

MASSIMO PALAZZO*

La prassi notarile nella rete delle fonti

ENGLISH TITLE

Notarial Practice in the Network of Sources of Law

ABSTRACT

The essay highlights that the notary public practice could be included in the sources of law, because the daily work of the Notary public develops new specific rules through the interpretation/application of legal materials; in this activity are followed guidelines, protocols and principles addressed by the professional category.

KEYWORDS

Sources of Law – Notary Public – Notarial Practice – Interpretation – Soft Law.

1. LA PRASSI NOTARILE COME FONTE DEL DIRITTO

Proporre oggi il tema della prassi interpretativa notarile quale fonte del diritto non può consistere semplicemente nell'aggiungere una voce all'elenco di cui all'art. 1 delle preleggi, un enunciato che si è ormai concordi nel riconoscere formalmente vigente ma privo di qualsiasi valenza precettiva, sul piano dell'effettività¹.

Una tal proposta stimolatrice (ma che a taluno può apparire provocatoria ed eversiva di una radicata tradizione culturale che attribuisce al notaio una funzione sostanzialmente passiva, in ragione della natura "tecnica" del suo operato) deve essere, più congruamente, collocata nella nuova realtà contemporanea che conosce – sullo sfondo del pluralismo quale autentica cifra distintiva della convivenza democratica – scenari per buona parte

* Fondazione italiana notariato.

1. Grossi, 2020, p. 20. È stato, inoltre, giustamente scritto che tutto "ciò che condiziona l'interpretazione è fonte" (così Sacco, 1990, 457) e quindi non può non esserlo la prassi negoziale, la quale tuttavia non è mai, o quasi mai, menzionata come fonte del diritto nei testi costituzionali, né nelle declamazioni politiche o giuridiche ufficiali" (si veda ancora, con riferimento alla riflessione scientifica teorica e pratica, Sacco, 1991, p. 215).

inediti e implica direttamente un nuovo modo di essere giuristi. L'indagine deve quindi muoversi sul duplice piano della ricerca teorica (nel quadro di un significativo e diffuso rinnovamento metodologico) e della pratica professionale del diritto applicato nella concretezza storica dell'esperienza giuridica, da magistrati, avvocati, notai, richiamando l'insegnamento contenuto nel volume di Giuseppe Capograssi sulla scienza del diritto² dove esplicitamente si afferma, nel ribadire che solo il pensiero riflesso aiuta l'azione a fissarsi e consolidarsi sottraendola alla caducità che la vita ha in sé stessa, che, a ben vedere, la scienza del diritto (intesa, in senso lato, come forma riflessiva sull'esperienza giuridica) è "l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica"³.

2. TRASFORMAZIONI DELLA FIGURA GIURIDICA DEL NOTAIO

Anteriormente alla Rivoluzione francese, nell'Antico Regime, la produzione del diritto dei privati era affidata in misura considerevole alla attività del notaio che, attraverso la *interpretatio* del vecchio diritto romano giustiniano e del diritto canonico, costituiva lo strumento di adeguamento di quelle norme alle esigenze dell'esperienza giuridica medievale e postmedievale in continua crescita. Gli atti notarili si ponevano perciò quali autentiche fonti del diritto comune europeo⁴.

Il puntiglio codificatorio di Napoleone cancella la precedente formazione alluvionale del diritto, riducendo tutto il diritto dei privati ad un'unica fonte, moderna, chiara, di facile consultazione: il *Code Civil* del 1804. Complementare al Codice ed espressione della medesima ideologia giuridica postilluministica è la prima legge organica sul notariato, che esprime le istanze del nuovo contesto politico-istituzionale e segna l'avvento del moderno nella storia europea dell'istituzione notarile: la legge francese del 25 Ventoso XI (16 marzo 1803). Questa legge, preceduta da un lavoro preparatorio durato oltre dieci anni, individua nel notaio l'organo fondamentale per la cura e la documentazione dell'autonomia dei privati⁵.

L'art. 1 della legge notarile vigente (legge 16 febbraio 1913, n. 89) definisce i notai ufficiali pubblici "istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie i certificati, gli estratti". Nel codice civile si guarda al notaio come un documentatore, il cui ufficio è costruito in funzione della costruzione di documenti

2. Capograssi, 1939, p. 379.

3. Ivi, p. 585.

4. Grossi, 2007, p. 30 rileva che: "la prassi aborrisce l'uso di una modellistica rigida i suoi stampi sono duttili e mutevoli, con un affidamento totale alle intuizioni del notaio".

5. Per gli opportuni riferimenti Mazzanti Pepe, Ancarani, 1983.

rappresentativi della manifestazione di volontà dei privati, con valore non solo di atto pubblico (art. 2699 c.c.) ma anche in funzione fidefacente (art. 2700 c.c.).

È chiaro che ad un notaio-documentatore non avrebbe senso chiedere uno sforzo argomentativo oppure l'onere di fornire una motivazione delle scelte interpretative o delle soluzioni negoziali. L'essenziale è solo ciò che volle e pensò il legislatore nel momento della produzione della norma, restando irrilevanti gli accadimenti successivi.

Ma il Novecento è stato un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione, specialmente nei decenni a noi più vicini. Limitandoci ai fatti essenziali funzionali al nostro discorso, occorre ricordare che l'evoluzione ha seguito un duplice percorso, quello teorico della rivoluzione ermeneutica e quello pratico del passaggio da un sistema delle fonti chiuso ad un sistema aperto⁶.

3. DOTTRINA, GIURISPRUDENZA E PRASSI NEGOZIALE QUALI FONTI INTEGRATE NELL'ESPERIENZA CONTEMPORANEA

Nell'esperienza contemporanea dottrina, giurisprudenza e prassi notarile sono venute progressivamente assumendo ciascuna un ruolo diverso da quello che aveva assegnato loro la tradizione.

La dottrina ha perso quello che era il suo connotato caratterizzante legato ad una riflessione *in vitro* in chiave di validità. Nel momento in cui si riconosce il valore determinante del caso e il suo primato⁷ ne discende di riflesso la messa in crisi del concetto tradizionalmente assunto dai civilisti di validità. Questa suppone un'ottica generalizzante, una uniformità di esiti al di là delle singole accidentalità, evenienza questa difficile da riconoscere entro un contesto essenzialmente pluralistico. Il problema della contemporanea scienza giuridica sta proprio qui: deve abbandonare le sue categorie tradizionali o quanto meno svuotarle della loro pretesa generalizzatrice per accostarsi il più possibile al caso concreto. Ma nel far ciò essa avvicina sempre più la sua funzione a quello che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo proprio della giurisprudenza e della prassi negoziale.

Per converso, la giurisprudenza, pur essendo perfettamente consapevole dell'incidenza della singola decisione su di uno specifico assetto di interessi, sa anche che la soluzione di quel caso avrà inevitabilmente una valenza più ampia.

6. Per una sintesi, anche in chiave storico giuridica, della evoluzione del sistema delle fonti e della teoria dell'interpretazione giuridica, si vedano Gentili, 2015, pp. 4 ss.; Lombardi Vallauri, 1967; Pastore, 2014, pp. 32 ss.

7. Mengoni, 1985, p. 37; 1990, pp. 353 ss.; Viola, 2007, pp. 315 ss.

Con riguardo, infine, alla prassi notarile, dobbiamo osservare che al notaio contemporaneo le parti chiedono non solo una funzione di cura e di documentazione del contratto, ma soprattutto la ragionevole stabilità delle loro regolamentazioni. Il notaio, collocato al pari del giudice in prima linea 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*, nel senso etimologico di trovare, scoprire cercando.

L'evoluzione della funzione notarile nella fase più recente è stata indagata anche da autorevoli civilisti, come Aurelio Gentili e Giuseppe Conte⁸; nonché da illustri storici e filosofi del diritto, come Paolo Grossi, Antonio Punzi, Baldo Pastore⁹. Tutti questi studiosi hanno evidenziato, pur con diversità di approcci e di accenti, che il rinnovamento del modo di essere giuristi coinvolge anche la figura del notaio, quale strumento essenziale del procedimento interpretativo, in quanto la attuale molteplicità dei luoghi di formazione del diritto gli impone di farsi carico dei vortici che inevitabilmente si creano tentando di riportarli, pur fra molti ostacoli, entro un alveo fecondo per la vita collettiva.

La riflessione scientifica ha messo altresì in luce un significativo processo di modifica della funzione del contratto¹⁰. Questo non si pone più semplicemente come strumento di sistemazione e organizzazione di interessi individuali in ordine a beni preesistenti alla manifestazione di autonomia, ma spesso si esprime come modo di creazione del bene attraverso la dichiarazione di volontà. Tanto più oggi che la ricchezza è legata non a cose materiali, ma semmai a un reticolo di informazioni che il contratto concorre a determinare ed arricchire. Questa evoluzione ha fatto venire meno antichi postulati, che pure hanno fatto parte dei capisaldi della nostra formazione giuridica, come quello secondo il quale i soggetti autori del consenso ad un determinato assetto di interessi debbano necessariamente coincidere con i destinatari degli effetti, ovvero come quello che il contratto sia necessariamente irrilevante per i terzi, non potendo ad essi, in mancanza di una esplicita adesione, né giovare né nuocere.

In questo quadro ricostruttivo, connotato da profondi mutamenti ordinali, la funzione del notaio diviene più complessa e problematica rispetto al passato, nel quale la dominante cultura del positivismo giuridico limitava la funzione notarile "ad offrire alle parti il linguaggio del diritto ed a ricusare il proprio ministero per gli atti proibiti dalla legge"¹¹.

8. Gentili, 2018, p. 215; Conte, 2018, pp. 7 ss.

9. Grossi, 2018, p. 337; 2019, pp. 653 ss.; Punzi, 2018, pp. 323 ss.; Pastore, 2019, pp. 43 ss.

10. Lipari, 2002, p. 1344; Macario, 2015, pp. 61 ss.; 2018, pp. 167 ss.

11. Irti, 1997, p. 202.

La diversa rilevanza giuridica del contratto è messa a fuoco dalla riflessione scientifica anche nella prospettiva di un ripensamento complessivo del contributo della funzione notarile “come fattore ordinante”, a partire dai primi anni Novanta del Novecento da Francesco Busnelli¹² e ribadita agli inizi del nuovo secolo da Nicolò Lipari¹³. Il notaio è visto, da questi giuristi, come un costruttore di ordinamenti giuridici privati, come un “*créateur d’avenir*”, capace di elaborare soluzioni negoziali, senza pregiudicare la coerenza del sistema e senza venir meno alla sua prerogativa di “dare certezza”.

Forse, tra tutti gli operatori del diritto, il notaio è oggi colui che ha visto maggiormente appesantirsi le responsabilità connesse con il proprio ruolo che, nell’indicata prospettiva, è quello di garante della continuità del sistema nella mutevolezza della realtà sociale. Una funzione, al tempo stesso maieutica ed ermeneutica, che richiama il “circolo ermeneutico”, cioè il procedimento circolare che fonda ogni atto interpretativo e che consiste nella comprensione del tutto a partire dalle parti e delle parti a partire dal tutto, nel senso precisato da Gadamer¹⁴.

Gli ultimi decenni del Novecento ed i primi del nuovo secolo hanno visto venire meno alcuni consolidati punti di riferimento, dando luogo ad ulteriori ripensamenti della funzione notarile, prendendo le mosse da un’esperienza giuridica che, nella peculiarità di un nuovo rapporto tra indici normativi e comportamenti attuati, sembra trovare nel contesto europeo e globale rinnovati stimoli per ricordare l’intervento del notaio non più semplicemente alla formale struttura dell’atto pubblico, ma altresì alle conseguenze del rapporto che dal suo atto prendono vita.

L’esperienza giuridica contemporanea e la società civile chiedono al notaio posmoderno, nel suo operare quotidiano, una continua ricomposizione dello “specchio rotto delle fonti”¹⁵, in un momento di profonda trasformazione della realtà politica e sociale e un’analisi attenta dei problemi essenziali che oggi si manifestano con grande intensità dalla vita e la morte delle persone, alla disciplina dei rapporti patrimoniali, all’emergenza virale che sconvolge le nostre priorità e certezze.

La prassi negoziale notarile, in tal modo, si pone come fucina inesauribile della dinamica giuridica. Essa fornisce un importante contributo partecipativo all’articolazione e all’arricchimento dei modelli di azione dell’autonomia privata in un contesto in evoluzione.

12. Busnelli, 1991, pp. 2 ss., nota: “Il notaio è *minister legis*, ma la subordinazione alla legge gli lascia tuttavia uno spazio di creatività definito dal concetto di *interpretatio*, nel senso allargato dei classici, includente un’opera di continuo adattamento del testo normativo all’evoluzione sociale”.

13. Lipari, 2002, pp. 1343 ss.

14. Gadamer, 2000, pp. 553 ss.

15. Per una lucida analisi di questo profilo, si veda Canale, Pariotti, Pastore, 2019.

Una conferma di questo rinnovamento della funzione notarile proviene dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile, che valuta con notevole rigore la diligenza del notaio e ricomprende nel contenuto della prestazione professionale il cosiddetto dovere di consiglio, cioè il dovere di fornire una consulenza tecnica finalizzata non solo al raggiungimento dello scopo tipico al quale il contratto è preordinato, ma anche a prospettare soluzioni alternative volte a conseguire effetti vantaggiosi previsti dalla normativa fiscale¹⁶.

In sostanza, dottrina e giurisprudenza e prassi notarile hanno visto sempre più affievolirsi la specificità di un ruolo che era legato alla logica della codificazione, cioè di una norma confezionata e in quanto tale individuabile prima della sua applicazione. Oggi, invece, la costituzionalizzazione del diritto, cioè la sua individuazione in chiave di principi, postula una concezione dinamica della regola giuridica, rispetto alla quale sfuma la possibilità stessa di una distinzione tra una lettura in chiave teorica e un'altra in chiave pratica di uno *jus positum*¹⁷. Sia il teorico (necessariamente attento al caso, se è vero che l'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'*applicazione*) sia il pratico (consapevole della inevitabile ricaduta della soluzione ermeneutica adottata) sono chiamati a contribuire alla formazione della regola del caso concreto e si collocano sul versante dello *ius in fieri*¹⁸. In altre parole, tutti i soggetti dell'ordinamento partecipano alla formazione del precetto concorrendo a saldare l'orizzonte del passato (inteso nel riferimento alla legge o alle altre positivizzazioni giuridiche) con l'orizzonte del presente (assunto nel riferimento alle esigenze e ai valori della comunità al momento dell'applicazione).

In questa prospettiva la teoria e la pratica del diritto incontrano una necessaria integrazione. Ma non nel senso in cui si parla di integrazione fra le tradizionali fonti del diritto, come modo di mettere a confronto e, se possibile, di conciliare, due dati oggettivi, ma come riconoscimento di un atteggiamento comune, di un convergente modo di intendere la scienza giuridica, non più come una scienza pura di norme¹⁹ (ammesso che lo sia mai stata) ma come uno sguardo rivolto ai valori prevalenti nel contesto sociale²⁰.

16. L'opera professionale di cui è richiesto il notaio "non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti". È quanto stabilito dalla Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – con sentenza 31 luglio 2012, n. 13617, in *Giust. Civ.*, 2013, p. 339.

17. Alexy, 2016.

18. Lipari, 2016, p. 298; Pariotti, 2000, p. 195.

19. L'ovvio riferimento è alla *Reine Rechtslehre* di Kelsen.

20. Lipari, 2016, p. 295; Pariotti, 2000, p. 191.

4. LA PRASSI NOTARILE, SINGOLARE
E POSMODERNA FORMA DI *SOFT-LAW*

Come ognuno intende benissimo, oggi l'interpretazione/applicazione del diritto realizzata da qualificati giuristi (avvocati, notai, *law firms* internazionali) non si risolve nella semplice applicazione dell'enunciato legislativo, quale mera appendice esterna incapace di incidere sul contenuto volitivo del legislatore, ma si sostanzia nella costruzione, attraverso il linguaggio tecnico-giuridico, di complessi testi contrattuali, che si pongono come ordinamenti del caso concreto.

Si pensi a figure negoziali come *leasing*, *factoring*, *franchising* che rappresentano un diritto creato da grandi studi legali, per risolvere attraverso un testo contrattuale problemi ovunque emergenti nella odierna realtà globale. Lo stesso deve dirsi con riguardo alla prassi creata dai notai. Gli esempi sono ben noti e molteplici: si pensi alla permuta di cosa presente con cosa futura, ai trust interni, agli affidamenti fiduciari, ai diritti edificatori, al cosiddetto *rent to buy* di immobili e aziende, alle clausole di prelazione, gradimento e predisposizione successoria negli statuti societari.

Si tratta di testi contrattuali che non sono imposti né da un legislatore nazionale, né da un (inesistente) legislatore mondiale. Sono strumenti nati nelle officine notarili e, talora, dopo il vaglio giurisprudenziale, recepite dal legislatore. In questo senso i testi contrattuali diffusi nella prassi negoziale rappresentano una forma evoluta di *soft law*, che si affianca ai canali ufficiali di produzione del diritto²¹, ed il notaio diventa compartecipe della formazione del diritto vivente.

Nella prospettiva di cogliere le interferenze tra dimensione teorica e dimensione pratica del fenomeno giuridico e quindi dei modi in cui la prassi notarile partecipa ai contemporanei processi di positivizzazione giuridica, può essere utile riflettere sul fatto che le diverse forme utilizzabili per la conclusione di un contratto non sono prive di riflessi sul testo del contratto stesso e sul regolamento di interessi che ne consegue.

Un caso esemplare riguarda l'atto pubblico notarile²². La particolarità è rappresentata dal fatto che l'elaborazione del testo contrattuale è in tal caso rimessa all'attività del giurista pubblico ufficiale, soggetto imparziale e documentatore esterno dell'accordo, il cui compito è quello di tradurre la volontà dei contraenti in termini giuridici, in una *rule of law*, anche sul piano della "legalità linguistica"²³.

Al pari di ogni altra sede deputata all'applicazione delle regole giuridiche, le officine notarili hanno prodotto una notevole quantità di formule di

21. Palazzo, 2019, p. 3.

22. Palazzo, 2021, p. 1160.

23. L'espressione è di Irti, 1997, p. 202.

testi contrattuali, sebbene il loro censimento non sia sistematico. La rilevazione della prassi notarile si è da sempre giovata dei formulari: i prototipi risalenti all'epoca medievale sono celebri e hanno fondato un filone longevo che sopravvive quale punto di riferimento anche da parte di altre figure professionali.

La modulistica contrattuale immobiliare proviene per buona parte dai notai. Gli schemi da loro affinati sono impiegati sia da privati per regolare affari perfezionati tra loro, sia da società costruttrici o immobiliari. I contratti preliminari di compravendita comunemente conclusi solitamente rispecchiano testi di matrice notarile, mentre quelli che vedono come parti le imprese spesso sono rielaborati dai loro uffici interni o dai consulenti. Le differenze riflettono la contrapposizione tra la imparzialità notarile e la – altrettanto doverosa – faziosità forense: essa è sistematicamente arginata dal notaio sul piano dell'informazione resa all'acquirente, oltre che con l'espulsione delle clausole a rischio di invalidità.

Le rispettive predisposizioni si traducono in diversi approcci nei confronti dei tipi legali. Da un lato, si registra il frequente rinvio alle regole depositate nel codice, ritenuto custode di un assetto mediano di distribuzione del rischio contrattuale; ancora, sono predisposti accurati meccanismi negoziali a presidio della posizione dell'acquirente, in quanto soggetto da proteggere e al quale – non a caso – è affidata la designazione del notaio. Dall'altro, si assiste all'introduzione di deroghe alle norme suppletive, sostituite da clausole favorevoli al venditore.

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 tempo²⁴. L'interpretazione notarile opera incisivamente nella individuazione e nell'articolazione del discorso sulle fonti e qui viene in gioco la responsabilità della *comunità interpretativa*²⁵ dei notai, chiamata a 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.

5. PRASSI ATTUATIVA E PRASSI GENETICA

Quando il prodotto dell'attività notarile estrae la regola del caso all'interno di una casistica disciplinata dal dettato di una fonte, la prassi ha una funzione

24. Gentili, 2017, pp. 125-133.

25. L'espressione "comunità interpretativa" è di Zaccaria, 2007, p. 43. Ma si veda anche Parìotti, 2000.

attuativa. Il notaio rende concreta la disposizione legale traducendo in regole del caso le astratte previsioni del legislatore. È pur sempre opera “inventiva”, ma in uno spazio limitato: dal generale al particolare. Ed è opera di garanzia di legalità (nei limiti in cui il notaio può darla), ma rispetto ad un solo problema: l’esatta individuazione della norma da evincere dalla disposizione in conformità alla razionalità che vi presiede. Quando invece il prodotto dell’attività notarile reperisce la regola del caso all’esterno di una casistica regolata dal dettato di una fonte, la prassi ha una funzione *genetica*. Il notaio, a partire dalle categorie concettuali che reggono la materia integra il dettato legale, “inventa” cioè reperisce una regola del caso a fronte di una “lacuna”, in difetto della previsione di quella casistica. Più ampio è il numero di disposizioni applicabili, più difficile è l’opera di redazione del testo contrattuale.

Di fronte ai bisogni nuovi e nuovissimi 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), dando vita al tipo “sociale” della cosiddetta permuta di cosa presente con cosa futura, oppure 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.). 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*.

Altri esempi sono costituiti dal negozio di affidamento fiduciario utilizzato dai notai pur in mancanza di una disciplina legislativa, dal *rent to buy* di immobili di aziende. Si pensi, inoltre, alle figure forgiate dalla prassi notarile in ambito condominiale come le servitù reciproche, i diritti di uso esclusivo su beni comuni.

In questi casi il notaio, 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 diritto²⁶, in quanto il contratto si fa prassi, la prassi genera l’uso e l’uso crea la norma.

Nel diritto commerciale l’apporto della prassi è, forse, 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

26. Per un’ampia riflessione sul ruolo della prassi notarile in tema di situazioni reali si veda AA.VV., 2015; Palazzo, 2017.

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 trascinamento²⁷ (*drag along*).

6. LE MASSIME NOTARILI IN MATERIA SOCIETARIA

Con riferimento alla *interpretatio* notarile nel diritto commerciale 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 extra-legale. Si tratta, infatti, di consolidazioni di prassi applicative, con attitudine a svolgere un ruolo ordinante assai più incisivo di una semplice guida offerta ai singoli notai.

Questi “orientamenti” non rappresentano atti isolati, una *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 contemporaneo²⁸. 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. Si potrebbe essere indotti ad equiparare le massime notarili a una sorta di manifestazione collettiva di un orientamento interpretativo dottrinale.

È percezione diffusa, tuttavia, che la natura e funzione delle massime notarili non sia limitata a questo profilo. La circostanza che gli orientamenti interpretativi provengano da una commissione incaricata dall'organo territoriale dell'ordine professionale non è del tutto priva di effetti. Essa conferisce al lavoro della commissione una sorta di “rappresentatività” che, ben lungi dal creare alcun vincolo sui singoli notai chiamati svolgere il controllo omologatorio, finisce per riflettersi in modo significativo sul loro comportamento. Ciò conferisce alle massime notarili una *funzione concreta* che può essere assimilata a

27. Sul tema si veda Divizia, 2013.

28. Silva, Zaccaria, 2015, p. 425. Alcuni esempi di positivizzazione di regole giuridiche attraverso le massime possono leggersi in Rescio, 2021.

quella svolta dagli orientamenti dei Tribunali, di *uniformazione* del controllo omologatorio e di *conoscibilità preventiva* del presumibile comportamento (di una parte significativa) dei soggetti incaricati di tale controllo. Il che contribuisce a sua volta ad attribuire alle massime notarili una natura a metà strada tra dottrina e giurisprudenza, tra manifestazioni di opinioni individuali e direttive collegiali della categoria. Esse si affiancano così ai contributi e alle circolari di uffici studi ed enti collettivi di riconosciuta competenza, ma vi aggiungono una maggior capacità di influire sul controllo omologatorio e quindi sulla stessa prassi societaria.

7. CORALITÀ E SOCIALITÀ DELLA PRASSI NOTARILE

La panoramica tratteggiata conferma che le analisi del concreto operare dell'attività notarile sono fondamentali per la reale conoscenza del fenomeno giuridico, a fianco del prodotto dell'attività delle corti.

Con specifico riguardo alla prassi negoziale notarile, merita di essere sottolineato, conclusivamente, che essa ha due tratti salienti. In primo luogo, la *coralità*. 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 interpretativa 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 professionale²⁹, in sinergia con l'accademia e il pensiero giurisprudenziale, dando luogo ad una contemporanea *communis opinio*. Questa *soft law* 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, come si diceva poco sopra, di un diritto che nasce all'interno della società civile, in basso e dal basso. 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.

29. Sulla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene l'interprete come fattore di controllo della condizione esistenziale in cui lo stesso opera cfr. Mengoni, 1985, p. 39.

8. LA FUNZIONE STABILIZZATRICE
DI UN PROCESSO INTERPRETATIVO INTEGRATO

La prassi negoziale notarile può ben definirsi un diritto privato prodotto da privati. Siamo di fronte così a un *law in action* che, accanto al nucleo più solido di un diritto di produzione giudiziale, si sostanzia di germinazioni diffuse a carattere spontaneo e spontaneamente osservate, di *soft law*, che prospera e si diffonde in un contesto che, rompendo il monopolio e il rigido controllo statale del diritto, riduce significativamente in nome dell'effettività³⁰, la centralità della legge nell'ordinamento.

Il recupero corposo è quello della complessità del fenomeno giuridico, che la modernità aveva pesantemente ridotto, non permettendo così al diritto legale e formale di mantenersi in coerenza con il divenire della esperienza. È ovvio che un siffatto recupero ordinamentale consista anche in un ulteriore formidabile recupero (che è quello della storicità del diritto, troppe volte dimenticata in un passato remoto e prossimo), ma ha anche un inevitabile costo: una probabile alluvionalità caotica.

La salvaguardia della prospettiva ordinamentale è assicurata dalla comunità degli interpreti, nel senso sopra precisato, di struttura inter-soggettiva del momento interpretativo su cui si fonda la peculiarità epistemica dei processi di conoscenza e applicazione del diritto, i quali implicano una strutturale sinergia tra dati normativi, riflessione scientifica, concretizzazioni giurisprudenziali e prassi negoziali, con lo sguardo attento ai valori prevalenti nel contesto sociale di un dato momento storico.

L'esperienza giuridica trova la sua unità e la sua ricchezza nel quadro di una comunità interpretativa della quale dottrina, giurisprudenza e prassi negoziale sono il perno.

Nell'ottica di una visione non individualistica ma comunitaria si incontra quel punto di saldatura che consente di vivere l'esperienza giuridica senza timore di dissoluzione nichilista perché "ogni interpretazione singola si fonda nella comprensione comune, si spiega cioè soltanto come risultato di un processo dal quale nessuna esperienza singola può totalmente liberarsi o distaccarsi"³¹.

Prassi negoziale, dottrina e giurisprudenza, nel momento in cui in dialettica tra loro si pongono in un rapporto costante con la comunità, individuano

30. Nella problematizzazione del fenomeno giuridico il concetto di effettività costituisce un riferimento costante ed indispensabile, che rappresenta lo scarto fra dimensione formale e pratiche sociali, fra diritto e società. Si veda il volume di Catania, 2018, che raccoglie alcuni saggi assai meditati dedicati al tema dell'effettività del diritto.

31. Così Zaccaria, 1989, p. 60, che richiama la struttura necessariamente plurale e intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo.

altresì il punto di saldatura tra diritto e morale, proprio perché l'interpretazione prevalente non potrà prescindere dai criteri di valore, dai profili etici comunemente riconosciuti in un determinato momento storico all'interno della collettività. Una regola, infatti, vive grazie al ruolo attivo dei suoi destinatari, i quali non si limitano ad osservarla da un punto di vista *esterno*, ma la accolgono da un punto di vista *interno* come modello della propria condotta³².

In tale prospettiva vengono meno tutti i tradizionali paradigmi in tema di fonti del diritto proprio perché il notaio (o meglio, chiunque rifletta su di un contesto sociale nell'ottica del diritto) deve necessariamente "misurarsi con la comprensione del diritto propria di interi gruppi sociali"³³ e quindi la norma, quale precetto all'azione, non discende da una struttura di enunciati gerarchicamente ordinati, ma da una connessione tra un sistema di enunciati ed una prassi, tra disposizioni formalmente poste e il loro uso nel comportamento degli operatori giuridici e dei consociati³⁴.

Prassi notarile, dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazioni storicamente comprensibili, pure nella loro inevitabile temporaneità, si sforzano di cercare un punto di equilibrio, riaffermando, nella stagione del postmoderno, la verità dell'affermazione di Capograssi. Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Av.Vv. (2015). Il contributo della prassi notarile alla evoluzione delle situazioni reali (Prefazione e Conclusioni di P. Grossi). *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*.
- Alexy, R. (2016). *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Busnelli, F. D. (1991). *Ars notaria* e diritto vivente. *Rivista del notariato*, 1-2, 1-15.
- Canale, D., Pariotti, E., Pastore, B. (cur.) (2019). *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*. Carocci.
- Capograssi, G. (1939). Il problema della scienza del diritto. In *Opere*, II. Giuffrè, 1959.
- Catania, A. (2018). *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, II ed. Giappichelli.
- Conte, G. (2018). L'evoluzione dell'*ars notaria* nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico. In G. Conte, M. Palazzo (cur.), *Crisi della legge e produzione privata del diritto. Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2, 7-23.

32. Cfr. Hart, 1965, p. 107.

33. Così Rescigno, 1983, p. X.

34. Come è noto risulta ormai scontata la dissociazione di una concezione del diritto come autorità (a cui corrisponde l'esercizio del potere e della forza) dal diritto concepito come interpretazione: cfr. Goldoni, 2009, p. 162.

- Divizia, P. (2013). *Le clausole di “tag” e “drag along”. Nuove regole statutarie di società di capitali e patti parasociali*. Ipsoa.
- Gadamer, H. G. (2000). *Verità e metodo* (trad. it. G. Vattimo). Bompiani.
- Gentili, A. (2015). *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*. Giappichelli.
- Gentili, A. (2018). Il notaio nella rete delle fonti: il ruolo della prassi notarile. In G. Conte, M. Palazzo (cur.), *Crisi della legge e produzione privata del diritto. Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2, 125-133.
- Goldoni, M. (2009). Interpretazione vs. autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover. *Ars Interpretandi*, 14, 161-185.
- Grossi, P. (2007). *L’Europa del diritto*, Laterza.
- Grossi, P. (2018). Sull’esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell’odierno ruolo del notaio). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 329-241.
- Grossi, P. (2019). Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 653-659.
- Grossi, P. (2020). *Oltre la legalità*. Laterza.
- Hart, H. L. A. (1965). *Il concetto di diritto* (trad. it. M. Cattaneo). Einaudi.
- Irti, N. (1997). Ministero notarile e rischio giuridico dell’atto. In *Studi sul formalismo negoziale*. Cedam.
- Kelsen, H. (1966). *La dottrina pura del diritto* (trad. it. M.G. Losano). Einaudi.
- Lipari, N. (1998). Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno. *Rivista critica di diritto privato*, 3, 409-425.
- Lipari, N. (2002). Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 361-379.
- Lipari, N. (2016). Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto. *Ius Civile*, 4, 295-305.
- Lombardi Vallauri, L. (1967). *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè.
- Macario, F. (2015). Autonomia privata (profili costituzionali). In *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII (pp. 61-97). Giuffrè.
- Macario, F. (2018). L’autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale. In G. Conte, M. Palazzo (cur.), *Crisi della legge e produzione privata del diritto. Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2, 167-240.
- Mazzanti Pepe, F., Ancarani, G. (1983). *Il notariato in Italia dall’età napoleonica all’Unità*. Consiglio Nazionale del Notariato.
- Mengoni, L. (1985). Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico. In *Diritto e Valori* (pp. 11-58). Il Mulino.
- Mengoni, L. (1990). Diritto vivente. In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VI (pp. 445-452). Utet.
- Palazzo, M. (2017). La prassi notarile singolare e post moderna forma di normatività. *Persona e mercato*, 2, 15-19.
- Palazzo, M. (2019). Pagina introduttiva. In Aa.Vv., *Autonomia privata e fonti del diritto* (pp. 3-18). Fondazione. Italiana del Notariato, Giuffrè.
- Palazzo, M. (2021). Testo del contratto. In *Enciclopedia del diritto I Tematici. Contratto*. Giuffrè-Francis Lefebvre.

- Pariotti, E. (2000). *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*. Giappichelli.
- Pastore, B. (2014). *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*. Cedam.
- Pastore, B. (2019). Complessità del diritto e autonomia privata. In Av.Vv., *Autonomia privata e fonti del diritto* (pp. 43-54). Fondazione Italiana del Notariato, Giuffrè.
- Punzi, A. (2018). *Interpretatio consilium inventio*. Il notaio e le macchine nell'era della post-verità. In G. Conte, M. Palazzo (cur.), *Crisi della legge e produzione privata del diritto. Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2, 323-334.
- Rescigno, P. (1983). Introduzione. In J. Esser, *Precompressione e scelta del metodo, nel processo di individuazione del diritto* (pp. IX-XI). ESI.
- Rescio, G. A. (cur.). (2021). Categorie di partecipazioni e condizioni soggettive del socio. Tecniche di diversificazione dreei diritti sociali e durata dell'investimento. *Quaderno della Rivista Diritto Bancario. Sulle massime e sugli orientamenti di interesse notarile in materia di diritto societario*, 1.
- Sacco, R. (1990). La dottrina, fonte del diritto. In *Studi in memoria di Giovanni Tarello. II. Saggi teorico-giuridici* (pp. 449-465). Giuffrè.
- Sacco, R. (1991). Dottrina (fonte del diritto). In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII (pp. 214-217). Utet.
- Silva, M., Zaccaria, M. (2015). *Orientamenti notarili societari*. In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale. Aggiornamento*. Utet.
- Vassalli, F. (1951). *Estrastatualità del diritto civile*. Ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, t. II. Giuffrè, 1960.
- Viola, F. (2007). La legalità del cas. In *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. I, Principi fondamentali, Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic*, Capri 18-20 aprile 2006 (pp. 315-327). ESI.
- Zaccaria, G. (1989). L'ermeneutica. In F. Gentile (cur.), *Interpretazione e decisione. Diritto ed economia* (pp. 57-83). Giuffrè.
- Zaccaria, G. (1990). *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam.
- Zaccaria, G. (2007). *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Editoriale Scientifica.

