

UNIONE INTERNAZIONALE DEL NOTARIATO LATINO

XXIII Congresso Internazionale del Notariato Latino

Atene (Grecia), ottobre 2001

Tema II:

La funzione notarile creatrice di diritto

(Coordinatore internazionale: Notaio Guasti, Italia)

RISOLUZIONE FINALE

La Commissione congressuale per il secondo tema ha tenuto le sue riunioni nelle giornate di lunedì mattina e pomeriggio, martedì mattina e pomeriggio per proseguire giovedì mattina alla messa a punto del rapporto di sintesi preparato dal Coordinatore Internazionale.

Complessivamente hanno contribuito alla trattazione del tema i rappresentanti di 25 notariati membri, di cui 21 hanno presentato relazioni scritte.

All'inizio dei lavori la Commissione, su proposta del Coordinatore Internazionale, ha nominato Vice Presidente della stessa Nestor Perez Lozano (Argentina) e Segretario Pascal Chassaing (Francia).

Durante le prime due giornate di lavoro tutti i partecipanti, con precedenza a coloro che hanno presentato una relazione scritta, hanno avuto modo di esporre oralmente le proprie considerazioni e/o il riassunto delle relazioni presentate.

Al termine del secondo giorno il bureau della Commissione, costituito dal Coordinatore Internazionale Federico Guasti in veste di Presidente, Nestor Perez Lozano - Vice Presidente e Pascal Chassaing - Segretario, è stato affiancato per la redazione del rapporto di sintesi da alcuni relatori partecipanti ai lavori della Commissione e precisamente: Gerd-Jurgen Richter (Germania), Federico Magliulo (Italia), Nicole Pankert (Paesi Bassi), Lucila Ortiz De Di Martino (Paraguay), Roman Sowinski (Polonia) ed Ana Fernandez-Tresguerres Garcia (Spagna).

Al termine dei lavori della Commissione, il Coordinatore Internazionale ha presentato il rapporto di sintesi al Congresso nella seduta plenaria di venerdì 5 ottobre nel pomeriggio.

In tale occasione ha osservato che, trattandosi di un tema che a prima vista può apparire eccessivamente generico, ma che a un più attento esame offre lo spunto per importanti approfondimenti sia sotto il profilo squisitamente giuridico che sotto il profilo di politica del notariato, al fine di non allargare eccessivamente il campo della ricerca e per meglio indirizzare lo studio allo scopo congressuale, egli aveva impostato un piano di sviluppo del tema principalmente come una riflessione rivolta in particolare alle prospettive per l'avvenire in un contesto giuridico e tecnico in rapida evoluzione.

I rapporti presentati hanno affrontato il tema principalmente con due diversi approcci:

- uno sotto il profilo (diretto) dell'atto notarile come fonte di diritti e doveri, liberamente negoziati tra le parti e che divengono cogenti per le parti stesse e opponibili ai terzi; nuove norme contrattuali elaborate dai notai per risolvere situazioni non previste dal diritto vigente;
- un altro sotto il profilo (indiretto) della partecipazione più o meno esplicita del notaio e delle istituzioni notarili al processo di evoluzione delle norme di diritto privato e commerciale, in relazione ai cambiamenti della società civile, dei rapporti economici e delle tecniche di contrattazione. Partecipazione che, per quanto riguarda il notaio, avviene anche per effetto della "prassi" cioè l'uso ripetuto e costante del medesimo tipo di atto o di clausole contrattuali per regolare situazioni socialmente rilevanti e che, per quanto riguarda le istituzioni notarili, avviene con la collaborazione fornita al legislatore da parte degli organismi ufficiali del notariato.

Nelle relazioni presentate da alcuni Paesi di lunga tradizione di notariato latino è prevalsa l'analisi del primo aspetto.

Nelle relazioni di Paesi ove il notariato è stato introdotto o reintrodotta di recente si è posto l'accento piuttosto sul secondo aspetto perché più sensibili e attenti alla trasformazione del sistema di diritto privato in corso in questi anni, considerando tuttavia che, per il poco tempo avuto a disposizione dai notai, non si è potuta creare una prassi.

Altri relatori hanno affrontato entrambi tali aspetti non essendo specificato, nell'ampia prospettazione del tema congressuale, su quale di questi occorre porre l'attenzione, forse volutamente lasciando a ciascun Paese di cogliere quello che più si adattava alla propria realtà giuridica.

Vi è infine un piccolo gruppo di relazioni che non individua nella funzione notarile un'attività creatrice del diritto o la ritiene marginale.

In ogni caso è emerso dalle relazioni presentate e, soprattutto dal dibattito congressuale, che la funzione creatrice di diritto è caratteristica specifica del notariato di tipo latino ove l'attività interpretativa della legge e della volontà delle parti appartiene tradizionalmente all'esercizio della professione. Nei Paesi di *Common Law*, viceversa, l'intervento del notaio sembra essere orientato piuttosto alla funzione certificatrice,

lasciando ad altri giuristi, avvocati e giudici, l'adeguamento dell'autonomia privata all'ordinamento e la creazione di diritto nel senso prospettato dal tema.

Rapporto di sintesi e conclusioni

1. Individuazione della funzione del notaio creatrice di diritto

In generale viene dato per acquisito il ruolo di creatore del diritto che è insito nella funzione del notaio quando è richiesto di regolare i rapporti giuridici di diritto privato attraverso la redazione di atti autentici, vincolanti per le parti e opponibili ai terzi, alcuni dotati di forza esecutiva.

Si tratta di una redazione di cui il notaio assume la paternità esclusiva e che avviene previo adeguamento delle volontà delle parti all'ordinamento esistente, nel rispetto dei limiti da esso imposti alla libertà negoziale con riguardo alla tipicità e/o inderogabilità e/o indisponibilità di alcuni diritti e doveri.

Ciò avviene su sollecitazione delle parti (siano esse persone fisiche o giuridiche), che si confrontano con il continuo evolvere di situazioni ed esigenze nel campo economico, della famiglia e delle persone, della sistemazione dei patrimoni ereditari.

Di regola è il notaio il primo giurista che affronta nuove figure giuridiche nel settore del diritto privato in ambito non contenzioso e risponde all'esigenza della loro regolamentazione contrattuale concreta.

Il notaio, nel tentativo di comprendere la reale portata applicativa della legge e delle sue innovazioni e di coordinarle con il sistema vigente, spesso giunge ad individuare nuove fattispecie. Esse sono così il frutto di una interpretazione creativa senza la quale le norme finirebbero a volte per non avere adeguato spazio applicativo. Può comunque dirsi che l'attività del notaio nell'applicazione della legge è sempre in qualche misura creativa, perché anche quando non dia luogo alla nascita di nuove figure negoziali, è sempre diretta ad individuare l'effettiva valenza del dettato legislativo, della cui attuazione - essendone egli il primo responsabile - ne è anche il primo interprete.

2. La evoluzione nel tempo della funzione creatrice di diritto.

Quanto all'ampiezza di questo ruolo, si osserva una evoluzione nel tempo in conseguenza di diversi fattori: sempre più il legislatore è attento oltre che all'interesse dei singoli, alle esigenze ed interessi della collettività; si assiste poi in materia economica al passaggio da specialità a standardizzazione, da contratti individuali a contratti tipo, a contratti per adesione o a modelli di contratto standardizzati; in una parola l'attenzione si sposta da fattispecie che - pur riferite alla generalità - proteggono soprattutto l'interesse dell'individuo come singolo, a fattispecie che interessano i gruppi (consumatori, risparmiatori, utenti di servizi, utilizzatori di strutture, ecc.) o che risultano dalla globalizzazione dell'economia, anche come conseguenza dell'evoluzione tecnica dei nuovi strumenti informatici e di comunicazione e trasmissione dati in tempo reale.

Emblematica è la situazione dell'Unione Europea nella quale le norme comunitarie attente a questi fenomeni sembra debbano comprimere fortemente il ruolo del notaio quale creatore di diritto.

E' presumibile un allargamento di tale sistema di norme comuni anche al di fuori dell'Europa come conseguenza della globalizzazione in corso. Si aggiunga a tali fenomeni anche l'accesso facilitato e diffuso per il pubblico a fonti di informazione specializzate e/o obbligatorie e una normativa che tende ad essere sempre più minuziosa in alcuni settori di attività.

Ciò comporta una riduzione, ma non una totale compressione, dei margini entro i quali si fa ricorso alla creatività del notaio e alla sua esperienza e capacità professionale come giurista, per un adeguamento del negozio caso per caso alla volontà contrattuale delle parti, nell'equa composizione dei rispettivi interessi.

3. Caratteristiche della funzione creatrice e ruolo delle organizzazioni rappresentative del notariato.

Ma a fianco dei fenomeni sopra enunciati, che potremmo definire di compressione della libertà contrattuale, si evolvono nel tempo anche i rapporti economici e sociali e nasce l'esigenza di regolamentare nuove situazioni giuridiche anch'esse frutto dell'evoluzione dei bisogni, degli interessi e dei rapporti tra le persone: nuove forme del diritto di proprietà, nuovi tipi di accordi e rapporti tra gruppi economici, consorzi tra imprese, nuove forme di godimento e utilizzo di beni mobili ed immobili, rapporti di carattere fiduciario, gestione del patrimonio della famiglia, associazionismo e settore del no-profit, disposizioni per il caso di incapacità sopravvenuta, tutela della famiglia naturale, disposizioni per i propri organi, regolamentazione del partenariato etero od omosessuale, ecc..

Sembra però che tutte le relazioni presentate concordino sul fatto che le inevitabili lacune dell'ordinamento e i ritardi del legislatore nell'adeguare la normativa a nuove necessità e ad una realtà in continuo movimento, stante quanto sopra detto, offrano tuttora un ampio margine per una attività creativa affidata ad un giurista dalle caratteristiche proprie del notaio di tipo latino vicino alle esigenze del grande pubblico e calato nella realtà economico-sociale di un territorio.

Un giurista cioè che non sia un rigido custode della norma codificata, ma che si sappia rendere interprete delle più autentiche aspirazioni che affiorano dal contesto in cui agisce, favorendo così l'attuazione di quel diritto naturale che si identifica nel desiderio di equità e giustizia che sorge spontaneo e, a volte, inconsapevole dal corpo sociale. Desiderio che potrà dal notaio essere soddisfatto nella formazione del negozio giuridico avendo sempre quali punti di riferimento la meritevolezza degli interessi in gioco ed il costante rispetto del bene comune e della sensibilità morale della società di cui è parte.

Una fonte di diritto, quella che nasce dall'operare notarile, che ha la particolare caratteristica di essere espressione diretta delle aspirazioni di coloro che ne sono destina-

tari, aspirazioni rese legittime e realizzate con l'intervento del notaio: in una parola, quindi, un diritto "sentito" e non un diritto "imposto".

Ma nuovi spazi per questa funzione notarile paiono essere disponibili non solo e non tanto per la creatività del singolo professionista, quanto piuttosto del notariato come categoria professionale strutturata e organizzata.

La ricerca del delicato punto di equilibrio tra le iniziative del notariato come gruppo professionale e quelle del singolo notaio in ordine all'innovazione del diritto costituirà una delle sfide più difficili del notariato dei prossimi anni e richiederà la collaborazione e lo spirito di autoresponsabilità di ogni singolo membro della collettività notarile.

Le organizzazioni rappresentative della nostra professione sono già in grado in molti Paesi - ed è auspicabile che lo diventino in tutti i Paesi dotati di notariato di tipo latino - raccogliendo i contributi di tutti i notai presenti capillarmente sul territorio e distillando le singole esperienze, di farsi interpreti attraverso i notai delle esigenze del pubblico e contribuire quindi ad elaborare soluzioni uniformi, le più idonee e coerenti con l'ordinamento. Non solo, ma sulla base della autorità acquisita come organo rappresentativo della categoria professionale, sollecitare, se del caso, i necessari chiarimenti da parte del legislatore, quando non addirittura chiederne l'intervento in sede normativa per regolare fattispecie nuove e rispondere alla domanda di nuovo diritto per regolare situazioni personali o contrattuali inedite, od originate da usanze importate da altri ordinamenti a seguito della internazionalizzazione dei rapporti economici e sociali.

In altre parole si assiste (ed è probabilmente un fenomeno irreversibile) al passaggio della funzione creatrice, dal singolo notaio al notariato come organizzazione forte sia a livello nazionale che sopra nazionale. Dovrà trattarsi di un'organizzazione dotata di una propria specializzazione, di una capacità di dare soluzioni uniformi a problemi che sono comuni agli utenti del servizio notarile, in grado anche di importare l'esempio di istituti giuridici già sperimentati con successo all'estero, agevolando così delle prassi più solide, perché più diffuse e tali da richiamare l'attenzione del Giudice o del legislatore ai nuovi fenomeni nel diritto privato.

Una funzione quindi che può giustificare per il notariato anche una attività propositiva nei confronti del potere legislativo e anche una legittima aspettativa di essere consultato nell'elaborazione di norme in materie ove il notaio sarà chiamato ad intervenire come autore del rapporto giuridico privato tra le parti.

Ma per poter rivendicare appieno questo ruolo occorre che le organizzazioni rappresentative del notariato, sia nazionali che sopranazionali, non abbiano una connotazione esclusivamente improntata alla tutela politica del gruppo.

Occorre invece che i vertici dispongano di competenze giuridiche e professionali di elevato livello, da un lato per poter dialogare alla pari con i poteri e le autorità preposte ad emanare le leggi ed i regolamenti, dall'altro per trasmettere ai singoli notai informazioni che consentano quei comportamenti uniformi, che divenendo prassi, sono destinati ad imporre al legislatore scelte normative.

4. Globalizzazione dei fenomeni

Il problema si pone anche in campo internazionale. Infatti si è assistito di recente alla promulgazione di norme in un contesto giuridico sovranazionale, quale è quello dell'unione europea, che comprimono l'autonomia contrattuale e condizionano l'efficacia del contratto voluto dalle parti. E' evidente che tale fenomeno può avere una notevole influenza riduttiva sulla funzione creatrice del notaio (ne è un esempio il diritto di recesso previsto in alcuni casi quale clausola inderogabile, anche per contratti conclusi con l'intervento del notaio).

E' importante pertanto che il legislatore, nell'opera di integrazione a livello soprannazionale del diritto privato dei singoli Stati, percepisca l'importanza di sviluppare anche il ricorso ad un sistema comune di giustizia preventiva in relazione alla quale il notaio deve svolgere un ruolo rilevante.

5. Considerazione finale

In conclusione, a seguito delle considerazioni sopra esposte, la Commissione per il secondo tema congressuale ritiene che sarà utile accentuare le caratteristiche del modello comune di notariato latino, che, anche nei suoi aspetti deontologici, sia garanzia per l'ordinamento soprannazionale di un grado equivalente di affidabilità, conformemente a quanto si è realizzato in determinate aree geografiche ove gli ordinamenti notarili sono già omogenei tra loro.

La Commissione quindi raccomanda ai notariati membri dell'U.I.N.L. di acquisire maggiore coscienza del delicato ruolo che compete al notaio nel contribuire alla formazione del diritto, sia nel proprio contesto nazionale che, in collaborazione con gli altri notariati, nel contesto soprannazionale, adeguando pertanto i propri strumenti d'intervento sia presso i notai che presso le autorità del proprio paese.
