissima formula di Widar Cesarini Sforza – il tema del nesso tra il diritto privato e il diritto dei privati¹ è tema che sollecita molte più domande che risposte; il presente contributo, quindi, non ha alcuna pretesa di sistematicità, ma vuole provare a sviluppare qualche riflessione in ordine sparso, quasi una spigolatura, in un campo così fecondo e così arato.

Per cominciare, vorrei partire dalla metafora, utilizzata da Maria Rosaria Ferrarese a chiusura del suo bel libro *Diritto sconfinato*, del diritto-ragno e diritto-ape²; in tale metafora³ il diritto-ragno – tipico delle tradizioni dei moderni

¹ A tale formula – ed alla ricchezza delle implicazioni semantiche che essa contiene e delle prospettive sistematiche che essa apre – F. ALCARO ha dedicato pagine davvero illuminanti nel suo saggio *Il "Diritto dei privati"*, in CONTE – PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in questa rivista, 2018, 2.

² *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006, si veda cap. V, § 10.

³ L'immagine che identifica le api con gli antichi e i ragni con i moderni – riferita non specificamente al diritto, bensì alla cultura in generale – risale a Jonathan Swift, che la usa nel suo *La battaglia*

stati nazionali europei, caratterizzati dal monopolio statale del diritto – era quello che, al pari, appunto, di un ragno, «stava ben radicato sul suo territorio, era statico ed autopoietico, e la sua tela non ammetteva intrusioni da parte di elementi estranei»; il diritto-ape – tipico del mondo pre-moderno e riemergente, secondo molti studiosi, della presente fase storica – è invece – al pari, appunto, di un'ape – «instancabile, sempre in movimento, che cerca di nutrirsi proprio di elementi diversi e che vive di contatti numerosi e variabili con altri mondi ... un diritto che sembra non volersi privare dell'ironico pendolarismo tra il grande e il piccolo, il nobile e il vile, che consente di vedere la verità umana contemporanea nelle sue contraddizioni e nelle sue illusioni».

Ecco, a me pare che questa immagine sintetizzi bene la dialettica culturale di questi anni, anni in cui il diritto perde sempre più vistosamente il suo collegamento con la legge e diventa sempre più simile all'ape che al ragno; anni nei quali la funzione legislativa, come il potere che in essa si esprime, sembra indebolirsi progressivamente, a fronte dell'ampliamento dello spazio riservato alla creatività, da un lato, della giurisprudenza, e d'altro lato, delle prassi mercantili, delle esperienze di *soft law*, dei protocolli organizzativi (e talvolta normativi) tra ceti professionali e, addirittura, tra ceti professionali e poteri pubblici; basta pensare, per percepire quasi tangibilmente cosa significa creazione del diritto “*dal basso*”, alla stupefacente esperienza delle prassi interpretative condivise – prassi interpretative, si badi, non soltanto prassi organizzative – elaborate negli osservatori della giustizia civile sorti in tutta Italia dalla fine degli anni '90 del secolo scorso⁴. Su questo sfondo si parla di “*diritto giurisprudenziale*”, di “*dottrina delle corti*”, di “*crisi della fattispecie normativa*”, di “*comunità interpretante*”, di “*tramonto del mito del legislatore onnipotente*”, e così via⁵.

Su questo, però, mi sembra necessario svolgere qualche considerazione più specifica. Lo Stato moderno, come chiarì Giovanni Tarello⁶, nasce con il superamento del particolarismo giuridico, vale a dire con il duplice superamento, da un lato, della coesistenza di diverse autorità regolatrici nello stesso contesto

dei libri, ed è stata vigorosamente rilanciata da M. FUMAROLI, *Le api e i ragni. La disputa degli Antichi e dei Moderni*, Milano, 2005.

⁴ Sulle implicazioni di sistema dell'esperienza degli osservatori sulla giustizia civile, resta sempre centrale R. CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, 7.

⁵ In questi termini, R. RORDORF, *Editoriale* del numero monografico *Il giudice e la legge*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, 3.

⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

e, d'altro lato, della coesistenza di regimi giuridici differenziati in ragione dell'autorità regolatrice, delle qualità personali del destinatario della regola, dello spazio e del tempo in cui la regola deve trovare applicazione⁷.

È l'esigenza di superare il particolarismo giuridico, conseguente all'evoluzione della società e dell'economia europea sviluppatasi tra il XVIII e il XIX secolo, che ha imposto la codificazione del diritto privato, vale a dire la sistematizzazione, razionalizzazione e omogeneizzazione delle regole che lo compongono. La codificazione era foriera di eguale trattamento dei consociati davanti alla legge: era il presupposto del principio di eguaglianza formale: «dallo *status* al contratto», per dirla con Summer Maine.

Emmanuel de Las Cases riporta una frase pronunciata da Napoleone Bonaparte nell'esilio di San'Elena: «Appena il codice comparve fu tosto seguito come supplimento da commentarii, spiegazioni sviluppi e che so io? Io era solito esclamare: Eh! Signori, noi abbiamo spazzato le stalle di Augia, per Dio, non lordiamole un'altra volta»⁸. La frase viene commentata da Renato Rordorf⁹ con la considerazione che «Napoleone, dopo tutto, era pur sempre figlio di una stagione nella quale al pensiero dell'illuminismo era toccato il compito di sgomberare il campo da una selva di consuetudini e di ordinamenti di ceto la cui opacità aveva generato, sul piano applicativo, gli abusi più gravi, sicché facilmente si comprende la ragione per cui in quel torno di tempo l'esigenza di riaffermare il primato di una legge scritta, chiara e da tutti ben conoscibile, era assolutamente prioritaria (come non menzionare qui Cesare Beccaria; e si può allora anche comprendere la crudezza del paragone napoleonico tra lo sterco delle stalle e l'attività interpretativa dei primi commentatori del suo codice».

Oggi difficilmente qualcuno potrebbe seriamente pensare di paragonare l'attività interpretativa allo sterco delle stalle di Augia (se non, forse, qualche uomo politico italiano invaghito dello slogan «la legge si applica e non si interpreta», evidentemente ignaro del fatto che, per poter applicare una legge, bisogna aver prima capito ciò che essa dice e, quindi, averla interpretata).

Perché l'epoca nostra – l'epoca della pos-modernità, per dirla con Paolo Grossi – «ha sperimentato la caduta di molte tra le illusioni suscitate dalla stagione dell'illuminismo, o che vi hanno fatto seguito, e tra esse anche quella di un diritto positivo in grado di esprimere comandi sempre così chiari ed univoci da consentirne l'applicazione quasi meccanica ad opera di un giudice destinato a fungere da mera “bocca della legge”»¹⁰.

⁷ Così A. NATALE, *Introduzione* al numero monografico *Il giudice e la legge*, cit., 6.

⁸ E. DE LAS CASES, *Memoriale di Sant'Elena*, Milano, Tipografia Editrice Verri, s.d., vol. II, 217.

⁹ *Editoriale*, cit., 4.

¹⁰ Così, ancora, R. RORDORF, *Editoriale* del numero monografico *Il giudice e la legge*, cit.

Oggi è chiarissimo che il “*calculemus*” di Leibnitz¹¹ non può funzionare. D'altra parte oggi stanno entrando in crisi entrambi i presupposti fondativi del diritto moderno, l'accentramento della produzione del diritto nello Stato nazionale e il principio di eguaglianza formale.

Sotto il primo profilo, è evidente che la produzione normativa non è più monopolio degli Stati nazionali, i quali devono ormai dividere (o contendere) la funzione di produzione del diritto con soggetti pubblici interni ai confini (si pensi, per esempio, agli enti territoriali o alle autorità amministrative indipendenti nazionali) o esterni ai confini (si pensi al diritto dell'Unione europea o al diritto convenzionale derivante da trattati internazionali, in alcuni casi presidiato da specifici organi giurisdizionali, come la CEDU); o addirittura con soggetti privati investiti di compiti di regolazione settoriale (si pensi, per esempio, al sistema delle norme Uni-Iso o ai principi contabili emanati dall'Organismo italiano di contabilità).

Sotto il secondo profilo, il principio di eguaglianza formale patisce la crisi del “*soggetto unico di diritto*”; come è stato efficacemente rilevato¹² «si hanno regole per i “cittadini” e per i “non cittadini” (a loro volta distinti in cittadini Ue e cittadini non Ue); si hanno regole per i cittadini di una certa regione e altre regole per i cittadini di un'altra regione; si hanno regole per i “consumatori” e regole per i “professionisti”; regole per gli “uomini” e regole per le “donne”; e così via».

Stiamo tornando, insomma, dal contratto allo *status*.

La contemporaneità pone allora in questione direttamente il ruolo della legge e la sua capacità ordinante; e, specularmente, pone in questione il ruolo dell'interprete, cioè di colui che – sia esso un notaio, un avvocato o un giudice – è chiamato a tradurre la lettera della legge in lettera di un contratto, di un atto stragiudiziale o giudiziale, di una sentenza; di colui, cioè, che è chiamato a far camminare la legge con le gambe degli uomini.

È innegabile, infatti, che l'aumento quantitativo della produzione normativa, l'opacità derivante dallo scadimento qualitativo della fattura delle disposizioni (a volte conseguente alla consapevole scelta del legislatore di rimettere all'interprete l'individuazione del punto di caduta finale di processi di mediazione

¹¹ Il riferimento è, ovviamente, alla *Dissertatio de arte combinatoria*, 1666. «Secondo ciò, quando sorga una controversia, non ci sarà più necessità di discussione tra due filosofi di quella che c'è tra due calcolatori. Sarà sufficiente prendere una penna, sedersi al tavolo e dirsi l'un l'altro: calcoliamo!» (la citazione è tratta da L. CATALANI, “*Calculemus!*”: *il sogno di Leibniz*, in <https://medium.com/@luigicatalani/calculemus-il-sogno-di-leibniz-196b11a55766>).

¹² A. NATALE, *Introduzione* al numero monografico *Il giudice e la legge*, cit., 7.

di interessi sociali non interamente risolti in sede politica), la pluralità di fonti nazionali e sovranazionali di livello diverso, la crescente diffusione di disposizioni che esprimono regole elastiche (clausole generali) e di disposizioni che non esprimono regole ma principi¹³, finisce con il potenziare il ruolo dell'interprete e con il conferirgli una funzione che può addirittura apparire creativa (inventiva, secondo la formula di Paolo Grossi¹⁴). Siamo molto lontani, oggi, dalle condizioni di stabilità e chiarezza delle leggi sul cui presupposto Montesquieu invitava ad accostarsi alle stesse "con mano tremante"¹⁵.

Tuttavia, non si può dimenticare che, come suggerisce Roscoe Pound, il diritto è in ultima analisi una ingegneria sociale; esso, per poter svolgere la propria funzione, deve essere in grado di offrire un sufficiente grado di certezza, vale a dire di calcolabilità degli effetti giuridici di una determinata condotta; se, come accennavo sopra, non è più possibile, ammesso che sia mai stato possibile, credere nel "calculemus" di Leibnitz, è indubbio che nessuno può auspicare l'avverarsi della fosca previsione di Natalino Irti di un diritto incalcolabile¹⁶.

Mi ha colpito una bella immagine usata da Aurelio Gentili nel saggio pubblicato nel volume che qui si presenta: «I notai, che vendono certezza, oggi non sanno più dove approvvigionarsene»¹⁷.

La crisi della legge allora, io credo, non può e non deve diventare crisi del principio di legalità.

Come ha chiarito lucidamente Luigi Ferrajoli¹⁸, il principio di legalità è un principio formale, in duplice senso. In primo luogo nel senso che la legge può avere qualunque contenuto (Piero Calamandrei scriveva che «nello stampo della legalità si può calare oro o piombo»¹⁹). In secondo luogo, nel senso che esso non allude necessariamente alla legge quale legge dello Stato; esso allude,

¹³ Sull'aumento di incertezza indotto dall'operare dei principi al livello dell'interpretazione, sono preziose le brevi ma dense considerazioni di A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, *Foro it.*, 2015, V, 455 ss.

¹⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017.

¹⁵ Per Montesquieu «È vero che talvolta occorre cambiare qualche legge. Ma il caso è raro; e quando avviene, bisogna ritoccarle con mano tremante: con tanta solennità e con tante precauzioni che il popolo debba concluderne che le leggi sono veramente sante; e soprattutto con tanta chiarezza che nessuno possa dire di non averle capite».

¹⁶ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016

¹⁷ 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*, cit.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, nel numero monografico *Il giudice e la legge*, cit., 13 ss., da cui traggio le considerazioni svolte nel testo.

¹⁹ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1945; la citazione è tratta da L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 23.

piuttosto alla logica del diritto. «Fa riferimento alla legge nel senso di norma generale ed astratta che predispone effetti in presenza dei presupposti, quali che siano, da essa prestabiliti; garantisce la prevedibilità, sia pure relativa, di tali effetti e dei loro presupposti e, insieme, del giudizio su di essi»²⁰.

In sostanza, sottolinea Ferrajoli, non ha nessuna importanza che le norme generali ed astratte richieste dal principio di legalità siano leggi dello Stato, o leggi regionali, o regolamenti dell'Unione europea o trattati internazionali o anche norme consuetudinarie. Ciò che importa, ai fini del ruolo garantista svolto dal principio di legalità, è la predeterminazione normativa in astratto e formalmente vincolante dei presupposti delle decisioni giudiziarie.

Ed allora, a me pare, è nel principio di legalità che il notaio, l'avvocato, il giudice possono approvvigionarsi di certezza.

Se infatti è innegabile che l'interpretazione di un testo, di qualunque testo – giuridico, religioso, letterario – può spesso offrire risultati non univoci e che, in particolare, accade sovente che un testo normativo mostri la pluralità di significati che esso racchiude solo quando viene chiamato ad essere applicato ad una concreta situazione di vita, è però altrettanto innegabile che esiste un limite nelle possibilità espansive dell'interpretazione e tale limite è fissato dal carapace linguistico della disposizione, che l'interprete non può infrangere.

60

Proprio nella giurisprudenza della Suprema Corte, del resto, è netto il rifiuto di un *dictum* giudiziale che fuoriesca dalla proposizione prescrittiva espressa dall'enunciato; esemplari, sul punto, sono tre pronunce che esprimono con grande chiarezza tale posizione, la n. 27341/2014 (sui limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo), la n. 25767/2015 (sulla responsabilità medica da nascita indesiderata) e la n. 15144/2011, laddove si afferma «Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101, comma 2, Cost.), "soggetti alla legge". Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima».

Ed allora, conclusivamente, anche per l'interprete del diritto pos-moderno – quale che sia la funzione che egli esercita e, quindi, lo scopo pratico a cui tende l'interpretazione del diritto che egli è chiamato ad offrire – vale l'ammonimento di Renato Rordorf, secondo il quale l'interpretazione «pur costretta a ricercare

²⁰ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, loc. cit.

la propria rotta in una difficile navigazione tra regole e principi, non può mai affrancarsi dalla necessità di fondare le proprie decisioni su una base legale, per mal certa che sia. Se così non facesse, non riuscirebbe ad evitare il pericolo di divenire un fattore d'irrazionalità e di disordine nel tessuto sociale. Per quanto si voglia esaltare la creatività del momento interpretativo ed applicativo del diritto, occorre ammettere che egli non compie un esercizio senza rete, né potrebbe mai prescindere completamente dal dato testuale senza provocare una rottura insanabile del quadro istituzionale in cui si iscrive lo Stato di diritto»²¹.

²¹ R. RORDORF, *Editoriale* del numero monografico *Il giudice e la legge*, cit., 5.

Fonti del diritto, interpretazione e funzione del notaio

Michele Labriola

Notaio in Bari

Consigliere Fondazione italiana del Notariato

Consigliere nazionale del Notariato

Il presente studio affronta il tema del ruolo del notaio nel contribuire ed incidere nel dibattito esistente in Italia sulle fonti del diritto.

L'analisi parte da una necessaria ricostruzione storica, che evidenzia le diverse fasi che si sono succedute: dal periodo del primato della legge, nel quale l'unico dogma era quello di osservare letteralmente il dato normativo, al riconoscimento essenziale della funzione dell'interprete, a partire dagli anni '70, con l'affermarsi del ruolo creativo della prassi notarile, alla successiva stagione della decodificazione, fino ad arrivare al momento attuale, nel quale si sta vivendo il tempo della " crisi della legge", con una progressiva quanto inesorabile erosione del sistema normativo unico e con la modifica repentina di categorie giuridiche che sembravano inattaccabili. La funzione del notaio quale interprete evolutivo del diritto vivente, viene evidenziata in particolare attraverso il richiamo a tre diverse situazioni: la legislazione interna in materia deontologica, gli studi e gli orientamenti espressi dal Consiglio Nazionale del Notariato e le massime notarili in materia societaria. Il notaio quindi come interprete che continua a fornire soluzioni innovative che in questo periodo storico trovano la loro massima giustificazione.

The present study deals with the topic of the Notary's role in contributing and influencing the existing debate in Italy on the sources of law.

The analysis starts from a necessary historical reconstruction, which highlights the different phases that have taken place: from the period of the primacy of the law, in which the only dogma was to literally observe the normative datum, to the essential recognition of the jurist function, starting from the 70s, with the affirmation of the creative role of the notarial praxis, to the next season of the decoding, up to the present day, in which the time of the "crisis of the law" is being lived with a progressive and inexorable erosion of the single normative system and with the sudden modification of juridical categories that seemed unassailable. The function of the Notary as an evolutionary interpreter of living

law is highlighted in particular by reference to three different situations: internal legislation on deontological matters, studies and guidelines expressed by the National Council of Notaries and notary maxims in corporate matters. The notary is then as an interpreter who continues to provide innovative solutions that in this historical period find their highest justification.

Sommario: 1. Il primato della legge. – 2. Il ruolo dell'interprete. – 3. Il ruolo creativo della prassi notarile. – 4. L'età della decodificazione. – 5. Lo stato di salute del codice civile del 1942. – 6. La crisi della legge. – 7. Fonti del diritto e complessità del mercato. – 8. Fonti del diritto e ruolo del notaio. – 9. Conclusioni.

1. Il primato della legge

Nel gennaio del 1940 Pietro Calamandrei tenne un importante discorso ad una iniziativa promossa a Firenze dalla Fuci.

In questa conferenza, intitolata “*Fede nel Diritto*”, Calamandrei ribadì energicamente la tesi del primato assoluto della legge e la necessità di una applicazione rigorosa del dettato normativo da parte dei giuristi¹.

La funzione del giurista, per Calamandrei, è unicamente quella di conoscere le leggi e di farle conoscere, di osservarle e di farle osservare, qualunque esse siano.

La riflessione principale che suscita la lettura di questa prolusione, è che quest'ultima sia figlia e specchio del tempo in cui fu tenuta.

Di fronte ai modelli totalitari dell'epoca, sia all'estero (la Russia di Stalin e la Germania nazista), sia in Italia con la dittatura fascista, emerge dal discorso di Calamandrei la forte preoccupazione di elogiare la legalità, non certamente intesa come plauso alla legislazione del periodo (si pensi alla promulgazione delle leggi razziali da parte del regime fascista), bensì quale apologia dei principi di generalità e astrattezza che soli possono assicurare solidarietà, reciprocità e rifiuto delle discriminazioni.

Questa rigorosa riduzione positivista del diritto appare soluzione dominante nel dibattito giuridico del tempo.

¹ Il testo integrale del discorso è stato recentemente riproposto dagli Editori Laterza, nel volume *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2008. A sostegno della tesi del primato della legge, l'Autore, tra l'altro, sostiene che tra i compiti specifici dei giuristi non vi è non vi deve essere, quello dell'audacia rivoluzionaria che va oltre lo *ius conditum* e spalanca allo *ius condendum* l'avvenire (96).

L'origine di questa concezione, che potremmo ricondurre al concetto di "primato del diritto", trova la sua fonte in un tempo ben più remoto: senza andare oltre, è con la Rivoluzione francese del 1789 che si consolida l'esigenza di ritenere la legge quale unica fonte del diritto, unica in grado di garantire l'unità giuridica dello Stato.

La Rivoluzione francese mira ad un codice, anzi vuole un codice per disciplinare il diritto civile².

Nel nostro paese, come detto, a ridosso della seconda guerra mondiale, prevale ancora tra gli studiosi del diritto civile la teoria oggettiva dell'ermeneutica, ricondotta ad una logica essenzialmente e metodologicamente formale.

2. Il ruolo dell'interprete

In Italia a partire dal secondo dopoguerra il metodo dogmatico propugnato dalla scuola del positivismo giuridico, viene significativamente messo in discussione nell'ambito di un fecondo ed acceso dibattito giuridico.

Si pone al centro dell'attenzione, da parte dei giuristi più attenti, l'importanza dell'attività di interpretazione del testo normativo: lo studio del diritto non può essere una mera riproduzione asettica del dato, ma deve invece comportare una valutazione interpretativa o creativa da parte degli studiosi e degli operatori professionali del diritto³.

Secondo questa nuova lettura, l'interprete non costituisce più un elemento esterno, bensì interno al diritto ed inoltre viene evidenziato come il percorso ermeneutico relativo al testo della legge, costituisca una struttura alla quale non può non appartenere anche il soggetto interpretante. È di quello stesso periodo, la famosa e pluricitata prolusione tenuta da Carnelutti ai Notai di Madrid, relativa al ruolo del notaio in questo nuovo orizzonte dell'interpretazione giuridica⁴.

² Per una compiuta ricostruzione del fenomeno e sul rapporto tra Rivoluzione francese e spinta alla codificazione, v. P. GROSSI, *L'Europa nel diritto*, Roma-Bari, 2007, 129-145.

³ Tra i contributi più significativi e che maggiormente hanno consentito una rilettura in chiave moderna dell'interpretazione e dell'esame del testo normativo, cfr. T. ASCARELLI, *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, 507; L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1978, 66.

Per non limitarsi al panorama italiano, si pensi alla riflessione giuridica di Jean Carbonnier, per il quale «Il positivismo usuale riconduce il diritto alla collezione dei codici e della giurisprudenza, fino a ieri una biblioteca, oggi una memoria di computer. Ma questa è la glaciazione del diritto positivo». V. F.S. NISIO, *Su Jean Carbonnier*, Torino, 2002, 72-75.

⁴ F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, 1 ss.

In questo discorso Carnelutti da un lato evidenzia l'importanza e la necessità del ruolo del notaio quale interprete e non più quale mero documentatore, dall'altro rivolge un monito pressante alla categoria notarile affinché venga perseguito un percorso evolutivo e di maggior consapevolezza in ordine alla centralità del compito attribuito al notaio nei sistemi di *civil law*, alla sua funzione di garante della legalità e di protagonista del contatto.

Diversi, ma ugualmente rilevanti, i contributi di altri autori, che nello stesso periodo tendono ad evidenziare una funzione propositiva e centrale del notaio nell'ambito delle contrattazioni.

In particolare viene messa in risalto la funzione di adeguamento notarile, in virtù della quale il notaio oltre l'obbligo preliminare di controllare la liceità giuridica dell'assetto degli interessi privati, deve valutare l'adattamento e l'inquadramento dell'intento delle parti in un adeguato schema negoziale⁵.

3. Il ruolo creativo della prassi notarile

Sospinto dal dibattito di cui si è fatto cenno in precedenza, emerge con grande vigore, nell'ambito della categoria notarile, intorno agli anni '70, il tema del ruolo e della creatività della prassi notarile come strumento di evoluzione del diritto.

66

Tale riflessione investe significativamente la funzione ed i compiti del notaio. Per gli studiosi più attenti, in ambito notarile, il diritto non è mai un dato asettico e ciò ripropone anche per il notaio, atto per atto, il problema costante dell'interpretazione, la sottile individuazione dell'esatta portata della norma di fronte al caso concreto⁶.

Torna in rilievo, a distanza di secoli, il ruolo del notaio come ci viene tramandato dagli studiosi del diritto Medioevale.

⁵ Così, S. TONDO, *Carattere e prospettive dell'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1966, 219. Da un'altra prospettiva, mettendo al centro l'aspetto processuale, S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Vita not.*, 1955, 547, parla di «singolarità del giudizio notarile rispetto a tutti gli altri giudizi, che è la volontà delle parti che si assume come giudizio».

⁶ Il Notariato italiano dedicò il suo XX Congresso nazionale, tenutosi all'Isola d'Elba nel maggio 1973, al tema "La prassi notarile come strumento di evoluzione del diritto".

Nel volume l'introduzione del lavoro è affidata a D. LABRIOLA, il quale sottolinea che anche se da parte di autorevoli giuristi si continua ad additare come l'unica buona la strada del formalismo, il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l'interprete (46).

Dopo il formalismo e l'eccellenza del diritto romano, nel Medioevo, infatti, si instaurò un ordine giuridico fondato sul particolarismo e protagonista di tale nuovo sistema fu il notaio, un uomo di prassi.

Più specificatamente è nel nuovo settore del diritto agrario (ignoto al diritto romano) che si afferma la versatilità del notaio proto-medioevale⁷.

L'importante stagione che parte dagli anni '70 e che vede protagonista il notaio nel riappropriarsi di un ruolo centrale nella costruzione di una prassi creativa del diritto, porterà in Italia risultati significativi con l'individuazione di istituti e figure giuridiche destinate in seguito ad assumere un ruolo primario nel nostro sistema giuridico⁸.

4. L'età della decodificazione

Dal punto di vista delle fonti primarie del diritto, va segnalato il fenomeno che va sotto il nome di "età della decodificazione", con il quale si intende fare riferimento all'introduzione del nostro ordinamento di un numero esponenziale di leggi speciali, tendenti ad integrare il dettato normativo del codice civile del 1942.

Vicenda emblematica, che ha confermato questa tendenza del legislatore italiano, è quella dell'introduzione della legge 27 luglio 1978, n. 392, nota anche come "Legge della locazione di immobili urbani e dell'equo canone".

A seguito dell'entrata in vigore di questa normativa, inizia a profilarsi in maniera compiuta il nuovo rapporto che si viene instaurando tra codice civile e leggi speciali, con riferimento, peraltro, al contratto di locazione di immobili urbani, figura molto radicata nel tessuto sociale ed economico italiano.

I lavori scientifici di quel congresso sono contenuti nella Raccolta degli atti del XX Congresso nazionale del Notariato, Roma, 1973.

⁷ Illustra compiutamente la fase storica del diritto medievale ed il ruolo centrale del notaio, P. GROSSI, *L'Europa nel diritto*, cit., 25-33. Per l'A. mentre i giuristi Romani avevano predisposto la realtà contrattuale dominata da un rigoroso principio di tipicità, la pratica negoziale proto-medievale è all'insegna della atipicità, con schemi mutevoli, con un affidamento alle intuizioni del notaio e alla buona fede dei contraenti.

⁸ Si pensi, *ex plurimis*, ai seguenti istituti giuridici introdotti nel sistema dalla prassi notarile e spesso sfociati in provvedimenti legislativi.

Nell'ambito dei diritti reali: alla riserva di proprietà applicata anche agli atti di vendita immobiliare, alla cessione di cubatura, al condominio precostituito, alla multiproprietà e alla trascrizione dei vincoli urbanistici.

Nell'ambito degli enti: alle associazioni temporanee di impresa, alla trascrizione a favore degli enti senza personalità giuridica.

Il dibattito su questo rapporto investe direttamente il civilista, ingenerando dubbi sulla centralità del codice civile nel sistema e sulla effettiva portata delle norme introdotte dalle leggi speciali, quali deroghe al sistema o viceversa fonti di nuovi principi positivi⁹.

Ad una attenta lettura di questo doppio sistema, non sfugge che la continua emanazione di leggi speciali finisca per limitare e circoscrivere il ruolo stesso del codice civile del 1942, dovendosi oggi l'interprete confrontare con la "dialettica quotidiana" del difficile rapporto tra codice e legislazione speciale¹⁰. Più arduo appare quindi il compito dell'interprete nonché di quelle figure quali giudici, avvocati e notai, chiamati a fornire chiarimenti e risposte immediate in ordine alla stratificazione normativa generata dal mondo ingombrante delle leggi speciali.

Si passa dall'esegesi sul mono-sistema rappresentato dal codice civile del 1942, alla necessità di una visione che deve ricostruire il nuovo sistema o la pluralità dei sistemi¹¹.

In questo quadro di legislazione frammentata e spesso disorganica, è quasi naturale per il giurista avvertire un senso di smarrimento e di difficoltà nel percepire la *ratio legis* o l'evoluzione della disciplina proposta dal provvedimento speciale, dovendosi purtroppo spesso constatare che la produzione legislativa

In ambito societario a tutta una serie di clausole successivamente ed in larga misura recepite dalla riforma del diritto societario (riforma Vietti).

Si sofferma sul punto, evidenziando che la prassi notarile ha creato diritto attraverso il ripensamento di figure note o divenute obsolete, M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 32-41.

Per una riflessione generale sul ruolo della prassi notarile, v. anche F.P. LOPS, *Funzione notarile ed utilità sociale*, Roma, 2009, in particolare 25-49.

Più di recente, 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*, in questa rivista, 2018, 2, 125 ss.

⁹ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 103-105.

¹⁰ V. ancora N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 83, per il quale tale dialettica quotidiana spinge verso soluzioni innovative e sconosciute, pur conservando norme speciali e codice civile la loro identità storica.

Più marcato il giudizio di Rodotà, in S. RODOTÀ (a cura di), *Introduzione in Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1977, 19, secondo il quale «Il codice civile appare così sempre più lontano dal cuore del processo economico, impoverito com'è dalla continua emorragia a cui lo sottopongono le leggi speciali».

¹¹ Non mancano, però, opinioni diverse. Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984, 48 ss., per il quale i caratteri delle norme codicistiche non possono essere paragonati a quelli delle leggi speciali, dovendosi quindi confermare la centralità del codice civile, pur nell'ambito del processo di evoluzione normativa.

non si configura più come strumento di promozione di valori, ma risponde a logiche economiche o a suggestioni provenienti dal mercato interno o europeo, che mal si conciliano con il tessuto normativo in essere¹².

D'altro canto il continuo susseguirsi di norme molto spesso si verifica nell'ambito di una stessa materia (si pensi alle modifiche continue e successive nell'ambito della disciplina del diritto fallimentare), minando in radice l'obiettivo (o la chimera) della certezza del diritto¹³.

Una parziale attenuazione del fenomeno dello smarrimento del giurista di fronte alla «affannosa, alluvionale legislazione»¹⁴ si è avuta nel periodo più recente attraverso l'emanazione di testi unici, tendenti a racchiudere e riassumere una disciplina in un corpo di norme chiuso e definitivo.

Si pensi, tra gli altri, al T.U. sugli enti locali (decreto legislativo n. 267 del 2000), al T.U. o codice dei beni culturali e del paesaggio (decreto legislativo n. 42 del 2004) e al T.U. dell'edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001).

Con riferimento all'attività notarile, l'ultimo dei tre provvedimenti citati, in materia urbanistica ed edilizia, ha avuto certamente il merito di riunire e razionalizzare la notevole produzione normativa in materia (si pensi unicamente alle tre leggi sul c.d. condono edilizio susseguitesi rapidamente a partire dal primo intervento normativo avutosi con la legge n. 47 del 1985); nel contempo non può sfuggire all'interprete che la materia è comunque oggetto di ripetuti interventi normativi tendenti ad introdurre nuove figure e provvedimenti urbanistici di semplificazione in materia di edificazione e ristrutturazione edilizia.

Quindi anche lo strumento positivo del testo unico è comunque oggetto frequentemente di successive novelle legislative integrative e suppletive.

5. Lo stato di salute del codice civile del 1942

Il compleanno dei cinquant'anni del codice civile è stata l'occasione per una riflessione generale da parte dei civilisti italiani.

In particolare è stata evidenziata la necessità di riproporre una rilettura del codice civile in chiave costituzionale, come già sostenuto in precedenza da diversi studiosi.

¹² V. sul punto il giudizio critico, quasi pessimistico, di C. CACCAVALE, *Per un diritto sostenibile, in Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 252-253.

¹³ Così, ancora, C. CACCAVALE, *Per un diritto sostenibile*, cit., 255-257.

¹⁴ L'espressione è di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, 16.

Il riconoscimento che la coerenza dell'ordinamento vada ricercata anche sotto il profilo dei principi costituzionali è, d'altro canto, presente sia negli studi giuridici più moderni sia nelle decisioni della magistratura a partire dagli anni '70 (si pensi, ad esempio, alle sentenze della Cassazione relative alla risarcibilità del danno biologico, con riferimento al principio costituzionale del diritto alla salute)¹⁵.

Il codice civile del 1942 è oggi quindi da un lato condizionato dalla necessità della condivisione dei principi costituzionali, dall'altro, stretto dall'avvento e dall'importanza sempre più rilevante del diritto comunitario.

Se a ciò si aggiunge quanto detto in precedenza sul ruolo dirompente della legislazione speciale (e della legislazione regionale), non è chi non veda che lo stato di salute del codice civile, nell'ambito della gerarchia e del rilievo delle fonti, non sia ottimale¹⁶.

6. La crisi della legge

Occorre in generale chiedersi fino a che punto il sistema normativo attuale composto da più fonti sia in grado di gestire e regolare la nuova complessità sociale ed economica che stiamo vivendo.

70

Si pensi al settore delle tecnologie emergenti e, a titolo del tutto esemplificativo, alla possibilità di dettare disposizioni testamentarie che vadano a regolamentare un lascito relativo alla propria posizione sui c.d. *social* (Facebook, Instagram,

¹⁵ Ripercorrono l'ampio dibattito sul tema della rilettura costituzionale del codice civile, F. MACARIO – M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, 224-232, ai quali si rinvia per le numerose citazioni e riferimenti sul punto.

Tra gli autori che maggiormente si sono soffermati su tale rapporto di connessione, v. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001, 7; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 227 ss.

In ambito notarile, sia consentito rinviare a M. LABRIOLA, *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano*, nell'ambito del più ampio contributo italiano sul tema *I diritti fondamentali dell'uomo ed il ruolo professionale del notaio*, relatori-coordinatori G. MARICONDA e P. PICCOLI, Relazioni al XXII Congresso Internazionale del Notariato latino (Buenos Aires), Roma, 1998, 175, ove si osserva che «le istanze che provengono dalla società civile impongono che il notaio intervenga sull'accordo negoziale non già per interferire sulla libera esplicazione dell'autonomia privata delle parti, ma per garantire che con quel determinato accordo vengano assicurati, ove se ne ravvisi la necessità, il rispetto dei valori costituzionali».

¹⁶ Sul punto, molto critico G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 367, secondo il quale di fronte a tutte queste spinte diverse, «la macchina del diritto civile rischia di perdere il proprio baricentro».

Twitter), nel momento in cui si rivesta un ruolo pubblico rilevante e quando da tale “posizione *social*” possano derivare significativi vantaggi economici¹⁷.

Si pensi al settore, in continuo divenire, della moneta virtuale, ed al problema del suo utilizzo nella contrattazione privata (*blockchain e bitcoin*).

Si pensi, ancora, ai profili giuridici relativi alle vicende dell'uomo come corporeità: problemi quali eugenetica, ereditarietà, accanimento terapeutico, eutanasia, testamento biologico, pongono oggi all'interprete nuove sfide.

Su alcuni temi il legislatore è intervenuto in tempi recentissimi (si pensi alla normativa in materia di Disposizioni anticipate di trattamento – DAT)¹⁸, mentre su molti altri aspetti è in ritardo¹⁹.

Dal quadro generale emerge con nitidezza che quello che si sta vivendo è un tempo di “crisi della legge”, nel quale, peraltro, i punti fondamentali che avevano ispirato la tenuta del sistema appaiono irrimediabilmente incrinati a seguito di una lenta, ma inesorabile erosione²⁰.

7. Fonti del diritto e complessità del mercato

Dibattuto è il tema se all'autonomia privata possa, attraverso lo strumento del contratto, attribuirsi la natura di fonte della produzione normativa.

La questione verte essenzialmente sulla asserita carenza nel contratto dei requisiti di generalità ed astrattezza, che sono elementi essenziali del dato normativo; appare in tal senso difficile poter attribuire al regolamento stabilito da privati in ambito negoziale, una valenza che possa andare oltre gli autori del contratto, fino a comportare conseguenze applicative nei confronti di terzi estranei al contratto stesso²¹.

¹⁷ Cfr. G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1, 85 ss.; L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, 2, 144 ss.

¹⁸ Per un commento relativo alla normativa sulla DAT si rinvia a C. ROMANO, *Disposizioni anticipate di trattamento*, studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 136/2018.

¹⁹ Sul punto, v. N. IRTI, *La tenaglia*. In *difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008, 65-67, per il quale in gioco non vi è solo un cambiamento nel quadro del diritto, ma eventi biologici dalle conseguenze imprevedibili.

²⁰ Cfr. G. CONTE, *L'evoluzione dell'ars notaria nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 8-9, che cita tra gli altri elementi sottoposti a revisione e critica, proprio la supremazia della legge quale fonte primaria del diritto.

²¹ Fornisce una interessante lettura della tematica in oggetto, attraverso una prospettiva costituzionale, F. MACARIO, *L'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 167 ss.

Il problema è di ampia portata e coinvolge anche la riflessione effettuata dalla dottrina privatistica e giuslavoristica italiana in materia di contratto normativo, alla quale qui può unicamente farsi cenno.

Tale contratto è stato individuato, tra l'altro, in ambito lavoristico, nella figura del contratto collettivo di lavoro che, una volta sottoscritto, sarebbe in grado di dettare regole vincolanti per soggetti che non sono stati parti di quel contratto. Per alcuni il contratto normativo può assurgere al rango di diritto oggettivo: tale contratto, cioè, sarebbe in grado di produrre un "vincolo" che andrà poi inserito o comunque recepito in futuri contratti individuali.

Tesi, peraltro, contestata dalla prevalente dottrina che non ravvisa alcuna funzione normativa in questo negozio, che viene ritenuto portatore di regole private, elaborate dall'autonomia privata e che solo indirettamente possono produrre effetti verso soggetti che non abbiano partecipato al contratto²².

Discorso diverso deve essere fatto in ordine al c.d. diritto del mercato, settore nel quale è stata ravvisata l'esistenza di fonti private di produzione normativa. Si pensi nel diritto societario ai codici di autoregolamentazione delle società quotate ed ai codici etici nel commercio internazionale, ai problemi posti dal commercio elettronico, e, nell'ambito dei mercati finanziari, ai codici di condotta degli enti creditizi e degli intermediari finanziari²³.

72

Si è parlato, facendo riferimento ai concetti di "legge del mercato" e di globalizzazione dell'economia, della necessità da parte del giurista di confrontarsi con la *lex mercatoria*, sia a livello globale (quella proveniente da gruppi dominanti l'economia internazionale), sia a livello comunitario (regolata dalla giurisprudenza comunitaria), non sottacendo, peraltro, il rischio di soccombere di fronte a spinte economiche eccessivamente invadenti e non regolamentate in modo idoneo²⁴.

Non vi è dubbio che il tema centrale posto dalla globalizzazione e dalla nuova

²² Sulla categoria del contratto normativo, v. F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, 1962, 116 ss., che ribadisce la natura dispositiva e non normativa del contratto. Più di recente, cfr. N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 727 ss., il quale porta ad esempio contratti quali leasing, factoring, franchising, sottolineando però che gli stessi rimangono contratti a tutti gli effetti e rispetto ai quali non ha senso ipotizzare un ambito di efficacia diverso rispetto al contratto, né tantomeno una efficacia erga omnes.

Per una recentissima ricostruzione del dibattito in materia, si rinvia a R. MONTINARO, *Fonti private di produzione normativa e mercato*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 2, 29-30 e 51-54.

²³ Sul punto v. ancora R. MONTINARO, *Fonti private di produzione e mercato*, cit., 31-37, secondo la quale «la tecnicità dei problemi connessi alle materie regolate giustifica, in tale ottica, una delega di competenze normative dallo Stato ai privati».

²⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995; G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 2000.

dirompente vitalità del mercato (globale e comunitario), sia per il giurista quello del controllo da un lato e della necessità di studiare e confrontarsi con tale fenomeno, ove «imperativo non eludibile sia di rimboccarsi le maniche e occuparsene, senza ripugnanze derivanti da purismi formalistici»²⁵.

8 Fonti del diritto e ruolo del notaio

Si è già evidenziato in precedenza, l'importante ruolo avuto dalla prassi notarile, a partire dagli anni '70 fino ad oggi, per la definizione di nuove soluzioni e per la creazione di nuovi istituti giuridici.

Questo è stato possibile per la sempre maggior consapevolezza da parte del Notariato della sua funzione di interprete evolutivo del diritto, per la crescita culturale importante della categoria anche attraverso una produzione scientifica di alto livello ed infine per il meccanismo di "fiducia", che viene accordato da sempre al notaio dalle parti, per la sua riconosciuta funzione di garanzia, fiducia che ha consentito l'elaborazione di figure nuove ed a volte ardite (salvo il successivo riconoscimento normativo)²⁶.

È necessario chiedersi quale sia l'attuale ruolo del notaio ed in particolare attraverso quali nuovi strumenti si sia manifestata, in tempi recenti, la sua capacità di incidere nel dibattito esistente sulle fonti del diritto.

Tre sono gli aspetti, tra gli altri, che qui si intende rapidamente richiamare per la loro importanza e per la loro rilevanza esterna anche alla categoria notarile.

A) *La deontologia notarile.*

Il legislatore, con la legge n. 220 del 1991 ha attribuito al Consiglio Nazionale del Notariato il compito di elaborare il codice deontologico notarile.

L'ultima versione dei principi di deontologia professionale dei notai, è stata approvata il 5 aprile 2008, con deliberazione del Consiglio Nazionale del Notariato n. 2/56, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 177 del 30 luglio 2008.

Le norme deontologiche sono poste a presidio del corretto svolgimento dell'attività professionale e mirano a garantire la qualità del contenuto della prestazione, assicurando la conformità degli atti alle regole dell'ordinamento giuridico²⁷.

²⁵ Così testualmente, P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 164.

²⁶ Per un interessante esame del concetto di fiducia in ambito giuridico e per il principio di "accordare fiducia" a qualcuno «da cui discenda automaticamente garanzia», v. E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, 28.

²⁷ Cfr. G. CONTE, *L'evoluzione dell'ars notaria*, cit., 17.

Il ruolo da attribuire alle norme deontologiche emanate dal Consiglio Nazionale del Notariato nell'ambito della gerarchia delle fonti, è stato oggetto di dibattito. Secondo un orientamento, poiché il legislatore non si è limitato a imporre una sanzione all'inosservanza delle regole elaborate dal gruppo professionale, bensì ha autorizzato il Consiglio Nazionale del Notariato (ente autarchico strumentale) a porre le norme in esame, va ritenuto che le stesse non possano essere considerate norme etiche, ma giuridiche, appartenenti all'ordinamento statale e rilevanti per tutti i soggetti che fanno parte del gruppo²⁸.

Per altri, pur partendo dal presupposto che i principi deontologici assumono una dimensione complementare rispetto a quella giuridica, non può negarsi il valore di fonte all'autoregolamentazione, tutte le volte in cui essa si risolve in una riproduzione o meglio in una diluizione dei canoni legali, non potendosi quindi parlare di un valore aggiuntivo in termini di originalità²⁹.

L'opinione prevalente attribuisce al contenuto delle regole deontologiche la previsione di modalità ed attributi che si aggiungono a quelli normativamente esistenti, con funzione esplicativa e di completamento³⁰.

In questa stessa direzione si muovono altri, che escludono espressamente il valore di norme giuridiche per i principi deontologici, attribuendo agli stessi un valore di norme interne, operanti limitatamente all'ordinamento professionale³¹.

La giurisprudenza aderisce a questa ultima corrente di pensiero ed ha più volte ribadito la natura non giuridica dei principi deontologici notarili³².

Acclarata quindi la natura delle norme deontologiche quali "norme interne", vevoli cioè per i soli partecipanti alla categoria interessata, deve però ritenersi che i principi in discorso possano comunque essere qualificati come "norme indirette", in quanto richiamate espressamente dal legislatore.

Conferma di questa interpretazione viene dalla riforma recente della legge notarile (tramite il d.lgs. n. 249 del 2006) che, novellando l'art. 147, alla lettera *b*) ha qualificato condotta meritevole di sanzione disciplinare, quella

²⁸ In questa direzione, sotto la vigenza del precedente codice deontologico (pubblicato in Gazzetta Ufficiale 165 del 16 luglio 1994) v. G. CELESTE, *La deontologia professionale nel sistema delle fonti dell'ordinamento notarile*, in *Riv. not.*, 1997, 676-677.

²⁹ Così, dubitativamente, N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, cit., 734.

³⁰ In questo senso, v. E. MARMOCCI, *Lineamenti di deontologia notarile*, Relazione italiana al XXII Congresso Internazionale del Notariato latino (Buenos Aires), cit., 322-323.

³¹ Cfr. G. CASU, voce *Deontologia professionale notarile*, in FALZONE – ALIBRANDI (a cura di), *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Aggiornamento alla VII ed., Roma, 1993, 286-287.

³² Per tutti, v. Cass., 4 gennaio 2000, n. 19, in *Vita not.*, 2000, 492 ss.; e, recentemente, Cass., 11 novembre 2015, n. 23017.

condotta che «viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio Nazionale del Notariato».

Il rinvio operato dal nuovo art. 147 lett. *b*) della legge notarile alle norme deontologiche interne, finisce quindi per avvalorare la tesi, sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, in base alla quale le norme del codice deontologico notarile, emanate dal Consiglio Nazionale del Notariato, rappresentano il contenuto reale della norma contenitore costituita dall'art. 147 l. not.³³

Nella stessa direzione si muove altra opinione, in virtù della quale con riferimento all'ordinamento notarile si ha un rinvio, in base al principio di legalità, alle regole che disciplinano la funzione notarile (regole deontologiche); la nuova formulazione dell'art. 147, con la lettera *b*), chiarisce il modo in cui il legislatore ha concepito il principio di legalità in ambito notarile³⁴.

Pertanto può ritenersi che i principi in materia di deontologia notarile costituiscano, nell'ambito della riflessione sulle fonti alternative del diritto, una normazione indiretta che, in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 147 lett. *b*) l. not., finisce per trovare piena applicazione e viene elevata a contenuto stesso del precetto normativo.

B) Gli studi e gli orientamenti espressi dal Consiglio Nazionale del Notariato. L'attività culturale e scientifica svolta negli ultimi decenni dall'uffici studi e dalle diverse commissioni di studio nei vari settori (civilistico, pubblicistico, d'impresa e tributario) del Consiglio Nazionale del Notariato, non ha unicamente orientato la categoria notarile in ordine alle problematiche interpretativa che sorgono nell'attività professionale, ma ha contribuito al dibattito giuridico italiano e soprattutto ha favorito il consolidarsi di una prassi notarile legata alla creazione di soluzioni ermeneutiche ed istituti destinati ad affermarsi anche dal punto di vista del loro successivo recepimento normativo³⁵.

È un diritto della prassi, che viene dal basso, dall'esperienza, diverso da quello tradizionale: il diritto privato attende ormai dal notaio un contributo non minimo nell'avventura costruttiva del diritto³⁶.

³³ Così, efficacemente, G. CASU, in (MARICONDA – CASU – TAGLIAFERRI a cura di), *Codice della legge notarile*, Torino, 2013, 427-428.

³⁴ Cfr. M. MIANO, *Attività notarile, rappresentanza e responsabilità disciplinare del notaio*, Roma, 2009, 66-68.

In questo senso anche R. MATERI, *Gradualità delle sanzioni disciplinari*, in *Notariato*, 2016, 2, 164.

In giurisprudenza, v. Cass., 7 maggio 2018, n. 10872.

³⁵ Sull'importanza dell'analisi elaborata dal Consiglio Nazionale del Notariato attraverso i suoi organismi di studio, v. A. FUSARO, *La prassi notarile come fonte di regole giuridiche*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 123.

³⁶ Cfr. P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del*

Si è parlato da alcuni, di *soft law* (mutuando il termine inglese) a proposito della produzione interpretativa fornita dagli studi del Consiglio Nazionale del Notariato, per evidenziare la natura dei principi e delle regole individuate, quali norme seppur prive di efficacia vincolante diretta.

In tempi recentissimi vi sono state diverse situazioni che meritano di essere ricordate per dare concretezza al discorso che si viene svolgendo.

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 entrate³⁷.

In particolare, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto una 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 Notariato³⁸.

76

Emerge da questa decisione il riconoscimento esplicito della rilevanza 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.

Un secondo elemento di riflessione viene dai nuovi risultati interpretativi prodotti dalla Commissione paritetica tra Unioncamere e Consiglio Nazionale del Notariato.

Tale commissione ha approvato nuovi interventi di semplificazione degli adempimenti a carico delle società, al fine dell'iscrizione degli atti nel Registro delle imprese³⁹.

Tra le ipotesi prese in considerazione vi è anche la trasformazione da società unipersonali (tanto di persone quanto di capitali) in imprese individuali finalizzate alla continuazione dell'attività d'impresa, situazione non prevista nel codice civile.

notaio), in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 40-41.

³⁷ Sul punto e 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.

³⁸ Così Cass., 19 marzo 2018, n. 6718, in *Quotidiano giuridico*, 2018.

³⁹ Ne dà notizia, CNN Notizie, 3 maggio 2019.

Anche in questa scelta interpretativa, sorta dalla necessità di dare una risposta a richieste che provengono dall'economia e dal mercato, è facile ravvisare la presenza di una prassi evolutiva del diritto⁴⁰.

Nel contempo le commissioni studio del Consiglio Nazionale del Notariato e l'ufficio studi, continuano a fornire soluzioni avanzate ed evolutive rispetto al dato normativo⁴¹.

C) *Le massime notarili in materia societaria.*

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 340 del 2000, il giudizio di omologazione, in precedenza affidato in via esclusiva ai Tribunali, è stato sostituito da un diverso meccanismo di controllo sugli atti societari, nel quale il controllo di legalità è affidato in via principale al notaio⁴².

Successivamente alla modifica normativa, sono sorte in diverse zone d'Italia (Milano, Triveneto, Firenze, Roma, Napoli), commissioni di studio composte da giuristi (notai, magistrati, docenti universitari), che hanno dato vita ad un nuovo genere della produzione giuridica che, partendo dal grande archivio costituito dalle massime dei Tribunali fino al 2000, ha ampliato la casistica e affondato

⁴⁰ Sul problema della trasformazione da società unipersonale in impresa individuale, v. anche lo studio n. 545/2014 del CNN, a firma di D. Boggiali e A. Ruotolo.

⁴¹ Si pensi, a titolo di esempio, al recente studio n. 418/2017 della Commissione studi civilistici, di D. MURITANO, *Compravendita immobiliare e deposito del prezzo*.

In tale contributo viene avanzata un'interessante e nuova soluzione nell'ambito della contrattazione regolata dal d.lgs. n. 122 del 2005, relativo alla tutela degli acquirenti di immobili da costruire. In particolare per superare il divieto previsto dall'art. 8 del d.lgs. (in base al quale il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se non si sia proceduto anteriormente o contestualmente alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca o del pignoramento gravante sull'immobile), si propone, a seguito dell'entrata in vigore della normativa sul deposito-prezzo al notaio, la soluzione di depositare la parte del prezzo necessaria per cancellare l'ipoteca direttamente al notaio, il quale dopo aver stipulato e trascritto l'atto di compravendita, utilizzerà la somma depositata per estinguere il debito esistente e successivamente potrà procedere ad autenticare l'atto di consenso alla cancellazione di ipoteca o riceverà la quietanza di pagamento con l'impegno della banca creditrice a comunicare la cancellazione dell'ipoteca all'Agenzia del territorio.

Anche operando in questo modo, secondo lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato, la ratio dell'art. 8 viene comunque rispettata.

⁴² Sulla natura del controllo notarile, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 21-23.

Diffusamente sul punto, M. NOTARI, *Origine e ruolo delle "massime notarile" in materia societaria*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 353 ss.

Per una sintetica riflessione sul ruolo storico del notaio in ambito societario, v. M. MALTONI, *Il contributo della prassi notarile alla disciplina dell'assemblea di società*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 365 ss.

le sue radici nell'esigenza pratica di dare risposte idonee e legittime ai notai impegnati nell'arduo compito della valutazione degli atti societari sottoposti al loro ministero.

L'importanza delle massime notarili per la risoluzione di problematiche relative agli atti costitutivi della società ed ai verbali assembleari delle società di capitali è nota a tutti. Il discorso sul ruolo e sulla natura delle massime è articolato e non è certo qui il caso di riprenderlo: è sufficiente evidenziare che le massime notarili rappresentano un notevole esempio di matrice extralegale (o *soft law*), e le stesse possono nel contempo essere definite come una soluzione a metà tra dottrina e giurisprudenza⁴³.

Attraverso le massime notarili in materia societaria viene orientato il controllo di legalità spettante al singolo notaio in relazione agli atti societari sottoposti al suo ministero. Questa funzione di orientamento costituisce una diretta dimostrazione della connessione sempre più stretta tra rispetto dei principi di legge e *soft law*.

9. Conclusioni

78

La riflessione sin qui condotta consente di trarre alcune brevissime conclusioni. L'esperienza giuridica c.d. post-moderna si concretizza, per il giurista, in una rivisitazione del concetto di fonti normative e nel riconoscimento dell'esistenza di un pluralismo di fonti del diritto.

L'evoluzione storica ha comportato il superamento delle diverse fasi che si sono succedute: il periodo del primato assoluto della legge, la rilevanza e la scoperta del ruolo dell'interprete, la decodificazione attraverso l'emanazione della legislazione speciale.

Oggi il quadro generale per il giurista, in un momento di crisi della legge, è fortemente influenzato dalle esigenze e dal ruolo preponderante assunto dal mercato, dalla produzione di un diritto di matrice extra legislativa, che nasce dalle esigenze concrete, nonché dalla necessità di trovare soluzioni pratiche attraverso strumenti alternativi.

In questo quadro così "in divenire", il notaio è chiamato a svolgere la sua funzione assumendosi la responsabilità delle scelte adottate, facendo ricorso

⁴³ La prima definizione è di M. PALAZZO, *La funzione del notaio*, cit., 180, la seconda è di M. NOTARI, *Origine e ruolo delle "massime notarili"*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 364.

all'opportuna cautela che contraddistingue il suo ruolo di garante della legalità formale e sostanziale, senza comprimere l'autonomia privata, ma continuando a fornire soluzioni innovative che mai come in questo periodo di crisi della produzione normativa, trovano la loro ragion d'esser e la loro giustificazione⁴⁴.

⁴⁴ In ordine alle prospettive attuali del ruolo del notaio, con particolare riguardo al principio di precauzione che deve sempre ispirare l'attività notarile, cfr. R. LENZI, *La funzione notarile al tempo della post verità*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., 292-293.

Conclusioni

Enzo Cheli

**Emerito di Diritto costituzionale, Università di Firenze
Vice Presidente emerito della Corte Costituzionale**

La ricerca che è stata al centro di questo incontro – promossa dalla Fondazione italiana del Notariato e i cui risultati vengono raccolti nel volume che oggi viene presentato – assume, a mio avviso, un rilievo particolare per due ordini di ragioni. In primo luogo per il fatto di essere stata ispirata, promossa e orientata da personalità del mondo del diritto quali Paolo Grossi, Giuseppe Conte e Massimo Palazzo che rappresentano al livello più alto la vita giuridica del nostro paese nella sua dimensione culturale, istituzionale e professionale. In secondo luogo per il fatto di aver sollecitato e mobilitato l’apporto di energie appartenenti a mondi diversi (accademico, giudiziario e professionale), determinando una convergenza di intenti non certo frequente nel nostro paese.

La ricerca è stata promossa per rispondere ad una esigenza di ordine pratico quale quella di avviare una riflessione sui mutamenti che hanno caratterizzato e stanno caratterizzando la professione notarile in un contesto sociale e istituzionale che, specialmente a partire dall’inizio del nuovo secolo, si è profondamente trasformato nei suoi valori e nelle sue regole di convivenza. Un cambiamento che ha determinato, tra i tanti suoi effetti nel mondo del diritto, anche uno spostamento della linea che tradizionalmente ha diviso la produzione del diritto da parte del legislatore dall’applicazione del diritto da parte dei vari operatori del mondo giuridico.

Partendo da questa angolazione la ricerca, ancorché nata da una esigenza di ordine pratico, ha immediatamente investito un orizzonte più ampio che ha messo in campo le stesse basi culturali della esperienza giuridica che oggi stiamo attraversando in quella fase di passaggio che Paolo Grossi ha da tempo efficacemente qualificato come transizione dalla modernità alla postmodernità del diritto.

Ed è proprio la riflessione relativa a tale passaggio che ha fatto emergere in questa ricerca alcuni interrogativi di fondo che investono la natura e la funzione del diritto nonché della scienza giuridica cui spetta il compito di studiare e di interpretare il diritto.

Il diritto è scienza astratta diretta a elaborare regole generali e tendenzialmente perenni di convivenza o esperienza concreta diretta a risolvere i problemi che di fatto la convivenza civile pone di volta in volta nel percorso storico della sua evoluzione? Ed in relazione alla natura propria del diritto, a chi spetta il compito di formulare le regole e a chi spetta il compito di applicarle? Di conseguenza, in cosa consiste oggi il “mestiere” (o, se vogliamo, la “missione”) del giurista nello svolgimento delle diverse funzioni (teoriche e pratiche) che al giurista vengono affidate?

Gli sviluppi della scienza giuridica hanno messo da tempo in chiaro (e non solo nel nostro paese) che la risposta a queste domande non può essere cercata sul terreno astratto delle formulazioni concettuali, bensì sul terreno dei diversi modelli culturali, sociali e istituzionali che la storia concorre a far maturare nel corso del tempo rispetto alle varie articolazioni del consorzio umano.

In questo flusso vivo della storia la funzione che spetta ai giuristi – come comunità culturale e categoria professionale – è, dunque, quella di concorrere attivamente a determinare, attraverso la formulazione e l’applicazione di regole di comportamento, alcune delle condizioni di base – delle “paratie” – entro cui il processo storico è destinato a svilupparsi.

Ora, se per cogliere la realtà dell’esperienza giuridica del nostro paese partiamo da una riflessione relativa al flusso della sua storia non possiamo non constatare che una delle maggiori novità che è venuta a caratterizzare il mondo del diritto nel corso degli ultimi anni riguarda proprio quel rapporto tra produzione e applicazione del diritto che forma l’oggetto della ricerca in esame. E questo per lo svolgersi di un processo che ha investito, al livello sociale, la relazione tra la sfera dei poteri pubblici e la sfera dell’autonomia privata e, al livello politico, la relazione tra i tradizionali poteri dello Stato determinando uno spostamento di peso dal potere legislativo in direzione di un potere giurisdizionale che da tempo ha cessato di essere la “*bouche de la loi*”. Questa linea di tendenza, riscontrabile in tutti gli ordinamenti del mondo occidentale, è stata favorita nell’ambito del nostro sistema da alcuni fattori che possono essere individuati: *a*) nella nascita e nell’affermazione di una carta costituzionale che ha posto i valori relativi alla persona ed alle formazioni sociali al centro del suo impianto e che ha affidato alle mani del potere giurisdizionale la leva che consente di avviare il controllo sulla legittimità costituzionale degli atti del potere legislativo; *b*) nella erosione del tradizionale elemento costitutivo dello Stato nazionale rappresentato dalla sovranità connessa ad un territorio ed affidata ad una cittadinanza dai confini ben determinati; *c*) nel rapido sviluppo dell’area di incidenza di ordinamenti sovranazionali (a partire dall’ordinamento europeo) in grado di produrre regole suscettibili di penetrare e integrarsi sempre di più nel diritto nazionale.

Questi fattori – com'è facile constatare – nel corso degli ultimi decenni hanno finito per incidere sempre più profondamente nei processi nazionali di produzione del diritto e, di conseguenza, nelle tecniche di applicazione del diritto da parte dei vari operatori (giudici, amministratori pubblici, notai e avvocati).

Si può quindi comprendere la ragione per cui l'effetto più diretto e rilevante di questa trasformazione sia venuto a colpire il sistema delle fonti come prodotto della sovranità nazionale. Sistema delle fonti che ha perso la stessa caratteristica di sistema quando all'impianto unitario e gerarchico tracciato nell'art. 1 delle preleggi al codice civile del 1942 e fondato sulla supremazia della legge formale statale si è andato sostituendo – prima con l'avvento della carta repubblicana e poi con la nascita dell'ordinamento europeo – un impianto policentrico o “a rete” che, in base al principio di competenza, ha affiancato alle fonti statali sia fonti riferibili all'autonomia di soggetti pubblici e privati sia fonti riferibili a entità sovranazionali quali quelle proprie del diritto europeo e del diritto internazionale, scritto e consuetudinario. Né va trascurato che al superamento della posizione di supremazia della legge statale ha finito per contribuire, accanto alla aumentata complessità e ricchezza dei processi di produzione normativa, anche la crisi che da tempo ha investito al suo interno la stessa legge statale per difetti connessi alla sua produzione (si pensi all'inflazione normativa ed all'abuso della decretazione d'urgenza) o alla sua formulazione (si pensi alla disorganicità ed alla incompiutezza di tanti testi normativi) o alla sua vigenza (si pensi ai processi di “precarizzazione” della legge, che hanno portato a ridurre i tempi della sua stabilità mediante discipline altalenanti e temporanee).

E qui dal piano della produzione del diritto il discorso necessariamente si sposta al piano della sua applicazione. Applicazione che mette sempre in campo il tema dell'interpretazione, perché chi applica il diritto deve innanzitutto interpretarlo e comprenderlo. Su questo piano è indubbio che l'accresciuta complessità delle fonti, unita al problema della loro reciproca compatibilità, ha condotto ad aumentare sensibilmente gli spazi di discrezionalità consentiti a chi è chiamato ad applicare il diritto. In questo nuovo quadro la funzione interpretativa del giudice, dell'amministratore, del professionista nella soluzione dei problemi posti di volta in volta dalla realtà è destinata naturalmente ad ampliare il proprio spazio utilizzando criteri a forte valenza culturale quali la ragionevolezza, la proporzionalità e l'equità della soluzione prescelta, con la conseguenza che al dato conoscitivo proprio dell'interpretazione l'operatore del diritto viene ad affiancare anche un dato di “comprensione” che include necessariamente (nel senso definito da Gadamer) un elemento volitivo o di “creatività” del diritto.

Il confine tra produzione e applicazione del diritto viene, pertanto, ad assottigliarsi sempre di più così come si è andata sempre di più assottigliando

la linea di confine che corre tra sfera pubblica e sfera privata o, se vogliamo, tra diritto pubblico e diritto privato. Si tratta di una evoluzione che questa ricerca mette bene in luce e la cui presenza viene a imporsi non solo al livello nazionale ma anche al livello europeo e mondiale come dimostrano gli orientamenti delle varie giurisprudenze (e, in particolare, delle giurisprudenze degli organi di giustizia costituzionale); il “colloquio” tra le Corti nazionali ed europee nella ricerca delle tradizioni costituzionali comuni; l’affermazione di prassi commerciali vincolanti a livello internazionale nonché un “diritto dei privati” che viene a fondarsi sull’apporto degli esperti e sulla adozione di tecniche arbitrali nella composizione delle controversie.

Stiamo quindi assistendo all’affermazione di una realtà di fatto dove alla costruzione tradizionale di un diritto che discende dall’alto e trova il suo perno nella legge formale si affianca e si afferma un diritto che emerge dal basso e che viene a collegarsi direttamente alle dinamiche sociali ed al pluralismo istituzionale. Diritto di matrice extrastatuale che nell’ambito del nostro ordinamento costituzionale viene a trovare un riconoscimento indiretto, ma pur sempre significativo, sia nella formulazione dell’art. 2 della Costituzione, che valorizza al massimo il rilievo della persona e delle formazioni sociali, sia nelle norme del titolo III della prima parte della costituzione, dedicata ai rapporti economici.

84

Si tratta, quindi, di una tendenza che appare orientata a valorizzare sempre di più, a fianco dell’autonomia dei soggetti pubblici, anche l’autonomia dei soggetti privati e che sul terreno delle fonti, contro la presenza di discipline primarie che hanno spinto in direzione di una “amministrativizzazione” della legge, accentua il rilievo dei principi generali, delle *soft-laws*, delle clausole generali connesse al potere di contrattazione. Questa tendenza, del resto, non nasce dal nulla, dal momento che ha mosso i suoi primi passi già con la nascita di un diritto europeo orientato per la sua stessa natura a favorire l’intreccio tra le diverse culture giuridiche del continente attraverso l’innesto delle tecniche di “*common law*”, legate alla matrice consuetudinaria, nelle tecniche di “*civil law*” fondate sulla preminenza della legge formale.

Per tutti questi motivi penso che si possa conclusivamente parlare di questa ricerca come di una “ricerca di avanguardia”, diretta a segnalare e a favorire gli sviluppi di quella “rivoluzione culturale” cui oggi stiamo assistendo nel mondo del diritto. Una ricerca, quindi, che, per la sua rilevanza, ci auguriamo possa proseguire nel tempo contribuendo ad arricchire, insieme con la professione notarile, il valore dell’esperienza che il mondo del diritto sta oggi attraversando.

Postfazione

Irene Stolzi

Associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze

Quando, nella primavera del 2017, su sollecitazione di Massimo Palazzo, iniziammo a riflettere sull'idea di organizzare una giornata di studi su *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, sapevamo di indirizzare lo sguardo a un terreno non nuovo ma fertile. È dal primo Novecento, infatti, che i riferimenti alla produzione extrastatuale ed extralegislativa del diritto costituiscono un passaggio rilevante della riflessione giuridica (e non solo di essa), passaggio che ha alimentato e continua ad alimentare un dibattito intenso, capace di coinvolgere voci diverse e diverse appartenenza disciplinari. La stessa collocazione di queste poche righe lo conferma: esse chiudono un volume che è nato dalla discussione di un altro volume, quello che raccoglie gli atti della giornata di studi organizzata, dopo l'informale esordio primaverile, nel novembre del 2017. E l'impressione è che la catena del 'volume che chiama volume' potrebbe continuare ancora a lungo: perché – lo si diceva sopra – è un tema che incrocia competenze e osservatori disparati e li incrocia proprio nel suo essere un tema fondativo, che impone, cioè, di misurarsi con l'idea di fondo che si ha del fenomeno giuridico, della sua identità e del suo ruolo.

Talora avversato, altre volte compresso o snaturato dalla persistenza di lenti positivistiche, altre volte ancora colorito di venature anti-statali o anti-legislative, il richiamo alle sedi e ai processi di produzione privata del diritto mantiene in ogni caso le fattezze dello snodo nevralgico, indispensabile ad avvicinare il volto delle società contemporanee e di due tratti ritenuti a esse peculiari, il pluralismo e la complessità. Un richiamo, dunque, che è servito a dar corso all'idea che lo spazio sociale sia uno spazio pieno, articolato, non popolato soltanto da individui irrelati, colti nella loro singolarità, ma anche da gruppi, organizzazioni, comunità della più varia ampiezza e con le più svariate finalità; all'idea che tali articolazioni del sociale non siano semplicemente destinatarie di norme e comandi confezionati altrove ma siano esse stesse centri di produzione di regole; e infine all'idea, a queste strettamente correlata, che la convivenza possa essere immaginata solo a partire dalla relazione tra le molteplici dimensioni che la compongono, solo vedendo nella relazione una dimensione fondativa (e non turbativa) dell'ordine.

Se, per ragioni storiche molto complesse che non è possibile esaminare in

questa sede, la modernità giuridica continentale ha perseguito l'obiettivo di una polarizzazione nitida tra il privato-individuale e il pubblico statale e se tale polarizzazione trovava nella centralità/superiorità della legge, del comando statale avente per destinatario l'individuo astratto, la sua più coerente espressione giuridica, il XX secolo mette a nudo i limiti di questa concezione «così armonica e così schematica»¹ della convivenza, ormai incapace di reggere il confronto con una realtà che mostra di impastare secondo modalità nuove privato e pubblico, società e Stato, politico, giuridico ed economico.

Non sorprende peraltro che le percezioni della crisi novecentesca siano state precedute da riflessioni rilevanti sul ruolo dell'interprete, che sia stato, cioè, il problema dell'interpretazione a incidere la prima crepa nel compatto edificio legicentrico ottocentesco; ad attirare l'attenzione è stato soprattutto il problema della (crescente) frizione tra fissità della norma e fluire della realtà, con la conseguenza che l'interpretazione è stata valorizzata in primo luogo come risorsa evolutiva degli ordinamenti, come risorsa, cioè, che aiuta la legge a conquistare il futuro, mitigandone la rigidità e rallentandone l'invecchiamento. Del pari, non sorprende che il punto di rottura venga registrato, nel XX secolo, muovendo dalla considerazione delle zone non viste (o non viste nella loro interezza) dal diritto ufficiale oppure delle zone suscettibili di essere valutate diversamente a seconda dell'osservatorio assunto: si pensi al territorio semi-sommerso delle obbligazioni naturali o del diritto sportivo, e si pensi, chiaramente, al discorso romaniano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. Discorso relevantissimo non solo per dire che vi sono altri ordinamenti oltre quello statale, ma anche per moltiplicare le visuali dalle quali guardare ai fenomeni sociali, per scoprire, cioè, che la valutazione di una realtà varia a seconda del punto di osservazione scelto (l'esempio estremo è, come noto, quello della mafia: ordinamento illecito per il diritto statale, ordinamento perfettamente funzionante se guardato dal punto di vista della stessa organizzazione mafiosa).

Ed è a partire da qui, da queste acquisizioni, che il diritto diventa, come si intuisce, una dimensione plurale, costitutivamente plurale: per quanto minoritarie ed eterodosse possano essere le voci che hanno propugnato una simile visione del giuridico, il seme appare ormai gettato, se è vero che anche scettici e oppositori si sentono tenuti, da un certo punto in avanti, a motivare la loro fedeltà alla tradizione, il loro attaccamento a una visione del giure tendenzialmente monista. Quale sia l'orientamento prescelto, sembra insomma imprescindibile la domanda su dove trovare il diritto e come trovarlo,

¹ G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta* (1922), in ID., *Opere*, Milano, 1959, vol. I, 409.

chiedendosi in quale rapporto possano e debbano stare socialità e statualità del diritto. È lungo questa strada che dal XX secolo si è dipanata fino a oggi, che è progressivamente maturata la convinzione che socialità e statualità non siano i poli di una relazione oppositiva, ma elementi che si strutturano e definiscono anche (forse soprattutto) a partire dalla loro relazione, dalla loro tensione necessaria e benefica.

Con alcune conseguenze rilevanti: gli interpreti così come gli ordinamenti della vita sociale ed economica cessano di essere visti come dimensioni prevalentemente suppletive, residuali o, peggio, conflittuali, ma tendono a essere percepiti come dimensioni *ab origine* necessarie a capire e a costruire l'ordinamento di un determinato periodo storico: serve insomma la legge e servono gli interpreti, con le loro differenti vocazioni professionali (il giudice, l'avvocato, il notaio, il professore); serve lo Stato, e servono le molte e articolate organizzazioni che concorrono a formare il tessuto di una certa esperienza. E servono – lo si diceva sopra – come dimensioni necessarie, originarie, della dinamica giuridica perché è solo dal loro ingranaggio che appare possibile immaginare il governo della complessità contemporanea. La discussione, che da qualche decennio impegna i saperi giuridici, sul rapporto tra regole e principi e sul ruolo che i principi possono svolgere in un ordinamento, nasce essenzialmente da qui, dalla percezione che le società complesse hanno bisogno di bussole e orientamenti, più che di essere allagate dalla moltiplicazione di norme e regole dettagliatissime, pulviscolari. Che è poi la strada che permette di non disperdere centralità della legge (di una legge che però rinuncia, in buona parte, a indugiare nel dettaglio) e di valorizzare, al contempo e senza contraddizione, il ruolo degli interpreti e dei processi privati di produzione del diritto. È la via che permette di avere solidi ancoraggi e una altrettanto essenziale duttilità. Certo, come molti autori del volume sembrano suggerire, la questione, in questi termini, è solo posta ma non risolta anche perché la realtà è (spesso, non sempre) più ricca e imprevedibile della teoria. Ma averne consapevolezza è già un enorme passo avanti: recuperare la socialità intrinseca del giuridico (P. Grossi) è un modo per ricordare che il diritto non dovrebbe essere percepito come una dimensione esoterica, lontana od ostile, ma come dimensione ordinativa, costruita dagli uomini e per gli uomini, anche (e tanto più) nella odierna società degli algoritmi e della loro potenza regolativa. Dunque un modo per capire cosa il diritto è (nessuno oggi, per conoscere il diritto vigente potrebbe limitarsi a legger solo le leggi), ma anche per non rinunciare a immaginare come vorremmo che fosse, per non rinunciare all'idea che il diritto possa e debba essere una dimensione essenziale per progettare il futuro di una convivenza.

La Fondazione, costituita per volontà del Consiglio Nazionale del Notariato e della Cassa Nazionale del Notariato, ha per scopo la valorizzazione e la diffusione della conoscenza del ruolo storico e sociale della cultura notarile e del notariato italiano, a garanzia dei diritti dei cittadini e del pubblico interesse.

AUTONOMIA PRIVATA E FONTI DEL DIRITTO

Atti del convegno tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019

Il rapporto che intercorre tra autonomia privata, fonti del diritto e interpretazione costituisce uno dei nodi più complessi dell'intera storia del pensiero giuridico. Tanto più in una fase storica connotata da significativi cambiamenti all'interno delle dinamiche della positivizzazione giuridica. Il diritto contemporaneo si caratterizza per la sua complessità ed i processi di produzione giuridica dipendono sempre più da una pluralità di soggetti, pubblici e privati. Il diritto si fa costantemente a partire da materiali eterogenei e attraverso l'articolazione di fonti di origine e autoritatività differenziate, in un contesto destrutturato, frammentato, fluido, reticolare, nel quale assumono rilevanza il diritto dei privati e la loro autonomia. In questo scenario, giocano un ruolo importante la funzione del notaio e la prassi notarile come esempio di *soft law*.

€ 10,00
024208050

ISBN 978-88-28-81658-4



9 788828 816584