

LA PRASSI NOTARILE SINGOLARE E POST MODERNA FORMA DI NORMATIVITÀ

Di Massimo Palazzo

| 15

ABSTRACT. Lo scritto prende atto del cambiamento del sistema delle fonti e della rivoluzione ermeneutica che mette al centro il fatto della vita in funzione del quale il testo viene interrogato dall'interprete. Se tale trasformazione è ben nota ai teorici, i pratici non hanno ancora assunto piena consapevolezza.

In questo quadro, il notaio è chiamato a calarsi nella storia, ad assumere la diretta responsabilità di scelte interpretative complesse, che spesso lo costringono ad uscire fuori dai comodi ripari del testo legislativo, talvolta esponendolo a conseguenze non irrilevanti anche sul piano della responsabilità civile e disciplinare

The script notes the change of the system of sources and the hermeneutic revolution that focuses on the fact of life according to which the text is interrogated by the interpreter. While this transformation is well-known to doctrine, law workers have not yet gained full awareness.

In this system, the notary is called to descend into history, assume the direct responsibility of interpretive choices, often forcing him to come out of the comfort of the legislature, sometimes exposing him to consequences on civil and disciplinary liability.

Una contemplazione attenta ed oggettiva degli itinerari della scienza giuridica non solo italiana durante il Novecento rende persuasi che il ventesimo secolo è stato un toro di tempo in cui tutto è stato rimesso in discussione¹, specialmente nella seconda parte cioè nel segmento storico a noi più vicino.

Per limitarsi all'essenziale, la rivoluzione copernicana del Novecento, o meglio del secondo Novecento, ha seguito un duplice percorso. La strada pragmatica del passaggio, nel sistema delle fonti del diritto, dalla legge quale unica fonte del diritto capace di esprimere la volontà generale (sistema giuridico chiuso), al policentrismo normativo (sistemi giuridici aperti) con il ripensamento dell'immagine della piramide kelseniana, sostituita da quella della "rete delle fonti"². La strada teorica del radicale cambiamento della concezione dell'interpretazione giuridica, abbandonando il metodo esegetico, poi quello dogmatico della dottrina pandettistica tedesca – che adottano una concezione rigidamente cognitiva dell'interpretare, secondo i canoni propri del positivismo giuridico³ - e, infine, prendendo atto, grazie alla rivoluzione ermeneutica, che il punto di partenza non è il testo ma il fatto della vita in funzione del quale il testo viene interrogato dall'interprete, con una grossa rivalutazione del momento interpretativo/applicativo. E' sufficiente qui evocare su tutti i nomi di Gadamer e Mengoni.

Secondo Gadamer la conoscenza del senso di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico non sono due atti separati, ma un unico processo. Gadamer rende esplicita dunque la inseparabilità del momento di produzione della norma dal momento

dell'interpretazione/applicazione.

Conseguentemente 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 ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte. Per esprimerci con il lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, Egli ritiene che il passaggio dalla ontologia della comprensione alla epistemologia dell'interpretazione generi la consapevolezza di dare in tal modo una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha sempre tormentato i giuristi e cioè "la tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso", quelle situazioni di cui solo percettore è il soggetto interpretante. In tal modo il perno del processo produttivo della norma non è più un testo immobile nella sua cartaceità, ma un soggetto chiamato a vivere il proprio tempo e ad immergersi in quel testo⁴.

Luigi Mengoni ha il grande merito, parlando da giurista ai giuristi, ma dopo essersi nutrito dei necessari approfondimenti filosofici e della rilevante lezione tecnico giuridica di Esser, di far proprio l'argomentare demolitivo /costruttivo dell'ermeneutica e di renderlo patrimonio della civilistica italiana⁵. Secondo Mengoni "punto di partenza dell'interpretazione non è il testo bensì il caso ossia il problema o il complesso di problemi per la cui soluzione il testo deve essere compreso. La legge è opaca sino a quando non si sappia rischiararla illuminandone il quadro dei riferimenti problematici, nel quale soltanto si può cogliere l'intero significato del programma condizionale in essa dettato⁶.

Mengoni, nell'ambito della stessa linea di progetto culturale, rende proprie talune proposte della filosofia del diritto tedesca degli anni

¹ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma – Bari, 2012. Agli occhi di chi lo guarda storicamente il Novecento appare come un tempo di transizione verso nuovi approdi, con mutazioni che arrivano a trasformare il volto del diritto come lo aveva disegnato la modernità illuminista. Come ha notato L. MENGONI, *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. VII: "il Novecento è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione."

² B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014. Come nota questo autorevole studioso "il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti istituzionali e non istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono" cfr. B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 266.

³ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1966.

⁴HANS – GEORG GADAMER, (1900 – 2002), considerato uno dei maggiori studiosi dell'ermeneutica, afferma, muovendo 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. "La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa". Cfr. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1965), trad. it., Milano, 1975, p. 307.

⁵ Si vedano i saggi raccolti in *Diritto e valori*, Bologna, 1985 ed *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, con le due eloquentissime prefazioni che esprimono motivi e orientamenti dell'itinerario intellettuale di Mengoni.

⁶ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 37. Sulla figura di Mengoni (1922 – 2001), cfr. P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, vol. 2, Milano, 2014, p. 155.



Cinquanta, consistenti nel ricorso alla “topica” quale tecnica del pensare problematico, cogliendo in esso non la dissoluzione del pensare sistematico, della dottrina pandettistica tedesca, bensì un prezioso strumento di controllo, validissimo ad evitare il rischio di assolutizzazione e di pericolose derive assiomatico – deduttive. Il pensiero problematico (orientato a porre esigenze o problemi) consente al pensiero sistematico (orientato a ragionare sulla base ed all’interno del sistema in forma deduttiva) di evolversi in ragione delle esigenze sociali, poiché l’ermeneutica giuridica muove dal problema, dal caso concreto dalle nuove esigenze. Un controllo che Mengoni, contemplatore assai critico della dottrina sull’uso alternativo del diritto, volentieri estendeva anche in senso opposto, e cioè a pesantezze ideologiche o ad eccessive politicizzazioni.

Queste riflessioni, ben note ai teorici generali del diritto⁷, sorprendentemente non sono penetrate a pieno nell’area che respirano i giuristi. Molti di noi continuano a vedere il diritto come un insieme di enunciati posti, cioè una forma che si impone alla società, piuttosto che una sostanza radicata nella società stessa e prodotta dalle forze sociali.

Il ruolo “creativo” dell’interpretazione giudiziaria, per la quale è stata coniata l’espressione “diritto vivente” è stato sin qui ben messo in evidenza dalla riflessione scientifica⁸. La stessa Cassazione in taluni casi definisce le proprie decisioni con l’incisiva formula “giurisprudenza normativa”. La nostra epoca è stata da più parti definita “l’età della giudizialità” ed i giudici

individuati come i signori⁹ o imperatori del diritto¹⁰, per designare una nuova forma di normatività che vede il giudice procedere alla produzione del diritto attraverso modelli di decisione consolidati e, al contempo, controllarne l’applicazione, con un possibile deficit di democraticità e un probabile *vulnus* alla divisione dei poteri¹¹.

Se il ruolo del giudice come artefice del diritto è stato indagato, meno studiato è certamente il contributo della prassi notarile alla creazione del diritto vivente. Eppure, se spostiamo la nostra attenzione dai testi di legge alla prassi negoziale, contenuta negli atti notarili, scorgiamo un ricco 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 (p.es. la permuta di cosa presente con cosa futura) in nuovi schemi negoziali per rispondere a nuove esigenze della pratica degli affari (tipicamente per consentire al proprietario del terreno di acquistare un appartamento o una villetta che verrà edificata sul medesimo dal costruttore).

In una fase di rapidissime trasformazioni, quale quella che stiamo vivendo, è del tutto impensabile una interpretazione notarile meramente dichiarativa della volontà del legislatore, sino a poco tempo fa quasi divinizzato.

Quotidianamente abbiamo la conferma nella realtà effettuale che il monopolio legislativo e la dichiaratività dell’interpretazione hanno ceduto il passo alla complessità e al pluralismo delle fonti, affidando al notaio - giurista il gravoso compito della interpretazione - applicazione¹². Il notaio contemporaneo, dismessi i panni del pratico che compila l’atto con chiarezza e precisione, è

⁷ Sul diritto come fenomeno interpretativo cfr. S.PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, III, *L’attività giuridica*, II ed., Milano, 1935, p. 233 ss.; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 e 154; P.PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa*, in *Dir. Giur.* 1975, p. 826 ora in *Idem.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 10; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 71; J. ESSER, *Vorverstandis und methoden - wahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di G. Zaccaria e S. Patti *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Esi, Napoli, 1983; H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit.; L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, (1983), in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985; R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, Cambridge MA, 2011.

⁸ Sul diritto vivente come problema di ermeneutica giuridica afferente ai rapporti tra giudice e legge cfr. L. MENGONI, *Voce “diritto vivente”* in *Dig. Disc. Priv.*, *Dir. Civ.* VI, Torino, 1990, p. 445 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 288. Sul rapporto fra legge e interpretazione – applicazione cfr. il non recente volume di P. BORGNA – M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, Donzelli Editore, 1997.

⁹ Per usare la suggestiva immagine di R. VANCAENEGEM, *I signori del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991

¹⁰ Cfr. R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, Milano, 1994.

¹¹ Cfr. P. COSTA, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, (Università degli studi Suor Orsola Benincasa, lezioni magistrali, 11), 2006, p. 65 “se allora il giudice non è organo di un’adiafora ragione tecnica ma è il protagonista di *policies* sempre più estese e incisive, la sua sottrazione alla logica della partecipazione del consenso, per un verso rende problematica la sua legittimazione e per un altro verso, diminuisce l’area di incidenza di ciò che resta della democrazia” con ampie citazioni sul rapporto tra democrazia e potere giudiziario; C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2014, p. 27; L’“espansionismo giurisprudenziale” è messo in evidenza dal penalista, attento osservatore dei mutamenti in atto nell’ordinamento positivo italiano, F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, nuova serie, 4, 2013, p. 145.

¹² Cfr. F. D. BUSNELLI, *Ars notaria e diritto vivente*, in *Riv. Not.*, 1991, p. 2 ss.. Eventualmente M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, p. 584 ss.



diventato una sorta di “apprendista stregone”, chiamato quotidianamente a ricomporre il divario tra realtà legislativa e realtà sociale nel testo dell’atto pubblico notarile, utilizzando per nuove funzioni un diritto scritto per una realtà spesso superata dalle trasformazioni sociali, adattando a nuovi compiti antichi istituti, per consentire la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un costante adattamento degli schemi tramandati dai formulari.

Come ben si può comprendere facendo riferimento a figure come le c.d. servitù reciproche o i diritti di uso esclusivo in ambito condominiale, alle diverse forme di proprietà funzionalizzata, ai diritti di usufrutto congiuntivo o successivo o di partecipazioni societarie o infine ai diritti edificatori, 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 legislatore.

Per assolvere a questa complessa funzione il notaio è chiamato a calarsi nella storia, ad assumere la diretta responsabilità di scelte interpretative complesse, che spesso lo costringono ad uscire fuori dai comodi ripari del testo legislativo, talvolta esponendolo a conseguenze non irrilevanti anche sul piano della responsabilità civile e disciplinare, come ci ricorda una severa giurisprudenza in materia di doveri di consulenza, informazione e chiarimento da parte del notaio¹³.

Quali sono i tratti salienti della prassi notarile? Vorrei segnalarne almeno due.

In primo luogo la corallità. La prassi notarile non scaturisce dalla creazione estemporanea o isolata del singolo notaio. Essa non rappresenta una creazione in termini assoluti e originali, tutta imputabile ai notai, ma neppure una creazione del tutto marginale. La prassi notarile si sostanzia in un’opera incessante, talvolta ardita, altre volte modesta di “rimodellamento del diritto” dando luogo a una tecnica di evoluzione graduale dell’ordinamento giuridico che avviene soavemente, di atto in atto, senza ribaltamenti o svolte dirompenti, garantendo la continuità del sistema, ma anche la sua evoluzione e il passaggio dal vecchio al nuovo senza traumi. Si tratta dunque del prodotto di uno sforzo collettivo di un’intera categoria

professionale¹⁴, in sinergia con l’accademia e il pensiero giurisprudenziale, dando luogo ad una contemporanea *communis opinio*.

Un fenomeno molto interessante, che testimonia la concretezza e la effettività del diritto notarile, è rappresentato dalle massime o orientamenti sul diritto societario elaborati dal notariato¹⁵.

Questa *soft law*¹⁶ di fonte notarile acquista inoltre spesso una normatività generalizzata attraverso l’opponibilità ai terzi che l’atto pubblico notarile assicura mediante il meccanismo della pubblicità legale (registri immobiliari, registri delle imprese, registri della proprietà industriale).

Un secondo carattere della prassi notarile è la socialità. Si tratta infatti di un diritto che nasce in basso e dal basso. E’ questo un pregio ulteriore della prassi notarile, che merita di essere evidenziato in una fase storica in cui la riflessione dei giuristi acquista sempre maggiore consapevolezza di un radicale mutamento di prospettiva nell’apprezzamento del fenomeno giuridico: non più un diritto che nasce dall’alto, nella rarefatta atmosfera di palazzi dove si fa sintesi di conflitti sociali, un’aula parlamentare, una camera di consiglio (peraltro nell’ottica valutativa di chi gestisce precariamente il potere) ma semmai in basso e dal basso dei luoghi in cui questi conflitti

¹⁴ Sulla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene l’interprete come fattore di controllo della condizione esistenziale in cui lo stesso opera cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 39: “nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi giuridici o pregiudiziali (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall’esperienza giurisprudenziale precedente, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l’approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il significato in ordine alla regolamentazione dei conflitti di interesse da decidere”.

¹⁵ Per una riflessione sulla genesi e la funzione delle massime cfr. P. MARCHETTI, *Il ruolo del notaio nella costituzione della spa: la questione dell’omologa (1875 – 2003)* in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, La modernità degli studi storici: principi e valori del notariato*, Milano, 2014, p. 60.

¹⁶ L’espressione è generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti. Si tratta di una nozione di prevalente elaborazione dottrinale e nell’odierno panorama giuridico, altamente pluralistico e caratterizzato da un notevole tasso di complessità, se ne conoscono svariati esempi. Per una panoramica degli strumenti di *soft law* cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, cit. p. 103 ss.

¹³ Cfr. M. COCCA, *Gli obblighi di informazione del notaio*, in *Riv. Not.*, 2013, p. 1339, in giurisprudenza, Trib. Milano, 29 aprile 2014 n. 5667 in *I Contratti*, 12/2014, 1098; Cass. Civ. 21 ottobre 2014 n. 26369 in *ilcaso.it*.



si consumano e trovano composizione in difficili mediazioni socio – economiche. Per dirla con Lipari, siamo passati da un diritto fondato sugli atti di posizione a un diritto fondato sugli atti di riconoscimento¹⁷.

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

In conclusione non pare inutile segnalare che per comprendere a pieno questa singolare e moderna forma di normatività è sufficiente recuperare il messaggio di Tullio Ascarelli il quale, con sguardo clamorosamente anticipatorio, nei primi anni Trenta, chiudendo il suo saggio sul negozio indiretto, prendeva atto della complessità dell'esperienza giuridica, riconoscendo nel diritto il prodotto di un'ampia pluralità di fonti "statuali" ed "extrastatali"¹⁸. Come ha efficacemente ricordato Paolo Grossi¹⁹, in particolare Ascarelli riconduceva la "dinamica giuridica", cioè il diritto "socialmente vigorante", proprio alla interpretazione giurisprudenziale e alla prassi contrattuale²⁰.

¹⁷ Cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 32.

¹⁸ Cfr. T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto (1931)*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 77.

¹⁹ Sulla figura di Tullio Ascarelli cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 445.

²⁰ L'impostazione di Ascarelli (1903 – 1959) può esser compresa nella sua pienezza ove si consideri la natura attribuita dal Maestro al fenomeno interpretativo. Per Ascarelli "l'attività dell'interprete è creativa e cioè concorre nello sviluppo del diritto; non è mai (neanche nell'interprete più legato alla lettera della legge), mera riproduzione fotografica del dato ma importa sempre l'intervento di valutazioni dell'interprete". "L'interprete non costituisce un elemento esterno, ma un elemento interno al diritto che, anche per questa via torna a riportarsi all'opera collettiva dei consociati. E' per ciò che, col volgere del tempo, l'interpretazione muta, non già perché si arrivi ad intendere meglio, col decorso del tempo, il testo interpretato, ma perché col decorso del tempo e il mutamento dei problemi, si è tratti ad un naturale affinamento di schemi, ad altre costruzioni e ricostruzioni, e così ad una continua adeguazione del *corpus juris* dato ad una mutevole realtà", cfr. T. ASCARELLI, *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1953,1, p. 478.