

## La funzione notarile al tempo della post verità

*Raffaele Lenzi*

Notaio in Firenze

Ordinario di Diritto privato, Università di Siena

Il lavoro si propone di indagare i mutamenti che è destinata ad incontrare la funzione notarile, tradizionalmente destinata ad assicurare certezza giuridica agli atti ricevuti per il tramite del notaio, nell'ambito di un sistema sociale, e conseguentemente giuridico, che, da un lato, offre sempre minori certezze e, dall'altro, mette in discussione ogni autorità il cui responso era fin qui considerato affidabile e quindi tale da assicurare certezza e prevedibilità alle conseguenze giuridiche delle attività svolte. Si prospetta la necessità della definizione di un nuovo ordine giuridico, segnalando l'efficace apporto che potrebbe offrire un rinnovato esercizio della funzione notarile, alla luce di alcuni criteri operativi da valorizzare nel nuovo contesto. In particolare, prendendo atto dell'accresciuta complessità della prestazione notarile, aggravata da un più esaustivo dovere di informazione, si propongono nuovi criteri di orientamento, tra cui si segnalano adeguatezza della prestazione, precauzione nell'individuazione degli strumenti negoziali, opportunità di argomentazione delle scelte adottate, che vanno ad integrare ed in parte modificare le tradizionali modalità di esercizio dell'attività notarile, attraverso una valorizzazione e ridefinizione della tradizionale funzione di adeguamento.

*This paper investigates the changes the function of notaries – traditionally meant to ensure the legal certainty of the documents they draw up – will incur within a social, hence legal, system offering ever fewer certainties and disputing any authority once considered reliable and therefore apt to ensure the certainty and predictability of the legal consequences of any activity that is carried out. The paper suggests that a new juridical order needs to be defined and highlights how a renewed exercise of notarial functions can effectively contribute to it, considering the operational requirements to be put in place in the new scenario. In particular, given the enhanced complexity of notarial service, compounded by a more comprehensive duty to provide information, new guiding criteria are proposed. Such criteria include: adequacy of performance, precaution in identifying negotiation tools and the opportunities to explain choices made as*

*they complement and partly modify the conventional way of exercising notarial functions by both fulfilling and redefining the traditional function of legal adjustment.*

**Sommario:** 1. La metamorfosi del sistema. – 2. La necessaria evoluzione della funzione notarile. – 3. Il dovere di informazione. – 4. Funzione notarile e contratto “adeguato”. – 5. Il principio di precauzione come limite al contributo ordinante della prassi notarile. – 6. Prassi notarile e argomentazione; 7. Considerazioni finali.

## **1. La metamorfosi del sistema**

Se si vuole cogliere appieno i tempi che stiamo vivendo dobbiamo riconoscere che i problemi emergenti, che impegnano i giuristi più sensibili e impegnati ad individuare le tendenze in atto, non sono più costituiti dal dibattito sull’affermazione dell’ermeneutica come modello interpretativo, sul superamento della sussunzione come criterio applicativo, sul ruolo creativo che, tra clausole generali e principi costituzionali a diretta applicazione, ha assunto la giurisprudenza, sulla perdita di peso del legalismo positivista e sulla conseguente nuova relazione che si è instaurata tra legge e giudizio. Attardarsi a discutere criticamente su questi temi può apparire ormai un esercizio sterile, un’inutile battaglia di retroguardia. Si tratta di acquisizioni che si stanno ormai consolidando, per cui si avverte come più proficua una riflessione sull’individuazione degli strumenti e dei modi mediante i quali valorizzare i vantaggi del nuovo sistema ed al contempo depotenziarne i difetti, non limitandosi a prendere atto dell’evoluzione del sistema giuridico e ancor meno vagheggiare un ritorno ad un’egemonia positivista ormai defunta, bensì cercando di proporre una possibile ricostruzione dell’ordine giuridico secondo nuovi parametri che tengano conto del vivido contesto in cui si opera. L’apprezzabilità del nuovo sistema in cui siamo ormai calati si fonda sulla fissazione di una regola modulata sulla fattualità della situazione concreta e quindi con un recupero in termini di giustizia, sulla capacità del diritto di superare la rigidità della norma positiva e quindi una maggiore attitudine ad adattarsi ai rapidi mutamenti sociali ed alle innovazioni tecnologiche. Al contempo, in senso critico, si prospetta che ciò che si guadagna in termini di giustizia si perde in termini di certezza e prevedibilità e quindi di libertà dei soggetti privati, si temono gli eccessi di soggettivismo e il possibile affermarsi di un assolutismo giudiziario, si segnala il venir meno della separazione dei poteri e si arriva persino a paventare un *vulnus* al sistema democratico. Si tende a colorare di drammaticità ciò che

forse deve ricondursi alla naturale dinamica di competizione e composizione tra fattori costitutivi dell'ordinamento giuridico in un sistema pluralista. In questo quadro, rapidamente tratteggiato, la presente riflessione vuole offrire alcune suggestioni al dibattito, come contributo al processo di ricomposizione di un nuovo ordine giuridico, nello specifico segnalando l'efficace apporto che in questo senso potrebbe offrire un rinnovato esercizio della funzione notarile, anche individuando alcuni parametri che il nuovo contesto impone di valorizzare<sup>1</sup>. In primo luogo merita rilevare che dalla stessa giurisprudenza giungono significative sollecitazioni alla necessità di un recupero di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti. La Cassazione riconosce che anche nel nostro ordinamento si è affermata una versione "debole" (tale per renderla compatibile con il nostro ordinamento) del principio di vincolatività del precedente, che opera sia in senso orizzontale, tra le sezioni della Corte, sia in senso verticale, nei rapporti con le Corti inferiori<sup>2</sup>, ma anche nei confronti delle parti di causa, attraverso una limitazione all'ammissibilità dei ricorsi. Un rafforzamento quindi della funzione nomofilattica della Corte, per garantire un'interpretazione uniforme e conseguentemente realizzare un recupero di prevedibilità, pur scontando un'oggettiva compressione del diritto di difesa. Se da un lato si segnala la funzione di fatto costitutiva e non meramente dichiarativa della giurisprudenza, dall'altro sempre più spesso si afferma, in decisioni giurisprudenziali relative a casi particolarmente perplessi, l'irretroattività

<sup>1</sup> Già un insigne Maestro come Salvatore Romano, nell'ormai lontano 1962, aveva rilevato come al notaio fossero stati attribuiti compiti ulteriori rispetto a quelli indicati all'art. 1 della l. n. 89 del 1913, derivanti questi ultimi dalla personalità e fiducia ispiranti i caratteri tecnici e morali dell'ufficio notarile. V. sul punto Salv. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. not.*, 1962, I, 3. Sul superamento del positivismo giuridico si sono ampiamente soffermati L. GALANTINI - M. PALMARO, *Relativismo giuridico, la crisi del positivismo nello Stato moderno*, Milano, 2011.

<sup>2</sup> Vedi Cass., sez. un., 13620/2012 e Cass., sez. VI, 15513/2016. In particolare, nella prima delle pronunce citate è affermato che, pur in mancanza di qualsiasi riconoscimento formale, la regola dello "*stare decisis*" è stata in fatto valorizzata anche dalla novella di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto l'art. 360 "*-bis*" c.p.c. (che sancisce l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa), accentuando «maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità (Cass., sez. un., 5 maggio 2011, n. 9847), in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica» Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620 in *Foro it. Rep.*, 2012, n. 189; Cass. civ., sez. VI - 2, ord., 26 luglio 2016, n. 15513, v. *Foro it.*, 2016, 10, 3102, con nota di G. COSTANTINO, *Note sull' "antipaticità" del ricorso in cassazione tra inammissibilità e manifesta infondatezza*.

della regola giudiziale, per favorire la certezza del diritto e salvaguardare il legittimo affidamento. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, seppur con riferimento a regole processuali, accoglie il principio dell'irretroattività dei cambiamenti di giurisprudenza non ragionevolmente prevedibili<sup>3</sup>. Il *prospective overruling* ha trovato applicazione da parte della nostra Cassazione non solo in questioni processuali ma anche, quantomeno per alcuni profili, riguardo ad aspetti sostanziali, come nel noto caso della nullità della clausola compromissoria societaria e della connessa potenziale responsabilità del notaio che ha ricevuto l'atto<sup>4</sup>. Al contempo, contraddittoriamente, con una serie di interventi legislativi e giurisprudenziali, si sono ridotti i margini di controllo sulle decisioni giudiziali, attraverso la limitazione dei motivi di impugnazione (art. 360 c.p.c.) e il conseguente ampliamento delle ipotesi di inammissibilità, si sollecita l'adozione di motivazioni semplificate ed in ogni caso si accrescono i margini di scopertura motivazionale delle sentenze, si prospetta inoltre un'estensione della responsabilità per lite temeraria. La valorizzazione della fonte giurisdizionale imporrebbe al contempo una riconsiderazione degli strumenti di controllo e la restrizione dei doveri di motivazione e delle ipotesi di ammissibilità dei ricorsi si pongono in direzione confliggente con la nuova rilevanza costitutiva della giurisprudenza. Il problema che si avverte è quindi la ricomposizione del rapporto tra giudizio, controllo del giudizio, ragionevole prevedibilità del giudicato. Si evidenzia poi un ulteriore elemento distonico nell'evoluzione del sistema delle fonti. Conseguenza logica della perdita di centralità del diritto statale sarebbe l'ampliamento del ruolo e dell'ambito di operatività dell'autonomia privata, mentre al contrario si avverte, nella nuova centralità del diritto giurisprudenziale, un rafforzamento dell'interferenza esterna rispetto alle determinazioni dei privati. Non solo quindi perdita di certezza e prevedibilità ma

---

<sup>3</sup> I principi della CEDU in tema di *overruling* sono desumibili nelle pronunce *Cocchiarella c. Italia*, sentenza del 29 marzo 2006, §44; *Di Sante c. Italia*, decisione del 24 giugno 2004; *Midsuf c. Francia*, Grande Chambre, 11 settembre 2002. In ambito più specificamente comunitario cfr. Corte giust. CE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*.

<sup>4</sup> Cassazione Civile, sez. VI, sentenza 13 ottobre 2011 n. 21202 ove si conclude che vi è responsabilità disciplinare del notaio *ex art. 28 l. not.*, solo ove sia stato rogato, dopo il 1 settembre 2011, un atto costitutivo di società, con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, poiché solo da tale data può ritenersi pacifica l'interpretazione della norma come comportante la nullità di siffatta clausola, stante che solo l'inequivocità della nullità integra l'atto «espressamente proibito dalla legge» al cui ricevimento consegue la responsabilità disciplinare. Sul tema di recente Cass. civ., sez. I, 28 luglio 2015, n. 15841; ma già in Corte di Cass., sez. VI civ., 10 ottobre 2012, n. 17287, che rivedono la posizione espressa in più remote pronunce: *ex multis* Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2010, n. 13664, tutte in [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net).

anche perdita di autonomia. Il nostro tempo è poi caratterizzato dal pluralismo delle fonti, non soltanto formali, ma anche delle fonti-fatto, da cui discende non soltanto il più significativo ruolo della giurisprudenza ma anche l'affermarsi di fonti *extra ordinem*<sup>5</sup> e di quelle fonti genericamente definite di *soft law* (codici di condotta, raccolta di massime, codici di autodisciplina) secondo modelli che costituiscono un diritto tendenzialmente privo di validità formale ma riconosciuto per la sua ragionevolezza e persuasività. Una complessità delle fonti ove la rilevanza del dato formale e la struttura gerarchica tendono quindi ad affievolirsi. Nel tempo della postverità le istituzioni perdono autorevolezza e la conseguente valorizzazione delle fonti alternative aumenta la complessità e rende più difficile orientarsi ed individuare un ordine giuridico.

## 2. La necessaria evoluzione della funzione notarile

In questo contesto, quale contributo può offrire un esercizio consapevole della funzione notarile nel dipanare tale groviglio di problemi? Nella maggiore complessità del sistema, l'interposizione del notaio tra soggetti ed atto, pur nella costanza del dettato normativo positivo, è destinata ad assumere una nuova configurazione. L'attività notarile, secondo una concezione fondata su radicate suggestioni, si incentrerebbe sul controllo di legalità, preceduto da un'attività di adeguamento dell'azione privata al dettato normativo, costituente sostanzialmente il profilo attivo del controllo di legalità<sup>6</sup>. Elemento caratterizzante la funzione sarebbe quello dell'attribuzione di certezza degli effetti giuridici all'atto di autonomia, saldando, attraverso il riconoscimento di conformità, l'azione dei privati con l'attribuzione di efficacia da parte dello Stato. L'attività notarile consiste effettivamente, ora come allora, nella conformazione del diritto vivente al principio di legalità ma oggi i mutamenti sociali e delle relazioni giuridiche impongono una riconsiderazione delle modalità di esercizio della funzione notarile, proprio per continuare ad essere fedeli a tale vocazione. In questo nuovo sistema, il notaio, calato nella realtà sociale ed a contatto con gli interessi che si agitano intorno al caso concreto, può risultare addirittura favorito, se fornito degli adeguati strumenti culturali, per cogliere il senso dell'azione

<sup>5</sup> Basti il riferimento al ruolo assunto dalla *lex mercatoria* nel diritto dei contratti internazionali; R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 390.

<sup>6</sup> F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, 1 ss., ove la nota frase «quanto più consiglio del notaio, quanto più consapevolezza, quanto più cultura, quanto meno possibilità di lite».

giuridica nella concreta dinamica in cui si svolge e condurre un ragionamento efficace sul significato e sull'applicazione del dettato legale. Una volta liberatosi dalle rigide costrizioni imposte dalla tradizionale concezione di una funzione asettica e neutrale, il notaio potrà svolgere un ruolo fondamentale nel processo di concretizzazione dei principi costituzionali e delle clausole generali ed al contempo contribuire all'efficienza del mercato, mediante la composizione degli interessi degli operatori e della collettività in ordine agli effetti che l'atto è destinato a produrre<sup>7</sup>. Deve quindi considerarsi se emerga l'esigenza che l'attività di controllo da parte del notaio non resti riservata ai profili strutturali e formali, bensì debba risultare più penetrante, valutando, in via esemplificativa, la sproporzione tra debito e garanzia, l'eccessiva onerosità di una caparra, la mancanza di ragionevolezza di talune clausole, l'incerta meritevolezza della causa in concreto<sup>8</sup>. Dalla più recente giurisprudenza emerge l'idea di affidare al notaio compiti più incisivi, tali da ricomprendere la valutazione del caso di specie, considerando la condizione delle parti e la relazione tra loro, al fine di rintracciare eventuali disfunzioni del contratto. Secondo tale orientamento la reazione del notaio a tali fatti dovrebbe concretizzarsi quantomeno in un'attività di informazione resa alle parti ed eventualmente, laddove possibile, manifestarsi anche attraverso un intervento sul regolamento contrattuale. Il notaio si porrebbe in un rapporto di controllo e di bilanciamento preventivo delle distorsioni dell'assetto contrattuale prospettato, non solo segnalando alle parti le possibili conseguenze di una tale configurazione negoziale ma prevalentemente, facendo autorevole esercizio di persuasione, proponendo la possibilità di conferire e restituire all'atto – o alla clausola – una proporzionalità ed un'adeguatezza tali da renderla, con maggior sicurezza, meritevole di tutela alla stregua dei principi che regolano l'autonomia privata<sup>9</sup>. Abbiamo già detto della variegata emersione di forme di *soft law*, dai codici di condotta, ai protocolli di intesa, alle massime

---

<sup>7</sup> P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, in *Notariato*, 2011, 6, 627.

<sup>8</sup> Tutti questi fattori non incidono soltanto sul singolo contratto ma sul mercato, creando disfunzioni al suo corretto funzionamento. Deve quindi considerarsi se emerga l'esigenza che l'attività di controllo da parte del notaio non resti riservata ai profili strutturali e formali, ma incida sul merito, estendendosi anche al controllo di meritevolezza; in questo senso P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, cit., 627 ss.. Il riconoscimento di tale esigenza non determina automaticamente una doverosità in tal senso delle modalità di esercizio, che solo una espressa disposizione normativa può imporre, ma rileva in termini di opportunità e di ricostruzione della complessità della funzione. Inoltre una cosa è ritenere opportuno un ampliamento dell'attività di controllo, altra cosa è pretendere che tale attività pervenga ad un risultato certo.

<sup>9</sup> Si sta oggi affermando un modello di contratto come accordo "regolato" in cui l'autonomia privata si armonizza con l'intervento riequilibratore eteroindotto, affidato non soltanto al formante giurisprudenziale ma ad una pluralità di fattori, tra cui si segnala l'emergere di modelli di *soft*

notarili, alle procedure negoziate; tuttavia, mentre i codici di condotta o le massime notarili costituiscono forme di *soft law* positivizzate, e come tali riferite a fattispecie generali ed astratte, l'intervento del singolo notaio è misurato sulla fattualità delle situazioni concrete. In questa dimensione il notaio può essere protagonista della nuova stagione del diritto contrattuale, caratterizzata dalla valorizzazione di strumenti che anziché imporre forme di eteroregolazione del contratto mirano a migliorare, mediante sollecitazioni non impositive, la qualità delle scelte dei contraenti, essendo il notaio in ciò favorito dall'autorevolezza morale, che deriva dalla sua istituzionale terzietà, e culturale, per la specifica competenza tecnica, autorevolezza che le parti tendono a riconoscergli e che la stessa giurisprudenza indirettamente ammette quando stigmatizza il notaio che, con il suo comportamento, commissivo od omissivo, ingenera nei contraenti un erroneo affidamento sugli effetti dell'atto notarile. La funzione notarile di adeguamento quindi come "pungolo" ai contraenti per orientarli a migliorare le loro scelte contrattuali; funzione che potremmo ricondurre a quell'orientamento definito di "paternalismo libertario" e teorizzato negli studi di Cass Sunstein e Richard Thaler<sup>10</sup>, come noto quest'ultimo recentemente insignito del Nobel per l'economia. Se oggi si avverte la necessità di un diritto cooperativo, che vigila sulla giuridicità più che sanzionare a posteriori la difformità alla regola<sup>11</sup>, la funzione notarile, così reinterpretata, appare, come non mai, attuale ed essenziale per produrre una regola misurata sulla concreta fattispecie ed al contempo dagli esiti ragionevolmente prevedibili, il tutto ovviamente laddove la giurisprudenza riconosca l'utilità di valorizzare il filtro notarile ed in particolare, come dirò di seguito, l'argomentato giudizio precognitivo del notaio. Come il diritto positivo, che costruisce la regola su una fattispecie generale ed astratta, si arricchisce, accanto al formante legislativo, di fonti persuasive di *soft law*, così il diritto giurisprudenziale, nel modulare la regola sul fatto, può giovare dell'argomentato giudizio prognostico del notaio, anch'esso misurato sulla concretezza del fatto e ancor più vivificato dalla diretta partecipazione del notaio al momento genetico del fatto stesso. Un più stretto dialogo tra prassi notarile e giurisprudenza potrebbe rivelarsi particolarmente fecondo di risultati, consentendo anche un

---

*law* che costituiscono un diritto privo di validità formale ma caratterizzato da ragionevolezza e persuasività e come tale riconosciuto; cfr. G. ALPA, *Fonti, teorie e metodi*, in *Il contratto in generale*, I, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2014, 413.

<sup>10</sup> R.H. THALER - R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

<sup>11</sup> P. LUCARELLI, *Il diritto della mediazione nella visione ottimistica di una gius commercialista*, in FIORELLI - ADINOLFI - AMATO (a cura di), *Scritti in onore di Lombardi Vallauri*, Milano, 2016, 809 ss.

recupero in termini di prevedibilità delle conseguenze giuridiche del fatto. Con la specificità, non di poco momento, che, nella predisposizione del regolamento contrattuale e quindi nella sua conformazione al principio di legalità sostanziale, il notaio non può affidarsi ad un potere autoritativo di integrazione del contratto ma ad un mero dovere di consiglio e di prospettazione alle parti delle future potenziali conseguenze giuridiche, attraverso la manifestazione di un giudizio precognitivo sull'assetto contrattuale che si profila<sup>12</sup>. Si esce dal potere/dovere di rifiuto di ricevere l'atto, per cui non trovano applicazione né l'art. 27 né l'art. 28 della legge notarile, che non esauriscono il campo del dovuto e del non dovuto notarile. Ci si trova nell'esercizio «della funzione primaria di controllo proattivo di legalità sostanziale»<sup>13</sup>, che è funzionale alla conformazione e adeguamento del regolamento negoziale e che deve svolgersi sulla base di quattro pilastri: informazione, adeguatezza, precauzione e argomentazione. In questo quadro, la funzione di adeguamento non è più limitata all'indagine della volontà delle parti ed alla conseguente selezione dello strumento giuridico più idoneo per realizzare legittimamente gli obiettivi dei contraenti ma assume contorni più complessi, misurati sulla situazione concreta e che non consentono un esercizio omogeneo della funzione, con comportamenti di costante intensità e con ripetute identiche modalità. Informazione, adeguatezza, precauzione e argomentazione costituiscono quindi i referenti per un corretto esercizio della funzione di adeguamento nell'attuale contesto. Vorrei riservare a ciascuno di tali criteri alcune rapide considerazioni.

### **3. Il dovere di informazione**

I doveri di informazione<sup>14</sup> cui il notaio è tenuto verso le parti hanno visto estendersi nel tempo il loro ambito di riferimento. Sussiste un evidente rapporto

---

<sup>12</sup> F.P. LOPS, *Le clausole generali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2009, 652 ss. afferma che nell'ambito della contrattazione preliminare o semplicemente preparatoria, alle parti fanno carico dei doveri reciproci di informazione che costituiscono declinazione del dovere di buona fede e che assumono un ruolo di fondamentale importanza laddove abbiano ad oggetto fatti e circostanze che non siano immediatamente desumibili dal dato documentale. Il notaio, solleciterà quindi le parti, anche attraverso la predisposizione di specifiche clausole, nell'intento di far emergere tutte quelle circostanze che possono sovvertire il processo di formazione del consenso o che, incidendo su elementi rilevanti nella determinazione a contrarre, possono operare a danno dell'affidamento incolpevole di una delle parti, o ancora quegli elementi che possono alterare l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto.

<sup>13</sup> R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, cit., 397.

<sup>14</sup> Sul punto è da intendersi richiamato pressoché *passim* R. LENZI, *La metamorfosi della*

di complementarità tra informazione dei contraenti e funzione di adeguamento in quanto, proprio grazie al conseguimento di esaurienti informazioni, l'adeguamento della volontà negoziale cessa di essere mero adattamento di una volontà preconstituita, che i contraenti semplicemente si limitano a manifestare al notaio, ma diviene momento conformativo della volontà stessa, implicando un'interazione bidirezionale tra notaio e contraenti, tale che la volontà di questi ultimi giunge a definitiva e più completa maturazione proprio in virtù dell'intervento notarile. L'attività di informazione svolta dal notaio oltrepassa gli stessi interessi delle parti e contribuisce, nell'ambito suo proprio, anche al più corretto funzionamento del mercato, in quanto l'ottimale efficienza del mercato si ha quando tutti i soggetti che vi operano compiono scelte razionali e queste a loro volta presuppongono una perfetta conoscenza dei dati rilevanti<sup>15</sup>. L'attività informativa del notaio non si limita ad assicurare la conclusione di contratti supportati da volontà prive di perturbamenti, bensì favorisce la maturazione di una volontà consapevole al massimo grado, che giunge a compimento non solo priva di vizi ma sulla base della rappresentazione del grado di efficienza del congegno tecnico-giuridico che si andrà adottando e delle opportunità alternative rese disponibili dal sistema, di cui l'opera informativa del notaio vale a dare contezza, esprimendo, se del caso, le perplessità del notaio medesimo circa l'idoneità dell'atto al raggiungimento degli effetti<sup>16</sup>. Ma una esauriente e completa informazione, che pure costituisce parametro valutativo della diligenza professionale del notaio, può, in alcuni casi, non essere necessaria, in altri può non essere sufficiente. Sembra infatti ragionevole ritenere che il dovere di informazione del notaio ed il suo potere di interferenza sulle dinamiche contrattuali non possano spingersi fino ad informare i contraenti di tutte le problematiche che concernono la possibile evoluzione del rapporto contrattuale; tale informazione, se resa genericamente, in molti casi non favorirebbe nell'acquirente alcuna maggiore consapevolezza ma produrrebbe soltanto una generale sensazione di insicurezza che indurrebbe le persone di

---

*funzione notarile nella lente del dovere d'informazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 761 ss.

<sup>15</sup> P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, cit., 627 ss.

<sup>16</sup> S. TONDO, *Dovere per il notaio di informazione e consulenza*, in *Studi e materiali - Quaderni semestrali*, a cura del Consiglio nazionale del Notariato, Milano, 2002, 87 ss.; deve poi valutarsi se non sia indifferente ad un corretto esercizio della funzione notarile un controllo, nella fase genetica del contratto, circa l'adeguatezza dell'assetto prospettato dalle parti a criteri di proporzionalità e correttezza, con opportuna segnalazione di un evidente rischio di squilibrio. La neutralizzazione di questo rischio, in funzione della stabilità del contratto, con riferimento a quelle fattispecie che minino la giustizia dell'assetto contrattuale, potrebbe considerarsi anch'essa come ricompresa in una concezione sostanziale del controllo di legalità.

comune prudenza, e prive di specifica preparazione giuridica, esclusivamente a sottrarsi alla contrattazione, con ciò portando ad ingiustificate restrizioni del mercato. L'attività di informazione deve trovare la propria misura nel fatto che non può costituire occasione di esorbitante apprensione né avvalorare essa stessa un clima di latenti sensazioni di insicurezza ed instabilità, divenendo così un freno ed un ostacolo al funzionamento del mercato ed alla fluidità delle relazioni economiche. Si tratta quindi di definire il delicato punto di equilibrio tra un'informazione responsabile e misurata che, attraverso un processo di consapevolizzazione, consenta alle parti di individuare ed adottare la soluzione più funzionale alle loro esigenze e ad assumersi consapevolmente i rischi ad essa connessi, ed un'informazione anodina e avulsa dal contesto, sia sul piano oggettivo, la concreta relazione giuridico economica tra contraenti, che sul piano soggettivo, la capacità delle parti di cogliere e utilizzare adeguatamente le informazioni assunte, tale che, lungi dal favorire la consapevolezza, rafforza l'incertezza, amplifica i timori, contrasta o addirittura paralizza le relazioni giuridiche, costituendo quindi una restrizione del mercato anziché uno strumento di regolazione che promuove e favorisce l'accesso al mercato e le relazioni giuridico economiche.

#### **4. Funzione notarile e contratto “adeguato”**

Ciò conferma che il contenuto e le modalità informative devono essere commisurate al destinatario della prestazione, non essendo utile né necessario preconstituire un rigido modello di attuazione dei doveri di informazione<sup>17</sup>. In altri casi tuttavia anche un'esaustiva informazione può risultare insufficiente; in questo senso orientano quei criteri di adeguatezza e appropriatezza che l'ordinamento richiama ed impone debbano essere considerati dal professionista nel rendere prestazioni complesse, ove l'informazione, per quanto formalmente completa, non è sufficiente a pervenire ad una piena consapevolezza. Soccorre in questo senso, come parametro riferibile anche all'attività notarile, la disciplina Mifid<sup>18</sup>, regolatrice dell'attività degli operatori finanziari, secondo la

---

<sup>17</sup> Per Cass., 27 novembre 2012, n. 20995, il notaio deve osservare un principio di precauzione ed adottare la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente. V. anche R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, vol. I, Milano, 2008, 604 ss.

<sup>18</sup> D. MAFFEIS, *Sostanza e rigore nella disciplina Mifid del conflitto di interessi*, in *Riv. della banca e del mercato finanziario*, 2008, 581 ss.

quale non è sufficiente fornire al cliente una completa informazione ma è invece necessario valutare l'adeguatezza e l'appropriatezza del servizio richiesto e della soluzione proposta alle specifiche caratteristiche dei soggetti richiedenti ed agli obiettivi perseguiti. La funzione di adeguamento si sostanzia anch'essa in una valutazione di adeguatezza e appropriatezza dello strumento negoziale che si intende adottare rispetto non soltanto alle esigenze prospettate ma anche al profilo degli utilizzatori dello strumento in questione. I più recenti interventi normativi tendono infatti ad evidenziare il valore dell'elemento cooperativo nel connotare le relazioni tra cliente e prestatore del servizio complesso. Anche nel settore assicurativo è previsto il medesimo canone regolatore dell'attività dell'assicuratore, tenuto ad un'attività di cooperazione che non si arresta sulla soglia della decisione del cliente informato, ma impone di verificare che la scelta sia adeguata rispetto alle sue attese ed ai suoi bisogni. La disciplina Mifid e quella dettata dal Codice delle assicurazioni private, costituiscono la punta avanzata di una nuova prospettiva, che, accanto alla trasparenza delle condizioni contrattuali, prevede una più intensa forma di collaborazione con il cliente<sup>19</sup>. La cooperazione e la fiducia tra intermediari e clienti disegnano una nuova dimensione del diritto contrattuale, particolarmente nei contratti che hanno per oggetto prestazioni complesse e caratterizzate da un elevato grado di tecnicismo e di specializzazione. Ciò che qui interessa mettere in luce è che si va consolidando l'idea che l'informazione, così come svolta, non costituisce un mezzo di per sé soddisfacente nel realizzare gli obiettivi di tutela che l'ordinamento si propone; non basta la libera scelta dello strumento contrattuale e delle sue condizioni, né basta una asettica informazione resa dal professionista, ma occorre qualcosa di diverso e di più: un effettivo dialogo bidirezionale che consenta di commisurare il contratto al cliente<sup>20</sup>. Siamo di fronte ad uno spostamento di attenzione: da una strategia di informazione obbligatoria ad una strategia, forse di impronta più assistenziale e paternalista, nella quale la relazione di fiducia

---

<sup>19</sup> Nel settore assicurativo, per lungo tempo, l'espressione trasparenza è stata riferita non tanto al contratto quanto alle tariffe. Solo con l'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni private il legislatore ha dedicato maggiore attenzione al profilo della trasparenza delle clausole contrattuali. Si pensi, al riguardo, alle disposizioni contenute al capo I del titolo XIII in materia di «Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato». Sul punto v. F. ROMEO, *Informazione e trasparenza nel «Codice delle assicurazioni private» (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 796 ss.

<sup>20</sup> V. SANGIOVANNI, *I contratti di assicurazione fra codice civile e codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2011, 113, laddove si parla di una "trasparenza bilaterale" per la quale «i soggetti che intendono concludere un contratto di assicurazione devono mettersi reciprocamente a disposizione tutte le informazioni che possono consentire ad ambedue di valutare se, e a quali condizioni, concludere il contratto».

tra professionista e cliente gioca un ruolo centrale nella costruzione dell'assetto contrattuale. Il notaio quindi non solo è tenuto a mettere al corrente le parti di dati e notizie rilevanti nel caso concreto ma, al tempo stesso, e su un piano ancora più elevato di coinvolgimento, deve saper discernere tra cosa dire e cosa tacere, saper individuare il limite entro il quale la sua opera informativa deve svolgersi, per il resto facendosi carico di gestire lui stesso la fattibilità giuridica dell'operazione e la conformità ed adeguatezza agli interessi dei contraenti. Il notaio, da accurato informatore, diviene anche misuratore della sostenibilità giuridica dell'operazione che sta per concludersi, assumendo su di sé l'onere della valutazione di fattori che i contraenti, per quanto li si possa informare, non sarebbero in grado di apprezzare e maneggiare compiutamente<sup>21</sup>. Contenuto e grado di approfondimento dell'informazione non possono e non devono essere prestabiliti in astratto così da dover ricorrere in ogni concreta operazione assunta nella sua tipicità e indipendentemente dal reale contesto in cui ha luogo e da quali siano i suoi protagonisti. Tutto ciò dovrebbe valere a convincerci che l'attività di informazione che il notaio è chiamato a svolgere non è suscettibile di essere realizzata alla stregua di regole protocollari, nelle quali i contratti di varia tipologia vengono assunti nella loro fredda astrattezza e mai nella vivida fisionomia della loro concretezza. È certo che regole protocollari standardizzate facilitano la prestazione del notaio, come di ogni altro professionista, purtuttavia la svuotano dalla sua vera vocazione che è quella di parametrarsi e modellarsi compiutamente sulle esigenze che di volta in volta si palesano.

## **5. Il principio di precauzione come limite al contributo ordinante della prassi notarile**

Il perseguimento del risultato voluto e quindi la piena esplicazione dell'autonomia privata, costituiscono elemento caratterizzante la funzione notarile e segnano la prospettiva nella quale deve collocarsi l'attività di adeguamento e di controllo di legalità sostanziale. Sussiste tuttavia un ulteriore principio che sembra perfettamente attagliarsi alla funzione notarile ed a cui la prassi notarile

---

<sup>21</sup> Esemplicando: difficilmente un notaio renderà edotto un acquirente del rischio, sempre presente, di più vendite dello stesso immobile, con conseguente applicazione della regola sancente la prevalenza della trascrizione prioritaria nel tempo. L'acquirente alieno dai "tecnicismi" del sistema di opponibilità degli atti tra vivi ben potrebbe sviluppare ansie e preoccupazioni che, a fronte di un quasi fisiologico buon esito delle compravendite immobiliari, paiono certo non necessarie. Il problema è solo in parte risolto dalla possibilità, recentemente introdotta, del deposito del prezzo al notaio, fino all'esito della trascrizione.

dovrebbe pure ispirarsi. L'accresciuta incertezza del sistema non può giustificare l'immobilismo giuridico e far venir meno la funzione promozionale del diritto, cui anche la prassi notarile deve contribuire, superando quella concezione fuorviante del controllo di legalità che rischia di condurre il notaio ad essere espressione di conservatorismo giuridico. Ma tale funzione promozionale della prassi notarile deve essere esercitata alla luce del principio di precauzione, che trova il proprio referente normativo, per l'attività notarile, all'art. 147 della legge notarile, che impone al notaio di astenersi da comportamenti che possono determinare discredito alla categoria, tra cui dobbiamo ricomprendere quelle iniziative tali da ingenerare dubbi sull'affidabilità sistematica dell'attività notarile nell'assicurare un alto grado di sicurezza e prevedibilità ai rapporti giuridici che si instaurano per il tramite dell'intervento del notaio<sup>22</sup>. Gli strumenti negoziali adottati devono essere proporzionali al livello di protezione ricercato, adeguati al profilo dei contraenti e le decisioni debbono essere assunte a seguito dell'esame dei vantaggi e svantaggi che possono derivarne, anche con riferimento al generale funzionamento delle relazioni giuridiche. Da un lato quindi una legalità sostanziale perseguita anche attraverso una specifica attenzione alla concretizzazione delle clausole generali e dei principi costituzionali; dall'altro il rafforzamento del dovere di coadiuvare le parti a perseguire i loro legittimi interessi nell'esercizio dell'autonomia privata, anche attraverso un contributo promozionale all'innovazione giuridica ed all'evoluzione del sistema, mediante una misurata ma non conservativa prassi notarile, che tuttavia, al di là dei casi di irricevibilità manifesta o, come oggi si definisce, inequivoca, deve conformare il doveroso *favor* verso l'autonomia privata, mediante l'applicazione di un principio di precauzione che non trasformi lo sforzo innovativo in una potenziale proliferazione di contenziosi, induca nell'opinione generale affidamenti solo apparenti e, di fatto, moltiplichi il grado di incertezza dell'ordinamento, anche attraverso applicazioni seriali di soluzioni perplesse o comunque di esito incerto<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Per Cass., 27 novembre 2012, n. 20995, cit., il notaio deve osservare un principio di precauzione adottando la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente.

<sup>23</sup> Cfr. ancora R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, cit., 604 ss.

## 6. Prassi notarile e argomentazione

Merita poi considerare se, venuta meno la possibilità per il notaio, nell'attuale sistema complesso sopra descritto, di assicurare la certezza degli effetti perseguiti, risulti invece doveroso elaborare e palesare in atto le argomentazioni che stanno alla base della scelta negoziale e redazionale adottata<sup>24</sup>, anche per raccordarsi alle accresciute esigenze di trasparenza che, in quanto tali, rendono opportuno esporre nell'atto, analogamente alla motivazione delle sentenze, il procedimento logico-giuridico che, nel confronto tra norma e interessi, ha orientato le scelte adottate, segnatamente laddove queste si discostino da prassi consolidate, rendendo palese alle parti ed anche ai terzi il procedimento argomentativo che ha condotto alla soluzione adottata. Il ragionamento e le giustificazioni razionali elaborate dal notaio certamente non alterano il contenuto della norma<sup>25</sup> ma, una volta venuto meno un sistema di legalità fondato sulla certezza del diritto, sulla chiarezza delle disposizioni normative positive e sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, l'esercizio consapevole della funzione notarile, attraverso un uso sapiente e persuasivo dell'argomentazione giuridica nel sostenere la regolazione dell'atto di autonomia sottoposto al suo ministero, può svolgere un ruolo efficace nella definizione di un diritto calcolabile. La regola negoziale adottata deve risultare ragionevole e giustificata; il che ovviamente non ne assicura la conformità al giudizio *ex post* che dell'atto di autonomia può dare il giudice ma fornisce una ragionevole prospettiva di validità per il contributo sapienziale che il notaio giurista può offrire, svolgendo quindi non più funzione di garante della certezza degli effetti bensì di qualificato estensore di un motivato giudizio precognitivo sull'effettività dell'atto di

---

<sup>24</sup> S. SANTANGELO, *Schematismi e creatività*, in *Vita not.*, 1971, 427 ss., per il quale la tecnica dell'argomentazione è già strumento essenziale nel processo interpretativo e nell'attività applicativa del diritto; si tratta soltanto di rendere più palese il suo ruolo, che concorre, con l'enunciato positivo, a modellare la regola. Gli esiti della soluzione adottata in relazione al caso concreto sono in ogni caso affidati al processo interpretativo, cui l'argomentazione concorre in maniera significativa.

<sup>25</sup> Non è mancato tuttavia chi, in questo scenario, ha ritenuto che il ruolo del Notaio possa assumere, nel diritto vivente, una dimensione normativa, cui è affidato il compito di costruire nuovi concreti modelli negoziali che rispondano, in un bilanciamento di funzioni, sia alle esigenze del mercato, in relazione alla singola operazione economica, sia all'osservanza dei principi, anche costituzionali, di solidarietà, equità, buona fede, correttezza, proporzionalità e ragionevolezza, verso la cui valorizzazione si va orientando anche il formante giurisprudenziale, nazionale e comunitario; in questo senso R. PERCHINUNNO, *Il notaio tra contratto e mercato*, in *Contr. impr.*, 2003, 87 ss.; cfr. anche E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 779 ss.

autonomia. Nel complesso sistema di fonti di produzione normativa, in cui il formante legislativo ha perso non solo l'esclusività ma anche la centralità, il valore, almeno in via tendenziale, della certezza del diritto o quantomeno della ragionevole prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti potrebbe essere in parte preservato attraverso un arricchito esercizio dell'attività notarile<sup>26</sup>: usare l'argomentazione giuridica, frutto della propria capacità sapienziale, per svolgere un giudizio prognostico sulla prevedibilità degli effetti dell'atto di autonomia. La prassi notarile è discorso scientifico, che concorre al processo ordinante; certamente vi è un fatto istituzionale, la funzione pubblica, che riveste di giuridicità quello che altrimenti sarebbe solo opinione, seppur sapiente e obiettiva. Il notaio quindi come produttore di una giurisprudenza precognitrice<sup>27</sup>. Il dibattito tra chi tende a valorizzare la figura più vasta del notaio-interprete e chi si orienta a favore di quella più specifica e riduttiva del notaio-garante della legalità, appare quindi svuotato di senso, in quanto il notaio resta garante della legalità ma garante di una legalità profondamente mutata. Tra l'altro l'inserimento della giustificazione delle soluzioni adottate non impone necessariamente una modifica della struttura dell'atto notarile ma può essere volontariamente inserita dal notaio nella premessa dell'atto stesso, come talvolta già oggi accade. Essa andrebbe a costituire la manifestazione di una prima ed argomentata valutazione razionale della legittimità dell'atto, capace così, da un lato, di dissuadere, se convincente, un possibile contenzioso, dall'altro di esporre un apparato argomentativo al giudice così da offrire un utile contributo ad un esito del processo più veloce e più giusto. La motivazione quindi come moderno adattamento della funzione antiprocessuale, in quanto strumento per un più efficiente funzionamento del sistema della giustizia civile<sup>28</sup>. Il giudizio prognostico sull'effettività del contratto, offerto dal notaio nella sua eventuale motivazione, offrirebbe un contributo conoscitivo, liberamente apprezzabile dal giudice nel valutare *ex post* la fattispecie, ma di cui il giudice potrebbe eventualmente avvalersi nel definire e motivare la soluzione adottata in sede giudiziaria. Una motivazione razionale e culturalmente consapevole delle conclusioni raggiunte andrebbe a costituire inoltre criterio di valutazione della

<sup>26</sup> Spunti significativi in Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Giust. civ.*, 2011, 2554.

<sup>27</sup> Tale innovazione consentirebbe di conservare all'attività notarile, con i necessari adattamenti dovuti all'accentuata incertezza del sistema, la propria funzione antiprocessuale, che poi è tale nella misura in cui è efficacemente deflattiva del contenzioso civile.

<sup>28</sup> E ciò a maggior ragione in un sistema afflitto da una proliferazione di nullità: da quelle non testuali alle nullità a legittimazione relativa, dalle c.d. nullità di protezione alle nullità parziali necessarie, funzionali più alla riconfigurazione del contratto che a costituire un disincentivo alla sua conclusione.

diligenza professionale, anche nell'ipotesi in cui, ad un vaglio giurisprudenziale successivo, tale soluzione venisse valutata come non conforme alla legge. Nel momento in cui emergono nuove complessità nell'attività valutativa del contratto, affidare il controllo in via esclusiva alla fase giurisdizionale non sembra una soluzione soddisfacente; tra l'altro poco coerente con la logica cooperativa e deflattiva del contenzioso che si tende ad affermare nella nuova ridefinizione del sistema. Si avverte prepotente l'esigenza di individuare delle tecniche correttive che coniughino esigenze di certezza e prevedibilità degli effetti del contratto, da un lato, e effettività della tutela, dall'altro. Il controllo giudiziale successivo che pure, grazie alla duttilità degli interpreti, perviene ad una maggiore effettività della tutela, pecca di tempestività e quindi spesso di efficacia e, nel perseguire con maggiore libertà la giustizia del caso concreto, mette in crisi la certezza e l'affidabilità delle relazioni contrattuali. L'intervento del notaio, misurato sulla fattispecie concreta, concorre a realizzare un controllo anticipato ed a stimolare interventi correttivi concordati dell'atto di autonomia, promuovendo così un assetto giusto e quindi una più sicura stabilità degli effetti, nell'auspicata direzione di coniugare certezza del diritto e giustizia del contratto<sup>29</sup>.

## **7. Considerazioni finali**

Si dice che il tempo della post verità non è per gli specialisti, per gli eruditi, per coloro che sanno<sup>30</sup>. Forse, più semplicemente, è venuta meno la fiducia verso le istituzioni e verso le autorità, fiducia che deve essere riconquistata e per far ciò è necessario che le *élites* culturali siano pronte a mettere in discussione i loro spazi ed il loro ruolo. Non è più il tempo del mero esercizio del potere connesso all'autorità istituzionale; il potere deve cercare una continua giustificazione che consenta di superare lo scetticismo e la sfiducia. Questo vale per il notaio, che deve giustificare, mediante l'argomentazione persuasiva, le soluzioni che propone e verso le quali orienta le parti, vale anche per il giudice, che

---

<sup>29</sup> Così il notaio, pubblico ufficiale e libero professionista, potrà svolgere una "mediazione giuridica qualificata", «tesa ad assicurare un giusto equilibrio tra il sistema normativo, con i suoi valori di natura pubblicistica, e le esigenze dei privati, portatrici di valori ugualmente meritevoli di tutela», restando comunque salda quella «funzione di garanzia della legalità, che costituisce l'essenza, presente e futura, della funzione notarile, la legittimazione, sociale e giuridica, della sua permanenza», in R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, cit., 418. Cfr. P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, cit., 627 ss.

<sup>30</sup> M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017, 150.

non deve cedere alla tentazione di sottrarsi al dovere di argomentare. Anche nell'epoca della postverità, della sfiducia e dello scetticismo verso ogni forma di istituzione, il notaio che informa, che si assume la responsabilità della scelta più appropriata, che opera secondo criteri precauzionali pur non mortificando l'autonomia privata e la funzione promozionale della prassi notarile, che è in grado di argomentare adeguatamente le scelte adottate, continuerà a svolgere una funzione fondamentale e forse addirittura accresciuta nel nuovo ordine giuridico che si va costruendo. Certo è necessario che di tale nuovo ruolo assuma consapevolezza lo stesso ceto notarile che talvolta appare in ritardo nel raccogliere la sfida, nonostante i chiari segnali lanciati dalla giurisprudenza più avveduta.

