

VITA NOTARILE

fondata nel 1949 da Giacomo Buttrita

esperienze giuridiche

Massimo Palazzo

IL NOTAIO NELLA STAGIONE DEI DOCUMENTI DIGITALI

Estratto anticipato dalla Riv. «VITA NOTARILE» - N. 3/2017

www.vitanotarile.it • vitanotarile@exit.it • edizionigiuridichebuttrita@pec.it

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/2/2004, n. 46) art. 1, comma 1 - Palermo

Massimo Palazzo

IL NOTAIO NELLA STAGIONE DEI DOCUMENTI DIGITALI

Sommario: 1. Il notaio “interprete” e cercatore di senso, non semplice “documentatore”. - 2. Le trasformazioni della figura giuridica del notaio. - 3. L’atto notarile come fonte del diritto. - 4. A cosa serve il notaio nell’epoca di internet? - 5. Uno sguardo al futuro.

Il documento notarile nell’epoca di internet non è certamente un’anticaglia di un tempo passato, ma costituisce una garanzia del sistema ordinamentale. L’atto notarile digitale è una realtà e i filosofi, gli storici e i giuristi concordano sul fatto che la dematerializzazione dei documenti amplifica il ruolo del notaio giurista e documentatore, anziché ridurlo. Le reti telematiche, poi, con la loro libertà e facilità di accesso accrescono l’esigenza di un interprete imparziale, di un mediatore tra fatti complessi e un diritto in continua trasformazione.

Dal 12 al 14 ottobre 2017 si svolgerà a Palermo il cinquantaduesimo Congresso Nazionale del Notariato italiano sul tema delle garanzie offerte dal documento notarile per l’Italia digitale. Si tratta di un argomento che pone alcune questioni ineludibili per la nostra contemporaneità.

Già nel celebre articolo *Digital natives, digital immigrants*, pubblicato nel 2001, Marc Prensky coniava due espressioni metaforiche di cui probabilmente non immaginava la fortuna: nativi digitali e immigrati digitali. Con la prima, l’autore si riferiva a bambini e ragazzi nati a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, la cui caratteristica comune è quella di aver vissuto dalla nascita immersi nel mondo delle tecnologie info-telematiche. Al contrario, chi non è nativo digitale ma utilizza la tecnologia sarebbe un immigrato digitale.

Negli anni successivi, per rispondere alle critiche che evidenziavano il fatto che i più giovani non presentano tutti uguali e diffuse competenze digi-

tali, lo stesso Prensky ha proposto il concetto di “saggezza digitale” (M. Prensky, *La mente aumentata. Dai nativi digitali alla saggezza digitale*, 2013), riconoscendo che le sfide poste dalla evoluzione cognitiva impongono un utilizzo delle nuove tecnologie prudente, consapevole ed intelligente.

Non vi è dubbio, peraltro, che il cambiamento avvenuto grazie alla rivoluzione informatica, che ha portato alla globalizzazione delle conoscenze e dei mercati, abbia tutte le caratteristiche per configurarsi come una vera e propria discontinuità, un mutamento di paradigma direbbero i filosofi della scienza, e non come una semplice evoluzione avvenuta per accumulo incrementale di conoscenze, competenze, modalità di pensiero e di azione.

Allargando un poco il nostro sguardo è agevole constatare che l'umanità ha conosciuto nel trascorrere del tempo anche altre trasformazioni radicali, nei modi e negli strumenti utili a trasmettere il sapere. Pensiamo cosa hanno rappresentato il passaggio dalla cultura orale alla società della scrittura, l'alfabetizzazione diffusa nella Grecia del V secolo a.C., l'avvento dei libri nel periodo rinascimentale, grazie all'invenzione dei caratteri mobili del tipografo tedesco Johannes Gutenberg, che diede inizio alla moderna stampa. In tempi molto recenti, la scrittura esplosa e diffusa nel *web* e la *proliferazione di documenti*, facili da riprodurre o addirittura generati automaticamente.

L'attuale situazione apre interrogativi particolarmente significativi. In un mondo in cui la risposta ad ogni domanda è a portata di mano, dove esistono programmi informatici in grado di leggere ed analizzare documenti legali, quale spazio resta alla intelligenza umana, alle Università, al mondo delle professioni?

Gli *Oxford Dictionaries* hanno eletto il sintagma “post-verità” parola internazionale dell'anno 2016. Il prefisso “post”, in questo caso, non significa “successivo”, ma denota una situazione in cui la verità oggettiva perde di rilievo e prevalgono le credenze personali, costruite e alimentate dalle opinioni diffuse dai mezzi di comunicazione per mezzo delle tecnologie info-teleumatiche. Non già la “morte della verità”, piuttosto un concerto di milioni di persone, ciascuna convinta di avere ragione.

Queste prime considerazioni – e il contesto che determinano – rendono evidente l'attuale *utilitas* del documento notarile, cioè del documento redatto da un pubblico ufficiale con le richieste formalità e autorizzato ad attribuirsi la “pubblica fede”. L'atto pubblico notarile, a differenza di altri titoli che potrebbero risultare non genuini o addirittura “tossici”, anche dematerializzato mantiene i pregi di affidabilità che ha dimostrato nella storia; sia in senso formale (cioè come contenitore di documenti legali), sia in senso sostanziale (cioè come conformità dei suoi contenuti all'ordinamento giuridico vivente).

La dematerializzazione dei documenti, infatti, aumenta il primato dell'atto pubblico notarile rispetto alle scritture private, perché richiede certezze documentali ancora maggiori rispetto al passato. Una considerazione che trova sostanza ripercorrendo alcune trasformazioni culturali che si sono registrate negli ultimi decenni e delle quali i giuristi e i non giuristi stanno prendendo sempre maggiore consapevolezza.

1. Il notaio “interprete” e cercatore di senso, non semplice “documentatore”

Il discorso sull’attuale situazione non può, tuttavia, prescindere da una più ampia riflessione sul profondo ripensamento - un’ autentica rivoluzione - che si è registrato sul problematico tema dell’interpretazione giuridica. Hans Georg Gadamer, su un piano di pura speculazione filosofica e sviluppando alcune intuizioni di Heidegger, si è posto nel corso del Novecento il problema del carattere essenziale dell’attività intellettuale dell’interpretare, del rapporto tra interprete e testo.

Il filosofo tedesco afferma, muovendo dall’esistenzialismo del suo maestro 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, afferma Gadamer, è “il carattere ontologico originario della vita umana stessa” e l’ermeneutica giuridica ha un “significato esemplare”, titolo di uno dei capitoli centrali della sua innovativa opera *Wahrheit und Methode* (1960).

La verità elementare che Gadamer disseppelesce – tanto elementare, quanto intimamente eversiva – è l’inseparabilità del momento della produzione della norma da quello dell’interpretazione e dell’applicazione. Gadamer chiarisce che 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 legge e la concretezza storica che l’interprete ha di fronte. Punto di partenza è la precomprensione (*Vorverständnis*) che abbiamo di un testo, sedimentata nel linguaggio. Questo avvia un circolo ermeneutico tra interprete e *interpretandum*: il significato del testo si può certamente cogliere indagando l’intenzione dell’autore, ma si può comprendere anche al di là dell’intento di chi lo ha redatto. Il giurista, è scritto in *Verità e Metodo*, coglie il “senso della legge in base al caso specifico e in vista di questo caso”.

Gadamer, da molti considerato il “padre” dell’ermeneutica giuridica contemporanea, sposta l’attenzione dell’interprete dall’ontologia alla storia e offre ai giuristi l’occasione per un ripensamento del problema dell’interpretazione. Una riflessione che coinvolse prima il civilista tedesco Esser e quindi il giurista italiano Luigi Mengoni che, insieme a numerosi filosofi del diritto tra i quali Giuseppe Zaccaria, ribadì l’intuizione gadameriana della creatività dell’interpretazione.

Il carattere valutativo dell’attività notarile, tra l’altro, non riguarda soltanto il momento dell’individuazione della norma applicabile al fatto concreto, ma anche la ricostruzione del caso stesso da regolare. Così come, infatti, la norma è il risultato dell’interpretazione della disposizione di legge, anche la fattispecie concreta da regolare non è un dato oggettivo che preesiste all’atto notarile, essendo la sua definizione anch’essa affidata al notaio. E’ l’esercizio di una discrezionalità che va oltre quella dell’attività interpretativa delle norme di legge sostanziale e investe la ricerca, la scelta e la valutazione dei fatti e dei documenti oggetto dell’istruttoria.

Il fatto non è puro accadimento, ma accadimento problematico al quale il notaio deve attribuire un senso o significato, per mezzo delle proprie cate-

gorie di significato (come chiarisce Esser nella sua opera *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*).

2. *Le trasformazioni della figura giuridica del notaio*

La metamorfosi della funzione notarile si può comprendere a partire dalle innovative svolte determinate dal pluralismo delle fonti e dalla rivoluzione gadameriana, rispetto alla vecchia figura del notaio del primo Novecento.

Lo statalismo e il legalismo sottesi alla legge notarile e al codice civile avevano tre scopi fondamentali: collocare l'applicazione/interpretazione fuori dal processo di produzione del diritto; concepire il notaio come un soggetto tenuto alla semplice intelligenza del contenuto di volontà delle parti e a tradurlo in un linguaggio e in una forma giuridica conforme alla legge (con un ruolo ridotto a una mera presa d'atto e un distacco totale tra il notaio e le parti, tra interprete e testo); eludere il problema – di fatto ineludibile – della frizione tra testo della legge e vita reale, tra immobilità del comando fissato sulla carta e mobilità del magma sociale cui la legge e il contratto sono destinati.

La “poliarchia” delle fonti del diritto e la revisione ermeneutica richiamano, invece, ad alcune “verità” prima ignorate o rimosse: 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: deve giudicare del fatto, quindi del diritto e, infine costruire il contratto che sarà, a sua volta, oggetto di interpretazione da parte di altri.

3. *L'atto notarile come fonte del diritto*

La profonda trasformazione strutturale e funzionale registrata dall'attività notarile negli ultimi decenni, sul terreno dell'esperienza quotidiana, si può comprendere spostando l'attenzione dai testi di legge alla prassi negoziale notarile, cioè a quel complesso di soluzioni operative adottate dai notai e ripetute nel tempo.

Il notaio, al pari del giudice, opera nella “trincea estrema” in cui i cittadini chiedono soluzioni immediate per i loro problemi: non può sottrarsi al dovere elementare di fornire risposte a queste richieste, ma allo stesso tempo può assolvere a questo ruolo solo se, accanto all'esegesi delle norme legislative, si fa concretamente interprete, cioè mediatore tra fatti sopravvenuti e diritto ufficiale, o addirittura *inventore*.

Di fronte ai bisogni nuovi e nuovissimi della mutevole realtà contemporanea, il notaio può trovare la soluzione tecnica adeguata a ordinare la fatti-

specie 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.). 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 disponibilità all'ascolto della storia (che è storia minuta, umile, silenziosa, ma che è la storia quotidiana delle persone), fa un autentico salto di piano: il documentatore diventa anche produttore di diritto.

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 rappresentano la spina dorsale della nostra economia) alcune clausole che con formulazioni differenti, ma accomunate dalla medesima finalità socio economica, sono il prodotto di un'accorta opera di interpretazione e applicazione notarile, quali le clausole di prelazione e di gradimento, le clausole di co-vendita (*tag along*), le clausole di trascinamento (*drag along*).

Una menzione speciale, in riferimento alla *interpretatio* notarile, 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.

In questi casi, le prassi applicative sono consolidate con l'attitudine a svolgere un ruolo ordinante assai più incisivo di una semplice guida offerta ai singoli notai: non rappresentano atti isolati, *legal opinion* di un singolo studioso sia pure autorevole, bensì regole che, impegnando la riflessione collettiva di una comunità di esperti, possessori di uno specifico sapere professionale, godono di un'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: in sinergia con l'interpretazione giudiziale, viene posta nel sistema delle fonti, quale sede privilegiata di interpretazione/applikazione del diritto societario contemporaneo. 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.

4. *A cosa serve il notaio nell'epoca di internet?*

L'*utilitas* del documento notarile, a maggior ragione nell'epoca di internet, sembrerebbe evidente alla luce di queste considerazioni.

Il fatto che la maggiore richiesta di documentazione certa e indiscutibile si debba oggi soddisfare in larga parte nel formato digitale nulla toglie, palesemente, alla validità del primato di un atto notarile, rispetto a una scrittura tra privati, sia pure negoziata con l'assistenza di consulenti di parte.

Studiosi di estrazione e dagli interessi differenti – quali il filosofo Maurizio Ferraris, lo storico Giuseppe Galasso e il giurista Mario Libertini – concordano sul fatto che la dematerializzazione dei documenti porti ad amplificare il ruolo del notaio giurista e documentatore, non certo a ridurlo.

La possibilità, offerta dalle reti telematiche, di accedere con maggiore facilità ai pubblici registri accresce e non riduce l'esigenza che i dati immessi in tali registri siano garantiti da un vaglio preventivo di legalità da parte di un soggetto terzo rispetto agli interessi in gioco. Soltanto un approccio *riduzionistico* al tema e al valore dei documenti potrebbe indurre a ritenere che la maggior facilità nel produrre documenti o nell'accedere ai registri immobiliari e delle imprese consenta agevolmente di fare a meno del notaio.

Il trasferimento di un immobile o la costituzione di una società non si può ridurre a un'operazione meramente tecnica, come l'acquisto di un prodotto ad un distributore automatico, ignorando la complessità della realtà sociale ed economica, la mutevolezza dei fatti, dei conflitti di interessi delle persone e delle situazioni esistenziali. Nella singola ed irripetibile fattispecie concreta concorrono principi, sistemi di regolazione multi-livello, norme legislative e regolamentari che invocano, oggi più di ieri, da parte del notaio terzo ed imparziale una funzione sapienziale di ponderazione di una pluralità di istanze (pubbliche e private) di disciplina del caso.

La stella polare dell'attività notarile è oggi il bilanciamento, la composizione degli interessi in conflitto in relazione alle circostanze del caso ed in funzione preventiva di future controversie. Nell'immagine della bilancia si condensa nel tempo presente la funzione notarile, al cospetto di ordinamenti e diritti che si sovrappongono in progressione quasi geometrica nei conflitti di interessi che il notaio è chiamato a comporre attraverso un equilibrato regolamento contrattuale.

Ridurre, riduzionismo. Questo fu il programma e anche il nuovo concetto ordito dalla modernità giuridica, di cui costituisce un emblematico esempio il Codice Civile francese del 1804, voluto dalla classe vittoriosa della Rivoluzione e da Napoleone, con un controllo ineludibile del diritto da parte del titolare del potere politico, con una sua *riduzione* a un insieme di leggi, ossia di manifestazioni autorevoli ed autoritarie, perché volute in alto e dall'alto proiettate sulla testa dei cittadini, chiamati soltanto al dovere di una totale obbedienza.

Tutta questa artificiosa *riduzione* poteva reggere finché avesse retto la capacità di controllo dello Stato unitario sulla società civile; ma quando questa, da piattaforma amorfa ed inerte, comincia ad articolarsi in una vivace organizzazione di formazioni sociali e pretende di affermare un proprio ruolo nella produzione del diritto che sia ad essa più congeniale, come avviene nelle complesse relazioni del diritto postmoderno e globalizzato (pensiamo esemplificativamente alle già ricordate operazioni economiche di *rent to buy*), il paesaggio giuridico tende a mutare sostanziosamente e, soprattutto, si fa più complesso.

Il Novecento giuridico, specialmente nella seconda metà, si presenta a noi come l'emersione di una sentita esigenza di rinnovamento, una ricerca di nuovi e più condivisi assetti, una sempre maggiore riscoperta di quella complessità del diritto che gli artifici, le mitologie, le dogmatiche della modernità avevano costretto in una produzione rigidamente monistica. La riscoperta della complessità dell'ordinamento giuridico è oggi pretesa dalla riscoperta del pluralismo sociale e politico, dalla c.d. *lex mercatoria*, cioè dal diritto creato dalle prassi negoziali interne e transnazionali per approntare strumenti adeguati ai nuovi bisogni.

Il secondo Novecento ha portato non soltanto la rivoluzione tecnologica, ma, a partire dagli anni Sessanta, un rinnovamento del sapere giuridico.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1948) con il passaggio da una legislazione per fattispecie ad una legislazione per principi, articolata per clausole generali; dopo l'irruzione sulla scena del diritto europeo; in seguito alla progressiva globalizzazione giuridica che ha rotto il legame, prima inscindibile, legge-Stato-territorio; dopo l'affermarsi della dimensione giurisdizionale del diritto in conseguenza del ripensamento del sistema delle fonti e della teoria interpretazione; oggi non si è più giuristi come prima. Lo statuto del sapere giuridico è cambiato.

Il diritto oggi non può più essere concepito weberianamente come sistema tecnico autoreferenziale, ma risulta inevitabilmente intriso della cultura generale della società e dell'elaborazione giurisprudenziale. La complessità è ormai entrata nel diritto e la scienza giuridica è oggi scienza sociale nelle varie declinazioni che può assumere.

Siamo di fronte a movimenti e mutamenti che rendono palpabile la forte incidenza di un notaio oltre che documentatore anche giurista e partecipante della costruzione del regolamento negoziale; a condizione che abbia le risorse culturali e la curiosità necessarie per guardare fuori dalle finestre del suo studio e registrare con attenzione e con rispetto le trasformazioni socio-economiche e politiche del nostro tempo e del diritto civile che sta lentamente, ma effettivamente e fattualmente, riassumendo la sua vecchia identità di espressione naturale della dinamica sociale.

5. *Uno sguardo al futuro*

Quello che occorre – conclusivamente – sottolineare, particolarmente ai giovani, è la consapevolezza che il ruolo del notaio è indiscutibilmente mutato rispetto a quanto si riteneva che fosse nell'età dei Codici e della legge notarile del 1913, nel tempo dello stalinismo e del legalismo totalitari ed indiscutibili.

Mutato sì, ma anche *ritrovato* rispetto a civiltà giuridiche passate e presenti che, al contrario, hanno creduto e credono nel carattere *inventivo della prassi notarile* e, dunque, di garanzia di evoluzione del sistema ordinamentale e, quindi, fortemente *promotivo* nel distendersi storico di un assetto sociale.

Al notaio contemporaneo le parti pongono il problema di riannodare il proprio discorso tecnico alle esigenze reali dell'organizzazione sociale e l'at-

to pubblico notarile entra a pieno titolo nel sistema delle fonti di produzione del diritto.

Un ruolo importante ha ed avrà il notaio posmoderno, a condizione che abbia realizzato una sua interiore rinnovazione e abbia, pertanto, la forza culturale per cimentarsi nella grande e difficile impresa di contribuire a costruire un domani che sia veramente a misura d'uomo.

Questa è oggi la vera responsabilità di una prassi notarile non timorosa di incontro con le altre scienze sociali, e che si ponga essa stessa come un luogo nel quale non solo si apprestano strumenti tecnici tradizionali, ma si operano pure scelte coraggiose, capaci di restituire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori costituzionali, che soli possono condurre alle trasformazioni ed evoluzioni del diritto vivente che la società richiede.