



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

ANTONELLA SIMONE

L'indagine notarile sulla volontà

Numero XIX – Anno 2026

www.teoriaestoriadelldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), P. Buongiorno (Univ. Macerata), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), R. Laurendi (Univ. Genova), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salerno), M. Beghini (Univ. Roma Tre), A.M.S. Caldoro (Univ. Roma Tor Vergata), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), C. Iovacchini (Univ. Roma 'La Sapienza'), M. Melone (Univ. Roma 'La Sapienza'), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Teoria e Storia del Diritto Privato

ISSN: 2036-2528

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

L'indagine notarile sulla volontà

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari – 2. Pubblico ufficiale certificatore e professionista consulente – 3. Atti a regola d'arte e attività antiprocessuale del notaio – 4. Fase di indagine della volontà e funzione di adeguamento negli scritti di D'Orazi Flavoni – 5. La validità del documento tra forma e sostanza: il *dominus negotii* – 6. La certezza al cospetto della complessità.

1. *Considerazioni preliminari*

Il tema della volizione dell'atto spazia dal principio di autonomia privata alla nozione di interesse superindividuale, riguarda le fonti e le forme come la capacità o i vizi, annessi effetti e responsabilità. Può essere esaminato da diverse prospettive, dalla scientifica e storico-filosofica a quella della prassi e in più ambiti (dall'amministrativo al civile o al penale), con imprescindibili rimandi ad aspetti sostanziali e procedurali, interni ed internazionali, generali, settoriali e persino fiscali; stimola pertanto un'intensa attività critico-interpretativa sui plurimi concetti e valori implicati ed ancor più sulle tante norme inerenti.

Sebbene sia stato sostenuto che «le varie leggi che si riferiscono allo stesso oggetto, studiate in discipline diverse, con diverso intento e spesso con metodo differente, difficilmente giungono ad una elaborazione soddisfacente e scevra di contraddizioni, di

lacune»¹, soffermarsi su di un segmento singolare come quello dell'indagine e dell'influsso notarile sulla volontà espressa nel negozio redatto² può comunque avvantaggiare la comprensione di una tematica dalle molteplici sfaccettature. Concentrarsi sull'attività del primario interprete e custode, e non solo, delle determinazioni contenute nel documento consente, infatti, di esaminare la volizione dell'atto da un angolo visuale dinamico e del tutto peculiare ove inevitabilmente confluiscono valutazioni, principi e interessi pubblicistici e privatistici da equilibrare nel composito sistema legale sotteso, in funzione della sicurezza del traffico giuridico e del mercato.

La trattazione del ruolo del notaio in merito alle deliberazioni raccolte nelle sue scritture, alla luce degli interventi normativi di fine Ottocento³ e della longeva l. n. 89 del 1913⁴, sue modifiche e

¹ G. ZANOBINI, *Il problema dell'autonomia del diritto agrario*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 227; cfr. H. SPENCER, *Progresso umano*, trad. it. di G. Salvadori, Milano, 1908, 211, nella parte in cui attesta che «nessuna parte possa concepirsi giustamente fuori di relazione col tutto».

² Secondo il vigente art. 47, comma II°, l. 16 febbraio 1913, n. 89 «il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto». La versione originaria prevedeva che «spetta al notaio soltanto d'indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto». La regola sembra essere rimasta la stessa, tuttavia è sparito l'avverbio soltanto, mentre nella nuova formulazione è stata espressamente richiamata la responsabilità del pubblico ufficiale.

³ Cfr. l. 25 luglio 1875, n. 2786, nota come *Legge di Riforma del Notariato*, volta a superare la frammentazione precedente, tentò di definirne competenze, doveri e responsabilità a livello nazionale. Ad essa seguirono il Regolamento di esecuzione del 19 dicembre 1875 e, il 25 maggio 1879, il r.d. n. 4900, t.u. delle Leggi sul riordinamento del notariato.

⁴ La l. n. 89/1913 disciplina l'ordinamento del notariato e gli archivi notarili. Stabilisce funzioni e responsabilità, la procedura per la stipula degli atti, la loro conservazione e le norme relative agli archivi. Fornisce il quadro normativo fondamentale per l'esercizio di tale professione in Italia, garantendo la validità degli atti giuridici.

diatriba, giova alla ricostruzione del peso che il volere soggettivo ha acquisito nell'ordinamento e fornisce al contempo validi indicatori per cogliere le ragioni della rinsaldata funzione di tale pubblico ufficiale e delle sue stipulazioni in relazione agli interessi coinvolti. Permette altresì, di confermare la perdurante influenza esercitata dalla pratica notarile sull'evoluzione del diritto vivente, sui modi di acquisto e trasferimento delle situazioni soggettive, sugli strumenti negoziali volti ad offrire «adeguata veste giuridica alle esigenze di elasticità e concretezza emergenti nella complessa realtà economico sociale»⁵.

L'annunciata transizione verso nuovi approdi del Novecento⁶, caratterizzato da profondi mutamenti del diritto e delle sue fonti⁷, l'acquisita consapevolezza della categoria professionale connessa all'organica disciplina post-unitaria del sistema notarile e delle disposizioni collegate⁸, assieme alla crescita civile e imprenditoriale

⁵ M. PALAZZO, *Introduzione a Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Atti del Convegno Firenze, 8 mag. 2015, in I *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, Milano, 2015, 3. Cfr. *Ruolo del notaio: 'baricentro' di una funzione promozionale nell'attuale esperienza giuridica*. Rileggendo Carmine Donisi, a cura di A. Areniello e M.T. Ligozzi, Milano, 2025.

⁶ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

⁷ Tra di queste, appunto, l'autonomia privata.

⁸ La normativa in materia di notariato inserì, infatti, il requisito della laurea e il concorso per l'accesso alla professione. Inoltre, rispetto alla legislazione collegata alle attribuzioni di tale pubblico ufficiale, con inevitabili ricadute sul suo operato, è stato osservato che in materia successoria un'organica e più moderna disciplina si ebbe con il codice civile unitario: «Il nostro legislatore scelse nel 1865, in materia di successioni testamentarie, la strada di lasciare una grande libertà al testatore nel manifestare le proprie volontà per la destinazione dei suoi beni, fatta salva la riserva a favore dei legittimari», I. SOFFIETTI, *1865: il codice civile unitario e il testamento olografo. Un percorso accidentato*, in I *Quaderni della Fondazione italiana del notariato. Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, in Atti dei Convegni di Roma, 18 mar. 2016 – Genova, 27 mag. 2016 – Vicenza, 1 lug. 2016, I, 2016; spec. parte II, *Nolens intestatus decedere. In margine alla «crisi» del testamento*, 171 s.

giunta a coronamento con la fine della guerra e le libertà cristallizzate in Costituzione, avallano ulteriormente l'utilità di soffermarsi sul dibattito scientifico sviluppatosi in tale contesto temporale e concernente appunto la rin vigorita essenza del notaio quale difensore della legalità e pubblica fede dei suoi atti come della volontà privata in essi raccolta, dunque artefice della certezza e stabilità dei negozi giuridici e del progresso del Paese⁹.

2. Pubblico ufficiale certificatore e professionista consulente

Alla vigilia del Novecento il notaio era figura consolidata nel sistema italiano, con ferme radici già nel diritto romano ed in quello medievale¹⁰. Ma nel volgere di questo secolo in cui «tutto è stato

⁹ Cfr. M. PALAZZO, *La prassi notarile singolare e post moderna forma di normatività*, in *Il contributo*, cit., 10 ss; più cauto sull'interpretazione evolutiva o addirittura creativa del notaio, P. GROSSI, *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2019, 657. In arg. pure F. GUASTI, *La funzione notarile nell'era della globalizzazione*, in *Notariato*, 2002, 5 ss.

¹⁰ Circa le origini e gli sviluppi, a partire dall'esperienza romana più remota, dell'attività notarile in relazione al progresso del diritto e alla tutela degli interessi coinvolti, cfr. *Tabellio, notarius, notaio: quale funzione. Una vicenda bimillenaria*, a cura di A. Bossani e F. Pulitanò, Milano, 2022. La fisionomia del notaio si è plasmata nell'età giustinianea con i *tabelliones* e i *notarii*; nell'età classica è stata colta, nelle opere giurisprudenziali, l'esistenza della funzione notarile esercitata dai giurisperiti, impegnati nella redazione e in compiti assimilabili a quelli ricavabili dall'art. 47 della l. not. La funzione era volta, sin da allora, a conferire certezza di effetti alla volontà privata rendendola conforme all'ordinamento. Gli esperti operatori del diritto talvolta piegarono, con l'interpretazione, i rigidi schemi agli interessi e alle intenzioni in concreto affiorati e all'esigenza di produrre risultati innovativi. La necessità di garantire la validità dei negozi, per la stabilità dei trasferimenti e la riduzione delle contese, implicò l'attenzione alla correttezza formale, ma pure all'esatta determinazione del contenuto realmente voluto. Così, F. PULITANÒ, *L'età romana classica. Funzione notarile e giuristi*, in *Tabellio*, cit., 11-39. Nel Medioevo il notaio divenne figura fondamentale nella società italiana, i suoi compiti includevano la redazione di atti, documenti pubblici e privati (come

rimesso in discussione»¹¹ anche il suo compito ed il suo diritto sono stati occasione di un vivace confronto che è giunto a descriverlo non come mero redattore, ma sempre più quale operatore colto, terzo ed imparziale¹², investito di una funzione di controllo e di consiglio, dunque di ‘adeguamento’ del volere delle parti alla legge

contratti e testamenti) e l'autentica con firma e sigillo. E. MARELLI, *Il Tabellionato in età giustiniana (parte I). La forma degli atti tabellionici e la personalità della prestazione del tabellio*, in *AG online*, 2023, 2.1, 277 ss; sulla specifica attività di conciliazione tra la volontà privata e quella racchiusa nel comando dell'autorità pubblica, A. BASSANI, *L'età Medievale. Il notarius mediatore fra comunità e autorità*, in *Tabellio*, cit., 65-90. Sulla continuità di tale funzione notarile anche nella contemporaneità, G. DI RENZO VILLATA, *Per una storia del notariato nell'Italia centro-settentrionale tra ascesa e declino: qualche aggiornamento*, in *Italian Review of Legal History*, 2021, 7, 563-594. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto dal medioevo all'età contemporanea*, II, Bologna, 2016, 143 ss. Dall'età moderna le attribuzioni notarili si sono ampliate e specializzate includendo la conservazione degli atti e la verifica dell'identità delle parti. Per la bibl., tra gli altri, E. SALVI, *La tarda età moderna. Il mestiere del notaio: molteplici professionalità tra percorsi differenziati, elementi comuni... e discredito verso un'arte utile e necessaria*, in *Tabellio*, cit., 91-112. Circa l'avvento del Code Civil e le sue ripercussioni sui formulari notarili, S. SOLIMANO, *L'età dei codici "Pour établir le droit de propriété et le repos des familles". Notaio e codice civile: un caso di studio nel Regno d'Italia napoleonico*, in *Tabellio*, cit., 114-126; cfr. *Legittimazione e credito tra medioevo e ottocento. Notai e ceto notarile tra ruoli pubblici e vita privata*, a cura di P. Grillo e S. Levati, Milano, 2017. Notevoli, inoltre, i contributi di M. AMELOTI, H. BRESC, M. CARVALE, G. CASSANDRO, V. VON FALKENHAUSEN, M. GALANTE, A. LEONE, in *Per una storia del notariato meridionale. Studi storici sul notariato italiano*, VI, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 1982. Vedi per qualche spunto anche P. ZANELLI, *Il notariato in Italia*, in *Quaderni del Notariato*, 1991; ID., *Il Notaio tra forme e formule*, in *Diritto del Notariato*, Bari, 2021, 17 ss; M. SANTORO, *Il Notariato nell'Italia contemporanea*, Milano, 2004. Rispetto alla digitalizzazione degli atti, nonché ai nuovi strumenti e sfide del notaio, in particolare sull'ausilio della tecnologia informatica che – se sapientemente utilizzata – si svela proficuo strumento per l'esercizio della professione notarile, A. BALTI, *L'età contemporanea. Il Notaio, custode della parola*, in *Tabellio*, cit., 128-153.

¹¹ L. MENGONI, *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, VII.

¹² Cfr. artt. 2 e 28 l. not.

e viceversa: chiamato ad assicurare l'idoneità dell'atto a produrre e mantenere gli effetti desiderati¹³.

Se il codice civile del 1865 implicò regole precise per i documenti e l'ufficio notarile con riflessi sulla verifica della identità, capacità e volontà degli stipulanti¹⁴, attraverso la normativa del XX sec. tali mansioni sono state specificate con ripercussioni ulteriori rispetto all'indagine sulla «mancanza di coercizione» come pure di «ogni influenza indebita sugli interessati» (artt. 47 e 28, l. 89/1913) affinché potessero decidere liberamente e consapevolmente i termini dell'atto¹⁵. Alla luce del rigore confermato nel 1942¹⁶ e con

¹³ In merito alla fisionomia assunta dalla professione, dai compiti e dalla responsabilità del notaio, pure a fronte delle nuove tecniche di circolazione documentale, cfr. M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017; *Ruolo del notaio*, cit. Sul tema della certezza del diritto e di riflesso dei traffici giuridici al cospetto della stessa funzione del notaio di adeguamento, oltre che di certificazione, della volontà delle parti al diritto e viceversa, cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁴ Cfr. Libro III, Capo II, artt. 774-788 in materia testamentaria, o ancora nel Titolo III, il capo della capacità di disporre e di ricevere per donazione, artt. 1052-1056. Inoltre, cfr. Titolo IV, Capo V, sezione della prova per iscritto, artt. 1313 ss. (specie l'atto pubblico 1315-1320 cod. civ.). Vedi pure la disciplina delle copie degli atti pubblici e privati art. 1333; Titolo V del contratto di matrimonio, artt. 1378 s.; Titolo XXII la trascrizione, artt. 1932 s., senza trascurare Titolo XXV, la disciplina della pubblicità dei registri e della responsabilità dei conservatori, artt. 2966 ss.

¹⁵ Prima di un vero e proprio Codice Deontologico Notarile italiano approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, i notai erano comunque soggetti a norme e principi etici contenuti nei codici civili e nella Legge notarile (cfr. Titolo VI, *Della vigilanza sui notai, sui consigli e sugli archivi. Delle ispezioni, delle sanzioni disciplinari, delle misure cautelari e dei procedimenti per l'applicazione delle medesime*, artt. 127ss.), ma anche in regolamenti e circolari forniti dal Consiglio Nazionale del Notariato e da altri organi professionali.

¹⁶ Cfr. nel Codice civile del 1942 l'art. 2703, nonché l'art. 2700: «l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, delle dichiarazioni delle parti».

l'accrescersi delle disposizioni in materia di deontologia, si è andata progressivamente tracciando un'assistenza del notaio sempre più dinamica e foriera di maggiori responsabilità nella stesura di atti e contratti¹⁷. Accanto all'immagine di un tecnico certificatore, capace di attribuire pubblica fede e valore di prova legale alle stipulazioni, con maggiore intensità si è rischiarata quella di un fattivo operatore incaricato di investigare e tradurre la volontà in linguaggio giuridico affinché l'atto potesse riflettere fedelmente le intenzioni delle parti¹⁸. Attento, nell'impiegare il diritto, al rapporto tra norma e fatto ove «i tratti distintivi dei fatti possono essere l'occasione per applicare non la norma presa in considerazione inizialmente, ma un'altra volta a precisare o a rigettare un tratto distintivo della fattispecie o ad aggiungervene un altro»¹⁹.

Si è così enfatizzato l'ufficio del professionista²⁰ gravato dal dovere di verificare la non contrarietà alla legge o all'ordine

¹⁷ Della responsabilità civile del notaio per danni cagionati nell'esercizio del suo ministero vi è testimonianza sin dall'esperienza romana, il costante dibattito ha riguardato la sua natura ed estensione, cfr. pure per i riferimenti bibliografici sul passato, M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici di M. D'Orazi Flavoni*, a cura del Consiglio Notarile di Roma, II, Roma, 1965, 929 ss. Cfr. art. 76, l. n. 89: «Quando l'atto sia nullo per causa imputabile al notaio, o la spedizione della copia dell'estratto o del certificato non faccia fede per essere irregolare, non sarà dovuto alcun onorario, diritto o rimborso di spese. Negli accennati casi, oltre il risarcimento dei danni a norma di legge, il notaio deve rimborsare le parti delle somme che gli fossero state pagate».

¹⁸ F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 927, riportato da M. D'ORAZI FLAVONI, *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Scritti giuridici*, cit., 1006 ss.

¹⁹ R. ALEXY, *Interpretazione giuridica*, in *Enc. scienze sociali*, V, Roma, 1996, 66. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, in *Riv. not.*, 1960, 1 ss.; G. CARCATERRA, *Quando la norma incontra il fatto*, in *Riv. not.*, 2005, 3, 439 ss.

²⁰ Sulla qualifica di professionista del notaio, cfr. l. 22 novembre 1954, n. 1158, *Modificazioni alla tariffa degli onorari e dei diritti spettanti ai notai, ai Consigli notarili e agli Archivi notarili*, che menzionando, art. 34, le «altre prestazioni professionali»

pubblico e tenuto ad appurare le generalità, la cognizione dei partecipanti e le specifiche circostanze, in grado di offrire consulenza e suggerimenti per individuare lo strumento idoneo a valorizzare in concreto tutti gli interessi emersi.

Paolo Grossi ha parlato di 'ritorno al diritto' per descrivere proprio quel fervore scientifico che a partire dalla seconda metà del Novecento stravolse i modelli tradizionali del diritto, sottolineando la crisi dello schema Sette-Ottocentesco del primato esclusivo della legge, ossia della norma come comando che promana dal legislatore verso la generalità dei cittadini senza tenere conto del

lasciava dedurre che tutte quelle notariili rientrassero in tale categoria (art. abrogato dal d.lgs 13 dicembre 2010, n. 212). L'art. 1 l. n. 89 nel fissarne le attribuzioni distingue solo le funzioni tipiche da quelle atipiche, tuttavia il notaio presenta un *quid* che lo differenzia dagli altri professionisti. «Sul notaio grava istituzionalmente il dovere di conseguire un risultato conforme a legge, nell'esercizio della sua funzione documentale. Questo mi sembra il vero significato non solo della comminatoria di sanzioni disciplinari a seguito di vizi che provocano la nullità dell'atto, ma anche della conseguenza del risarcimento del danno secondo l'art. 76 legge not. [...] il rapporto tra notaio e clienti differisce dal medesimo rapporto posto in essere da altri professionisti, non perché quello manchi della natura contrattuale, o perché in esso l'obbligazione sia di risultato invece che di comportamento. Perché invece all'obbligazione di comportamento caratteristica di questo, come degli analoghi rapporti contrattuali, si associa il tipico dovere di conseguire un risultato, nei rigorosi limiti in cui tale dovere è desumibile dalle norme di diritto notarile, che non sono soltanto quelle materialmente contenute nell'ordinamento del notariato»; così, M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 962 s. Dovere in senso tecnico, soggezione del notaio a cui si correla la potestà del legislatore (cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 140 ss). «L'interesse pubblico alla regolare esplicazione della più impegnativa mansione notarile (funzione documentale), trova tutela anche nella attribuzione di un diritto soggettivo. [...] Mancato il dovuto risultato per causa imputabile al notaio, la sanzione immediata è penale e/o disciplinare, la sanzione mediata è il risarcimento del danno nei confronti di chiunque dimostri di aver subito un proprio pregiudizio per la violazione dell'indicato diritto soggettivo», M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 963.

contesto, inteso quale insieme dei valori e degli interessi che muovono a livello sociologico, economico e politico la società e dunque l'agire umano. Quindi ritorno al diritto come superamento dell'esclusività della norma la quale, invece, viene in qualche modo modellata e creata dalla interpretazione che ne fa la giurisprudenza e la prassi²¹. Dunque pure il notaio, nella sua attività di adeguamento dell'atto alla legge ed agli interessi che si reputa realizzare non può trascurare i valori, i principi dell'ordinamento e la pluralità delle fonti, a partire dalla Costituzione e dal diritto comunitario, a cui sicuramente aggiungere l'autonomia negoziale o volontà del testatore²².

²¹ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

²² Il principio di autonomia privata riceve riconoscimento in materia successoria, il codice civile disciplina la successione testamentaria garantendo la libertà del testatore nel disporre dei propri beni, ma tale volontà incontra un limite nella tutela dei legittimari che in caso di lesione della quota loro riservata dalla legge possono esercitare l'azione giudiziaria di riduzione, annullando parte delle ultime volontà del *de cuius*. (Libro II, Titolo III, artt. 587 ss. cod. civ.). Tuttavia a salvaguardia della flessibilità del negozio testamentario si è avviata una riflessione sul suo contenuto atipico e sono comparse nuove figure come l'eredità digitale, il testamento solidale e il testamento biologico, nelle quali il notaio, da operatore qualificato, viene investito dell'incombenza di far fronte alle norme che potrebbero risultare obsolete o troppo rigide rispetto alla riconosciuta autonomia testamentaria. (Cfr. G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Napoli, 2011; M.F. GIORGIANNI, *L'invalidità, l'inefficacia e la convalida del testamento*, in *Trattato teorico-pratico delle successioni e donazioni*, a cura di P. Fava, Milano, 2017, 2123 ss.). Riguardo al negozio testamentario l'attività di adeguamento del notaio deve tener conto che le disposizioni sono destinate a valere per il tempo successivo alla morte del testatore, che pertanto non potrà fornire un'interpretazione autentica delle stesse. Sulla funzione di adeguamento ed il ruolo di 'sistema' svolto in tale settore dal notaio, cfr. P. CASERTA, *Introduzione*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, I. *L'evoluzione del sistema successorio tra autonomia del testatore e tutela dei legittimari*, *Atti del Convegno tenutosi a Roma il 18 marzo 2016*, Fondazione del notariato, Milano, 2016, 11 ss.

3. *Atti a regola d'arte e attività antiprocessuale del notaio*

Nel 1950, il prof. Francesco Carnelutti si spingeva a rappresentare il notaio quale artista, nel senso che non poteva essere negato l'aspetto creativo del suo operato nel raffigurare la volontà delle parti negli atti. Il notaio doveva indagare la volontà dei soggetti adattandola alla forma giuridica opportuna e per tale ragione necessitava di capacità interpretative e persino creative assimilabili appunto a quelle di un artista. La nota espressione «Tanto più notaio, tanto meno giudice» ineriva proprio al lavoro notarile svolto con perizia e perciò capace di produrre solidi atti e prevenire il rischio di contenziosi giudiziari²³: «Dal Notaro non si va soltanto per costruire un documento, il quale sia dotato di una certa efficacia probatoria, o [...] della pubblica fede. Infatti ora tra difensore e Notaro, o tra Avvocato e Notaro o tra Giudice e Notaro, la differenza è quella che separa la terapia dall'igiene [...] quanto più consiglio del Notaro, quanta più consapevolezza del Notaro, quanta più cultura del Notaro tanto meno possibilità di lite»²⁴.

Il notaio veniva descritto responsabile interprete e disegnatore, o meglio modellatore e forgiatore, della volontà espressa con la stipula e il tema del rapporto tra notariato e giustizia diveniva centrale non più solo nella prospettiva storico-giuridica, bensì in quella del diritto vigente. Nel senso che l'adeguato svolgimento della sua funzione avrebbe rivestito i rapporti giuridici di una forma sicura ed arginato i rischi inerenti la litigiosità umana e i conflitti di interesse potenzialmente presenti in ogni negoziazione.

L'attività notarile, caratterizzata dalla medesima terzietà del giudice, si accreditava come capace di evitare il ricorso alla giustizia civile, nondimeno, in caso di lite l'atto notarile aveva forza di

²³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto o arte notarile?*, in *Vita notarile*, 1954, V, 209 ss.

²⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *La figura*, cit., 921 ss., spec. 929.

mezzo testuale (fidefacente) affidabile in grado di consentire al giudice di individuare agevolmente i punti di fatto e di diritto della controversia²⁵. Molti processualisti, come lo stesso Carnelutti, si sono occupati delle funzioni notarili consci che nel corso dei secoli le interazioni tra notariato e giurisdizione sono state costantemente rilevanti, manifestandosi talora in forma di collaborazione tal altra appunto di reciproca esclusione²⁶.

Nel 1955, tra questi studiosi dei meccanismi processuali si distingueva Salvatore Satta²⁷ che, sulla scorta dell'intuizione avuta dall'avv. Gaetano Donà oltre un ventennio prima²⁸, riferiva di un

²⁵ Sull'attuale funzione antiprocessuale del notaio, cfr. P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, in *Notariato*, 2011, 6, 627 ss.

²⁶ Tali assunti trovano conferma nelle note e storicamente ricorrenti mansioni giurisdizionali esercitate dai notai. Cfr. M. PALAZZO, *In margine ad un convegno genovese sui rapporti tra notariato e giustizia civile*, in *Riv. not.*, 2005, 2, 255 ss. Diffusamente, *Hinc Publica Fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, *Atti del Convegno internazionale di studi storici tenutosi a Genova l'8 e 9 ot. 2004*, a cura di V. Piergiovanni, Milano, 2006. Cfr. A. PROTO PISANI, *Possibile contributo del Notariato al risanamento della giustizia civile*, in *Atti del XXXVII Congresso nazionale del Notariato*, Roma, 1999, 25 ss.

²⁷ S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Vita notarile*, 1955, 1, 541 ss., spec. 548; anche in *Riv. not.*, 1955, 5 ss. Richiamato in *Scritti*, cit., 707.

²⁸ G. DONÀ, *Elementi di diritto notarile*, Milano, 1933, 17 ss. L'accostamento delle norme che regolano la forma più solenne del negozio a quelle relative alla forma del processo poteva spiegare la tesi che allinea il diritto notarile al processuale. Per Donà, accanto ai rapporti di diritto sostanziale si ponevano quelli di diritto formale, tra i quali spiccava il rapporto giuridico processuale a cui poteva assimilarsi il notarile a sua volta plurilaterale perché operante tra il notaio, i titolari degli interessi regolati ed i terzi. Per l'A., la giurisdizione notarile era «funzione moderatrice dei rapporti giuridico-sociali», ove «nell'identificare le persone e l'attività loro all'atto di compiere i negozi giuridici in forma pubblica e solenne, con valore di prova piena *erga omnes* e di comando – all'evenienza – esecutivo, non può dirsi che spetti al notaio pienezza di giurisdizione nel senso di *merum imperium* o di *ius gladii*; ma gli spetta certamente quella modica coercitio, che era tuttavia un *imperium*, benchè non *merum*, e che al tempo di Roma era per l'appunto, come può esserlo ancora oggi, la prerogativa dei magistrati minori».

sistema di «diritto processuale notarile» quale «complesso delle particolari leggi che riguardano il notaio» ed il «processo» che si svolge innanzi a lui, culminante nel giudizio attraverso cui la volontà privata viene assunta come «volere dell'ordinamento»²⁹.

Inserendosi nell'ampio dibattito sull'autonomia del diritto notarile³⁰ e in ragione delle competenze organicamente espresse dalla normativa unificata, il professor Satta si prodigava nell'accentuare il ruolo cruciale del notaio nell'ambito del diritto sostanziale e processuale civile. Lo rappresentava come garante dell'autonomia e della volontà dei soggetti attraverso la legalità dei documenti stipulati con il suo ministero, evidenziando che il suo curato intervento poteva prevenire potenziali conflitti futuri tramite la correttezza delle scritture a cui seguiva la certezza dei trasferimenti e dunque dei diritti.

L'aspirazione della volontà privata a proiettarsi nel futuro e divenire volontà dell'ordinamento tramite l'atto pubblico, già intuita dal Donà, veniva efficacemente illustrata dal Satta argomentando che «Come l'ordinamento giuridico ha bisogno dell'uomo che lo affermi e lo dichiari, cioè di un uomo che lo faccia suo attraverso il giudizio; come il soggetto ha bisogno dell'uomo che lo riconosca e questo bisogno esprime attraverso l'azione che

20. La notarile poteva collocarsi nella giurisdizione volontaria, 21. Tuttavia, tali affermazioni trascuravano che il rapporto giuridico processuale assume autonoma consistenza rispetto al rapporto sostanziale che gli ha dato origine, integrando un fenomeno non riscontrabile nel rapporto giuridico notarile (cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 4). «L'accentuare le tinte di un parallelo, quanto meno problematico, è il grave appunto che si può rivolgere alla tesi in esame», così M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, in *Scritti*, cit., 705.

²⁹ Cfr., per la definizione come processo dell'attività notarile diretta alla formazione dell'atto pubblico, A. MORELLO, E. FERRARI, A. SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, 339 s.

³⁰ Cfr. M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, oltre che in *Scritti*, cit., 701 ss., anche in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, Torino, 1960, 587 ss.

non è se non esigenza di giudizio; così la volontà può essere tale, cioè per essere la volontà dell'ordinamento ha bisogno dell'uomo che la faccia sua e compia anch'egli quindi un giudizio. L'atto pubblico è questo giudizio, e il notaio come gli antichi avevano bene intuito è un giudice»³¹. Chiamato ad ogni buon conto a rendere un giudizio non soltanto storico, quanto critico tra centralità del fatto umano e comando della legge³². L'Autore incalzava nella sua rappresentazione delle funzioni e della suggestione del professionista sugli atti redatti sino ad affermare che: «Conoscere il volere che colui che vuole non conosce: [...] il dramma del notaio si sviluppa da ciò, che la parte spesso non sa veramente quello che vuole, e la conoscenza della sua volontà diventa una scoperta, e la scoperta può essere anche una determinazione della volontà»³³.

³¹ S. SATTA, *Poesia*, cit., 546.

³² F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova, 1949, 75; ID., *Profilo del pensiero giuridico italiano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 67, 18; cfr. dello stesso Autore, *La figura*, cit., 927. Anche in tempi più recenti è stato sottolineato che l'attività di adeguamento non si ferma alla ricerca dell'intenzione delle parti e alla sua traduzione nell'atto, ma piuttosto essa è duplice: il notaio conforma il documento sia alla volontà di parte che a quella della legge. Egli coglie ed elabora il fatto attraverso gli schemi legali, unendo norma e fatto per mezzo appunto del giudizio. P. PERLINGIERI, *Funzione notarile*, cit., 627 ss.; cfr. N. IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 239 ss.; ID., *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 197 ss.

³³ Cfr. G. PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la 'sostanza' dell'atto pubblico notarile*, in *Riv. not.*, 2006, 1, 29 ss., spec. 30, che riporta queste parole di Satta, tratte da *Poesia e verità nella vita del notaio*, pubblicato pure in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, I, 265 ss.

4. Fase di indagine della volontà e funzione di adeguamento negli scritti di D'Orazi Flavoni

Negli stessi anni, il notaio Mario D'Orazi Flavoni, cofondatore (1949) e direttore della Scuola di notariato *Anselmo Anselmi* di Roma³⁴, pur non favorevole ad una troppo decisa colorazione processualistica del rapporto giuridico notarile non contestava «specifiche funzioni processuali del notaio»; mentre del «tipico processo attraverso cui si perviene al giudizio-atto pubblico» apprezzava l'accento posto sul «giudizio formulato dal notaio» rispetto al volere espresso nell'atto³⁵.

L'illustre professore, oltre che notaio, constatava infatti che tra le norme contenute nella legislazione italiana sul notariato erano numerose quelle attinenti all'aspetto formale, ma ammoniva che non ne esaurivano «il campo». Evidenziava che nella medesima regolamentazione «si rinvenivano norme – tuttora frammentarie, disperse ed imperfettamente formulate – dalle quali può arguirsi che al notaio è riconosciuto un concreto intervento nella fase formativa di quella volontà delle parti che tende a divenire volontà dell'ordinamento». Chiariva che «in tale iter formativo il notaio si inserisce per interpretare (e sin qui il compito non sarebbe fondamentalmente diverso da quello del giudice) ma soprattutto per indirizzare, correggere, plasmare nel modo più congruo e confacente»³⁶.

³⁴ Il sapiente notaio ripercorreva le linee della lunga riflessione inerente il diritto notarile e la sua autonomia, M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 702 ss.

³⁵ Aggiungendo che «da questo ad ammettere la piena sussumibilità della funzione notarile nel campo della giurisdizione la distanza è enorme e non pare che possa essere agevolmente superata», M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 957.

³⁶ Secondo la sua ricostruzione proprio in tale fase si percepiva l'inerenza della funzione di adeguamento al pubblico ufficio; M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 708 s.

Il colto accademico distingueva diverse fasi attraverso cui il ministero notarile si esplicava e spiegava che tra esse quella relativa all'indagine sulla volontà fondava e condizionava l'esercizio della funzione di adeguamento delle volizioni delle parti alle norme (e viceversa). Riscontrava però, che i principi inerenti al suo esercizio «si indovinano, più di quanto non si vedano espressi in qualche norma». Gli artt. 1, 28 e 47 l. not., ma pure l'art. 67 per cui solo al notaio «competete d'indagare la volontà delle parti e di chiedere, dopo di aver dato ad esse lettura dell'atto, se sia conforme alla loro volontà», si segnalavano come disposizioni «non organiche [...] per di più disperse e confuse con altre non attinenti» che tuttavia potevano offrire «misura della importanza di questa funzione e della sua essenziale connessione con l'esercizio della funzione documentale propria al notaio»³⁷. Al contempo, si legavano alla sua responsabilità antiprocessuale ove la valorizzazione di tale «specifica attribuzione e delle norme che la prevedono» doveva divenire «compito del diritto notarile» non meno di quanto lo fosse «l'indagine sulla funzione documentale del notaio»³⁸.

D'Orazi Flavoni evidenziava quindi la necessità di superare nozioni parziali del diritto notarile, specie l'emblema del mero 'notaio-documentatore'³⁹. Premesso che «l'interesse privato all'atto

³⁷ M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 967 ss., spec. 971.

³⁸ Tuttavia considerandone la posizione «in rapporto alle norme che applica ed al risultato utile che intende conseguire», o così impostando «la sua attitudine (più o meno spiccata) a determinare una perfetta collimazione tra paradigma astratto e paradigma concreto», si rischiava di rimanere nell'ambito della tecnica notarile «o, nella migliore delle ipotesi, arte notarile ma non diritto notarile», M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 709 s. Cfr. S. SATTA, *Poesia*, cit., 548.

³⁹ Dichiarava che se avesse dovuto definire un autonomo diritto notarile avrebbe impiegato una formula suscettibile di larghi sviluppi. Spiegandolo come «il complesso delle norme che disciplinano soggettivamente, oggettivamente e funzionalmente l'istituzione notarile», ed indicando quale funzione «ogni attività in quanto ordinata ad un fine»; M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 724. Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 114.

è in materia un elemento che si colloca accanto all'altro dell'interesse pubblico all'atto ed i due elementi sono tra loro indissociabilmente uniti»⁴⁰, puntualizzava che il rilievo accordato ai doveri inerenti la struttura formale aveva oscurato «i non pochi altri compiti che pure competono e per i quali – assai più ed assai meglio [...] è esatto parlare del notaio come *dominus negotii*». Una definizione della professione e del suo diritto volta unicamente ad esaltare i compiti di documentazione avrebbe rischiato di cogliere solo «la meno nobile tra le qualifiche autorevolmente attribuite al notaio. Le più alte qualifiche – quella di interprete delle volizioni negoziali e di consigliere delle parti» sarebbero state «obliterate», piuttosto occorreva soffermarsi su «come l'attività del notaio si inserisca nell'attività negoziale e quali siano le conseguenze che ne derivano»⁴¹. Come segnalato pure dal notaio Baratta, tra i tanti fondamentali uffici da non svilire premeva quello di «cura d'interessi privati al fine della loro migliore sistemazione

⁴⁰ M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 719. Premetteva che «la qualificazione soggettiva» fosse solo uno dei molteplici capitoli del diritto notarile e che andava valorizzato anche «l'elemento oggettivo per ricondurvi tutte le mansioni effettivamente attribuite: mansioni che non tollerano di essere ristrette al solo apparato formale dei negozi da concludere». Ammesso «pure che al diritto notarile dovesse negarsi la configurazione di branca autonoma, ed attribuirsi natura di propaggine del diritto amministrativo o del diritto processuale, resterebbe ferma la convenienza di determinarne il contenuto riassumendolo in una definizione», il problema del contenuto e della connessa definizione dovevano essere risolti in via preliminare rispetto allo stesso tema dell'autonomia (p. 720 ss.).

⁴¹ Pertanto «se il diritto notarile è solo un settore del diritto della forma, già per questo non è opportuno conferirgli autonomia», ove la stessa forma «è solo uno tra gli elementi del negozio», M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 723 s. Cfr. il richiamato P. PUCCINELLI, *Della fede, e nobiltà del notaio*, Milano, 1654, 62. F. CARNELUTTI, *La figura*, cit., 921; L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti e i contratti sulle forme*, in *Riv. not.*, 1948, 8.

nell'ambito delle leggi»⁴². Queste considerazioni lo portavano ad asserire che proprio a tal fine era nata la figura del notaio: «l'attribuzione dei munera di documentazione ufficiale costituiva evento storico successivo e comunque non necessariamente collegato»⁴³.

5. *La validità del documento tra forma e sostanza: il dominus negotii*

Il carattere pubblico della funzione e dell'interesse tutelato come la pubblica fede e la particolare *vis probatoria* delle stipulazioni spingevano ad avvalorare che l'atto pubblico, per quel che attiene la sua redazione documentale e l'osservanza delle forme prescritte, dovesse costituire una certezza. La lettura delle disposizioni del nuovo codice del 1942 davano conferma che tra le finalità che l'ordinamento si proponeva disciplinando la figura dell'atto pubblico, ed in specie dell'atto notarile, vi fosse la sicurezza della materiale esistenza e della regolarità formale dell'atto (cfr. art. 2699 cod. civ.); chiunque doveva prestar fede, fino ad impugnazione di falso, a determinate sue risultanze (cfr. art. 2700 cod. civ.), ma anche poter fare pieno affidamento nelle risultanze medesime.

La parte più impegnata del notariato, che trovava in D'Orazi Flavoni la sua autorevole voce, infatti concordava che «se di fronte ad un atto pubblico il *quidam de populo* dovesse ogni volta preoccuparsi di avanzare riserve sul luogo di effettiva ricezione, sulla capacità dei testi, sull'identità personale delle parti, o su consimili elementi accertati dal notaio, verrebbero meno le ragioni pratiche che fondano l'esistenza stessa del notariato come

⁴² V. BARATTA, *La funzione notarile*, in *Riv. not.*, 1955, 201, riportato da M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 725 ss.

⁴³ Cfr. anche per la bibl. richiamata, M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia*, cit., 724 s., spec. n. 70 e G.B. CURTI PASINI, *La funzione essenziale del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, I, 15 ss.

istituto»⁴⁴. Era dunque innegabile che la nullità dell'atto derivante da vizio della redazione documentale imputabile al notaio avesse estesa potenzialità lesiva, ma accanto alla nullità formale, da un punto di vista pratico e in un tempo di grande fermento socio-politico ed economico-giuridico, doveva accordarsi rilievo non minore alla nullità sostanziale, all'annullabilità, al mancato conseguimento (in tutto o in parte) delle finalità perseguite da quanti ricorrevano all'opera del notaio: queste situazioni erano parimenti capaci di minare la sicurezza-stabilità dei negozi giuridici e dei diritti.

In sintesi, attraverso l'istituzione del notariato, e la massima sua espressione concreta che è l'atto notarile, si doveva mirare ad una finalità d'interesse collettivo: il negozio perfetto nel documento perfetto; ove «la perfezione del documento è vana se il negozio in esso concretato sia viziato nella sostanza»⁴⁵. Per cui la funzione di adeguamento riconosciuta in capo al notaio si mostrava essenziale per la validità dell'atto perché consentiva di superare l'esteriorità dei requisiti formali ed accertare – garantendola – la sostanza, la veridicità, oltre che la liceità, dei contenuti del rapporto. Pertanto il notaio andava distinto da tutti altri pubblici ufficiali documentatori proprio per la sua funzione ulteriore c.d. di adeguamento.

Ad illuminare sui suoi contenuti era appunto il D'Orazi Flavoni che partendo dalla premessa che sul notaio gravasse istituzionalmente il dovere di conseguire un risultato conforme a legge, illustrava che da non poche norme positive (ordinamento del notariato, codice civile) poteva dedursi che era tenuto ad «attuare una collimazione (coincidenza perfetta) tra fattispecie concreta voluta dalle parti e fattispecie astratta emergente dalle disposizioni di legge. Adeguamento o collimazione che attiene *in primis* al

⁴⁴ M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 955 s.

⁴⁵ Così come la perfezione sostanziale può essere frustrata dal vizio del documento, M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 965 ss.

rigoroso rispetto delle norme cogenti, senza esaurirsi in ciò». L'illustre Autore esplicitava che «al notaio si prescrive infatti lo svolgimento di un'attività rivolta a stabilire con esattezza il fine concreto voluto dalle parti. Quando questo non sia giuridicamente attuabile, la attività si dirige ad identificare i limiti di variabilità dell'intento perseguito dalle parti stesse, in relazione agli schemi predisposti dall'ordinamento positivo, adottando quindi lo schema più idoneo e più prossimo all'intento pratico manifestato». Tali ragioni spiegavano e giustificavano «l'antica ed acuta intuizione che fa del notaio il *dominus negotii*» e consentivano di cogliere il sostanziale divario tra fase di valutazione tipica di qualsiasi documentatore e funzione di adeguamento propria del notaio (da connettersi alla funzione documentale espletata). «La fase di valutazione non si estende oltre la comprensione e classificazione dei dati rilevati, allo scopo della loro riproduzione documentale; la funzione di adeguamento trasforma la materia greggia in una struttura giuridica, la cui forza di resistenza è l'indice forse più sicuro della idoneità del notaio ad espletare i suoi compiti».

In merito alla struttura della funzione notarile non poteva non concludere che «rivela profili molteplici dai quali può arguirsi che sotto unica denominazione si comprendono elementi diversi, tenuti insieme da un nesso teleologico: l'adeguata tutela di interessi collettivi ed individuali»⁴⁶. A fronte di una realtà divenuta sempre più complessa, difficile da organizzare in maniera sistematica, premeva perciò riflettere sulla natura composita della figura e della

⁴⁶ M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 965 ss.; nel settore negoziale, ma pure negli altri settori in cui il notaio esercita le sue attribuzioni tipiche, accanto alla funzione documentale si colloca la funzione di adeguamento. La funzione documentale svolta dal notaio si differenzia da quella analoga espletata da altri pubblici ufficiali per un tratto fisionomico proprio: la concomitanza della funzione di adeguamento. Per tramite di questa si incide nella sostanza del rapporto. Si badi bene, l'adeguamento si eleva a funzione solo se si connetta all'esercizio della tipica funzione documentale.

struttura della funzione notarile, dunque con ripercussioni e ripensamenti sull'inquadramento del rapporto tra notaio e clienti, sul contenuto del medesimo rapporto come vincolo mirante ad un comportamento o ad un risultato, sull'operato e la responsabilità, compresa quella antiprocessuale, di un tale «speciale» pubblico ufficiale o comunque dotto professionista⁴⁷.

La stessa esplicazione della funzione di collimazione-adeguamento veniva presentata sotto due aspetti: come conseguenza necessaria e non eliminabile dell'*officium* di cui il notaio è titolare, ma pure come conseguenza eventuale di una libera richiesta delle parti o spontanea assunzione del notaio. L'adeguamento necessario andava distinto, distaccato «è autonomo», dall'adeguamento facoltativo, così come occorreva separare dalla funzione di adeguamento gli altri compiti del notaio⁴⁸, in particolare quelli svolti al di fuori del suo pubblico

⁴⁷ M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 956.

⁴⁸ Necessario o facoltativo, l'adeguamento può differenziarsi come fase preliminare, coeva o successiva all'esercizio della funzione documentale. Tutte le ipotesi nelle quali l'inefficiente adeguamento, affidato ed assunto, determini la invalidità o la inefficacia del negozio concluso per ministero notarile, portano a differenziare il settore in cui l'adeguamento stesso è funzione da quello in cui è semplice compito, nel senso che in merito all'adeguamento facoltativo la qualifica di funzione e non solamente di compito potrà ammettersi se si provi la connessione con l'esercizio della funzione documentale, in quanto questa ne risulti condizionata nella sua validità od efficacia, così M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 967 ss. L'adeguamento si eleva a funzione dunque solo se si connetta all'esercizio della tipica funzione documentale. In altre ipotesi opereranno compiti di adeguamento a sé stanti o legati a compiti documentali (redazione di una semplice scrittura privata negoziale), non diversi da quelli che possano affidarsi ad altri tecnici del diritto. La differenza tra compito e funzione di adeguamento risiede nel fatto che il primo spetta al notaio come ad ogni tecnico del diritto; la seconda attiene al notaio in quanto tecnico del diritto investito di un pubblico ufficio, ai fini del corretto ed idoneo esercizio del suo ministero.

ufficio, quale tecnico e professionista⁴⁹. Funzione documentale, funzione e compito di adeguamento venivano rappresentati come diversi profili dell'attività notarile, con tutto ciò che ne conseguiva, e che veniva efficacemente descritto dall'accorto studioso, in termini di obblighi e responsabilità⁵⁰.

6. *La certezza al cospetto della complessità*

In tempi recenti (2006), nel trattare dell'investigazione della volontà delle parti e della «sostanza» dell'atto pubblico, il notaio

⁴⁹ La sensibilità che connotava il D'Orazi Flavoni assieme alla convinzione che il notaio, alla luce del legame tra interessi privati e collettivi, dovesse tutelare il negozio quanto il rapporto in esso racchiuso, lo inducevano a soffermarsi sulle indagini nei pubblici registri prodromiche alla stipula e dirette a dare solide basi e contenuti all'atto da concludere. Siccome le parti sono libere di affidarle o meno al professionista, l'Autore affrontava la questione se il notaio fosse tenuto almeno a suggerire di effettuarle, quale tecnico e professionista. Esaminando ruolo e compiti del notaio trattava del professionista consigliere. Sosteneva che nel coevo sistema positivo alla considerata incombenza potesse attribuirsi carattere giuridico sia in relazione all'art. 1176 cod. civ., sia sotto il profilo disciplinare. Essa rappresentava per il notaio comunque un dovere morale e sociale: la sanzione era anzitutto d'ordine etico e si sostanziava nel pubblico discredito. Omettere di rivolgere al cliente, che si accinge ad acquistare un immobile, l'elementare consiglio di procedere o far procedere agli accertamenti del caso costituiva per il notaio un difetto di correttezza grave capace di ledere insieme interessi privati e collettivi al punto di renderlo meritevole del biasimo incondizionato. Ove poi risultasse che tale omissione fosse abituale il rimedio poteva essere strettamente tecnico con l'applicazione dell'art. 147 l. not. (Titolo VI, *Della vigilanza sui notai, sui consigli e sugli archivi. Delle ispezioni, delle sanzioni disciplinari, delle misure cautelari e dei provvedimenti per l'applicazione delle medesime*, Capo II, *Delle sanzioni disciplinari e dei provvedimenti cautelari*), specie nella parte in cui punisce il notaio che «viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato», M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 967 ss.

⁵⁰ M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità*, cit., 950 ss., spec. 965 s.

Gaetano Petrelli⁵¹ ha rinviato, confermandone il pregio⁵², agli scritti dei suoi trapassati colleghi. Ha ribadito, infatti, che quella dell'indagine della volontà *ex* art. 47 l. n.89/1913 (l. not.), pure a seguito delle modifiche apportate nel 2005⁵³, costituisce componente essenziale, unitamente al controllo di legalità di cui all'art. 28, n. 1, l. not., della c.d. funzione notarile di adeguamento⁵⁴. In base alla quale il professionista adatta l'intento pratico delle parti ai principi ed alle regole del sistema giuridico, consentendo all'autonomia privata di esplicarsi nel modo più pieno possibile entro i confini tracciati dalle norme inderogabili, dall'ordine pubblico e dal buon costume. Il notaio – interagendo con le parti – individua il loro reale intento che a volte non conoscono pienamente perché non hanno completa contezza delle possibilità offerte dall'ordinamento e dei relativi limiti. Tale sua attività, che più che «ermeneutica» si configura «maieutica», sembra attestare l'attualità del pensiero del D'Orazi Flavoni e del Cernelutti come pure della ricostruzione del Satta⁵⁵. Nel senso che realizzata tale

⁵¹ G. PETRELLI, *L'indagine*, cit., 29 ss.

⁵² Se tali ricostruzioni mantengono solidità quasi un secolo dopo probabilmente riflettono bisogni e finalità che costantemente si ripropongono, ma si legano pure alla circostanza che le scelte rispetto alle fonti, all'autonomia privata, alla libertà e celerità in materia economica, compiute a partire dall'unità italiana e sviluppate in tutto il Novecento, forse ancora non sono giunte a pieno compimento per la complessità degli interessi e delle vicende come delle funzioni e professionalità implicate.

⁵³ Cfr. art. 12, comma 1º, lett. b), l. 28 novembre 2005, n. 246 (legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005).

⁵⁴ Sulla funzione notarile di adeguamento, cfr. M. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, anche in *Riv. not.*, 1958, 12, 405 ss.; ID., *Sul contenuto della prestazione notarile*, in *Foro it.*, 1959, I, 107 ss.

⁵⁵ Il dramma del notaio nasce dalla circostanza «che la parte spesso non sa veramente quello che vuole, e la conoscenza della sua volontà diventa una scoperta, e la scoperta può essere anche una determinazione della volontà», vedi sopra e cfr. G. PETRELLI, *L'indagine*, cit., 30, che riporta le parole di Satta.

operazione-scoperta il notaio deve procedere ad incasellare il rivelato intento pratico, mediante l'opportuna attività di «qualificazione», nelle categorie giuridiche offerte dall'ordinamento. All'esito di tale «processo» redige un documento nel quale confluiscono le dichiarazioni delle parti e gli ulteriori elementi che il professionista avrà ritenuto opportuno inserire per raggiungere in pieno e validamente il risultato voluto dagli stipulanti. L'atto notarile diviene pertanto il risultato di un percorso che si svolge sul sentiero tracciato dalle norme, ove il notaio conduce le parti che scoprono con la sua guida il proprio volere nel volere del legislatore e nell'esperienza dello stesso notaio⁵⁶.

Così ragionando, non può trascurarsi però la c.d. crisi della fattispecie proclamata da Natalino Irti in uno scritto del 2014⁵⁷. L'Autore ha infatti spiegato che tradizionalmente la prassi notarile ha cercato di adeguare, con una operazione di tipo geometrico (razionalmente rigoroso, ordinato), il caso concreto (la c.d. fattispecie concreta) al modello astratto e generale previsto dalla legge (la c.d. fattispecie astratta). Ma oramai quel modello astratto, predeterminato dalla legge ed imm modificabile, non esiste più, ma l'operatore giuridico – il notaio – deve costruirlo, di volta in volta, rispetto alla singola concreta fattispecie, facendo riferimento oltre che alla specifica disciplina dettata dalla legge, anche a valori come l'ambiente, la salute, la solidarietà e tenendo conto dell'irruzione nel sistema delle fonti della Costituzione dell'48 (con la connessa ampia autonomia/libertà privata), del diritto sovranazionale in continua evoluzione e della interpretazione giurisprudenziale. La difficoltà diviene maggiore per quel che riguarda il c.d. bilanciamento dei valori, in quanto vi sono interessi peculiari che dovranno essere ricomposti ed equilibrati all'interno di un atto notarile capace di valorizzare tutti gli elementi normativi, fattuali,

⁵⁶ Cfr. N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, 13 ss.

⁵⁷ Cfr. N. IRTI, *La crisi*, cit., 44 ss.

valoriali ed idoneo a realizzare al contempo il risultato voluto dalle parti e dai tempi. In tale prospettiva, va apprezzato il tentativo di superare formalismi non più necessari o addirittura discriminatori, come è avvenuto allorché si è consentita la redazione di atti notarili attraverso la manifestazione del consenso da parte di malati di SLA per mezzo del puntatore ottico: esempio di progresso giuridico, civile e umano⁵⁸. L'attività notarile si pone come fondamentale per il funzionamento e la crescita del sistema sociale, giuridico ed economico, ma solo se in grado davvero di assicurare i molteplici valori ed interessi (pubblici e privati) che ineriscono ad essa ed alla specifica operazione, pertanto il notaio deve sempre interrogarsi su come gli effetti possano essere raggiunti correttamente, pienamente e solidamente. Si è temuto però che l'ampiezza del ruolo, dei compiti e delle valutazioni affidate al notaio contemporaneo possano avere ripercussioni sullo stesso concetto della certezza giuridica. Già Guido Alpa nel 2006 scriveva *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*⁵⁹; e mentre Natalino Irti parlava di diritto incalcolabile⁶⁰, Nicolò Lipari nel 2015 osservava come si stia progressivamente passando dalla certezza alla mera prevedibilità del diritto⁶¹. Proprio su queste tematiche nei prossimi anni dovrà svilupparsi la riflessione circa il ruolo assunto dai notai odierni, la cui tradizionale funzione di adeguamento viene oggi a

⁵⁸ Cfr. *La comunicazione non verbale è un diritto dei malati di SLA*, www.federnotizie.it, pubblicato il 12 aprile 2017; *Cittadini attivi nella società, tecnologie e notai in favore dei malati di SLA*, in www.federnotizie.it, pubblicato il 8 novembre 2015; consultati il 15 maggio 2026. In un'ottica pragmatica ed efficiente si colloca pure l'autorizzazione allo svolgimento delle assemblee verbalizzate dal Notaio in assenza della contestuale presenza nel medesimo luogo del Presidente e del segretario, attraverso collegamenti in audio e video conferenza, mostratasi utile durante l'emergenza Covid19; cfr. art. 106, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27.

⁵⁹ Cfr. G. ALPA, *La certezza*, cit.

⁶⁰ Cfr. N. IRTI, *Un diritto*, cit.

⁶¹ N. LIPARI, *I civilisti*, cit., 55 ss.

tal punto dilatata e valorizzata da farne quasi un momento di creazione non della sola volontà delle parti, ma talora della norma stessa⁶². Tuttavia alla luce della complessità politica e culturale ed ancor più normativa ed etica⁶³ sottesa alle strategie e scelte che, di volta in volta, il notaio dovrà adottare, va segnalato l'accrescersi dei rischi, dei giudizi e delle responsabilità a cui dovrà sottostare. A fronte del temuto aumento della discrezionalità nell'attività di adeguamento, come nella stessa professione del notaio, sono infatti specularmente aumentati gli obblighi, gli adempimenti e le incombenze gravanti su tale professionista⁶⁴. Basti pensare che è

⁶² G. PETRELLI, *L'indagine*, cit., 29 ss.

⁶³ La l. 27 giugno 1991, n. 220, ha conferito al Consiglio Nazionale del Notariato il compito di emanare norme etiche, è seguita l'elaborazione dei principi di deontologia professionale, approvati con delibera del Consiglio Nazionale del Notariato del 5 aprile 2008, n. 2/56, pubblicata nella G.U. n. 177 del 20 luglio 2008.

⁶⁴ Le norme rivelano il notaio come un giurista che esercita la sua attività per nomina statale, la quale consegue al superamento di un concorso pubblico nazionale; ma le rilevanti funzioni che gli sono affidate dallo Stato sono collegate e giustificate da un insieme di obblighi e controlli imposti dalla legge e propri della sola professione notarile per la quale sono previsti severi requisiti (artt. 5 ss. l. not.). Assunto l'incarico, il notaio deve stipulare una polizza assicurativa per la responsabilità civile, per le condotte che egli tiene nell'esercizio dell'attività professionale (artt. 19 e 20 l. not.) e a contribuire a un fondo di garanzia per il ristoro dei danni conseguenti al compimento di un reato (artt. 21 ss. l. not.). È soggetto ai controlli dell'Archivio Notarile Distrettuale, a cui deve rendicontare periodicamente la propria attività (artt. 62 ss. e 128 l. not.), ed a quelli del Consiglio Notarile Distrettuale di appartenenza (artt. 93 ss. l. not.) e del Ministero della Giustizia (art. 127 l. not.); ciascuno di questi può domandare l'avvio del procedimento disciplinare contro il professionista. Gli uffici dell'Agenzia delle Entrate possono effettuare verifiche sul repertorio del Notaio, per il controllo della sua regolare tenuta e della registrazione degli atti che vi sono iscritti (art. 68 d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131). La violazione, da parte del notaio, delle norme che ne regolano l'attività determina l'insorgenza di responsabilità non solo di carattere civile e penale, ma anche disciplinare, con la possibile applicazione pure delle sanzioni della sospensione o della destituzione del

stato statuito che il notaio è tenuto non solo ad accertare la volontà dei soggetti privati⁶⁵, ma pure a garantire fasi e svolgere compiti «funzionali» all'accesso ad «informazioni giuridicamente corrette, complete, imparziali e disinteressate sulle reali conseguenze e rischi delle loro scelte, onde le contrattazioni siano contenute nell'ambito della legalità e della ragionevolezza»⁶⁶. Il notaio pertanto è più cautamente immaginabile quale esperto giurista che raccogliendo le richieste delle parti e le esigenze della prassi usa lo strumento normativo, e in genere le fonti del diritto, per soddisfare e bilanciare gli obiettivi e gli interessi emersi armonizzandoli con il contesto, i valori e la giustizia, ed arrivando talora anche (e solo) a porre i presupposti per la creazione delle nuove regole⁶⁷.

Pubblico Ufficiale. Da non trascurare, inoltre, che l'attività notarile è svolta attraverso un'organizzazione autonoma, di cui solo il notaio è responsabile, caratterizzata da elementi propri della libera professione, come la mancanza di clientela fissa, la concorrenza, l'assunzione esclusiva del costo di gestione dello studio, la responsabilità personale e diretta per il proprio operato, così P. SIMONETTI, *L'ordinamento del notariato*, in *Manuali notarili*, XII, a cura di L. Genghini, Padova, 2021, 3 ss.

⁶⁵ Il procedimento di formazione dell'atto notarile inizia, ed è limitato, dall'indagine della volontà delle parti, continua con l'adeguamento della stipula alla stessa e richiede la verifica, da parte del professionista, che il testo sia conforme all'intenzione dei contraenti. Affinché le parti possano controllare il contenuto del testo che stanno per firmare, la l. not. ordina all'art. 51, n. 8, al notaio di darne loro lettura completa e di inserire nell'atto, a pena della sua invalidità, la menzione di aver compiuto tale attività. L'art. 67 del r.d. 10 set. 1914, n. 1326 gli impone di domandare a chi sta per sottoscriverlo se il documento è conforme alla propria volontà.

⁶⁶ Così C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1212 ss. che richiama Cass. SS. UU., 31 luglio 2012, n. 13617; Cass. Civ. Sez. III, 15 febbraio 2006, n. 3287, in *Mass. Giur. it.*, 2006.

⁶⁷ P. GROSSI, *Il ruolo*, cit., 657; cfr. Cass. Civ. Sez. III, 18 maggio 2017, n. 12482, in *Foro it.*, 2017, 10, I, 3095.

Sebbene l'adeguamento si ponga tra le più antiche attività notarili e pur ammettendo legami tra i compiti del notaio contemporaneo e quelli dei giusperiti, artefici di diritto dell'età classica romana; la comune funzione volta a realizzare «un'interazione virtuosa tra forma e sostanza, dove la prima è al servizio della seconda»⁶⁸ va modellata e compresa alla luce delle norme, delle esigenze, degli strumenti e soprattutto della sensibilità proprie del momento⁶⁹ e del contesto in cui deve operare⁷⁰. Se dunque l'attività di adeguamento deve – senza perdere il connotato della personalità – adattarsi alle caratteristiche del tempo in cui è svolta, va da sé che in una società dinamica ed efficiente, ove una totale inconsapevolezza del diritto non è più frequente, debba misurarsi con la diffusa pretesa di ottenere una celere risposta alla domanda di produzione dell'atto notarile e dunque confrontarsi, avvantaggiandosene, con la vivace evoluzione delle nuove tecnologie⁷¹.

⁶⁸ F. PULITANÒ, *L'età*, cit., 37. Cfr. G. BENEDETTI, *Il Notaio: l'artista del contratto*, in *Giust. civ.*, 2019, I, 9 ss., spec. 12.

⁶⁹ G. BENEDETTI, *Il Notaio*, cit., 10 spiega le ragioni per cui la funzione notarile è da ritenersi «storicamente condizionata».

⁷⁰ Per G. SALITO, *Del Notaio e dell'atto notarile*, in *Quaderni di studi notarili*, 2, Napoli, 2018, la rivisitazione in chiave diacronica della figura del notaio si rivela comunque imprescindibile, «in quanto funzionale ad una sua più compiuta e puntuale comprensione (altresì) in fase prospettiva».

⁷¹ A. BALTI, *L'età*, cit., 133. L'Autore tratta dei numerosi e rilevanti scopi che oggi si realizzano attraverso l'affidamento delle funzioni di adeguamento e certificazione al notaio. Tra essi: la prevenzione del contenzioso, la riduzione delle asimmetrie informative, la conservazione documentale, l'esecuzione dei controlli anticirclaggio, la realizzazione della certezza del traffico giuridico, l'interpretazione e la creazione del diritto, la riscossione delle imposte, la supplenza della Pubblica Amministrazione, 139 ss.

ABSTRACT

Dalla normativa post-unitaria ai dibattiti del Novecento: la rin vigorita ed attuale veste del notaio certificatore, interprete, ma pure garante e consigliere della volontà privata.

From the post-unification legislation to the debates of the twentieth century: the reinvigorated and current role of the notary as certifier, interpreter, but also guarantor and advisor of private will.

PAROLE CHIAVE

Notaio – documento – volontà

Notary – document – will

ANTONELLA SIMONE
asimone@unisa.it

(online dal 17/07/2026)