

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La responsabilità del notaio

Giovanna Giada Salvati

Luglio 2002

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Il presente scritto ha lo scopo di comprendere quali responsabilità derivino al notaio dalla redazione di un atto societario invalido.

Il primo paragrafo è dedicato agli atti notarili in generale, categoria in cui rientrano anche gli atti costitutivi di società.

Un paragrafo a sé, il secondo, si è reso necessario per i verbali notarili di assemblea societaria, in quanto essi rispondono a principi particolari.

Esaurita così l'analisi della responsabilità disciplinare, l'ultimo paragrafo è riservato al profilo civilistico.

Ambito applicativo dell'articolo 28 L.N.

L'articolo 27 L.N. della legge notarile obbliga il Notaio a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto. Questa norma trova una rilevantissima limitazione nell'articolo 28 L. N. che impone al Notaio di non ricevere atti in determinate ipotesi. Il notaio dunque non dovrà né opporre un indebito rifiuto né redigere un atto vietato ex articolo 28¹.

La legge notarile da una parte ha voluto assicurare la prestazione notarile a tutti quelli che la richiedono, dall'altra ha inteso vietare che, proprio colui che è demandato a garantire

¹ E' stato scritto che il Notaio viene a trovarsi tra l'incudine e il martello, rispettivamente rappresentati dalle norme contenute nell'articolo 27 L. N. e 28 L. N. Vedi Calderone, in RN, 1960, 227.

certezza pubblica alla contrattazione privata, possa porre in essere atti non conformi alla legge, o, per usare le parole dell'articolo 28 n.1 L.N., "atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico".

Questa espressione ha creato forti contrasti interpretativi, che sono stati oggetto di una bibliografia pressoché sterminata e di ampio materiale giurisprudenziale². Lo studio delle varie posizioni si rileva un importante contributo per delineare non solo la funzione stessa del Notaio, ma soprattutto i limiti della sua responsabilità. Ad esempio concludere per l'estensione o meno dell'articolo 28 n.1 l. n. agli atti annullabili accanto agli atti nulli, significa diminuire o dilatare la responsabilità del notaio.

A noi interessa sapere se il divieto dell'art. 28 n.1 L.N. si riferisce:

- a tutti gli atti comunque contrari a norme inderogabili, siano essi affetti da nullità, annullabilità, o anche solo da inefficacia, oppure se la sua operatività sia più ristretta;

- ai soli atti vietati in modo espresso da una disposizione, oppure anche a quelli il cui divieto può desumersi in via interpretativa, riferendosi ad opinioni giurisprudenziali o dottrinali;

- alle fattispecie regolate dall'articolo 54 reg. not.

² Per un quadro d'insieme vedi Angeloni, *La responsabilità civile del Notaio*, Padova, 1990 e Pacifico, *La invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992.

1.1 La tesi estensiva

La dottrina e la giurisprudenza di merito più risalenti³ e la Suprema Corte di Cassazione con orientamento consolidato che è rimasto invariato fino alla sentenza n. 11128/97, hanno sostenuto quella che per brevità viene chiamata “tesi estensiva”, ossia hanno conferito portata ampia al divieto

³ PUCCINI, *La legge sul notariato*, Civitavecchia, 1880, p. 63; FALCIONI, *Manuale teorico - pratico del notariato*, Torino, 1899, I, p. 167; CONTI, *L'art. 24 della legge notarile e l'art. 43 del regolamento*, in *Il Giornale de' notai*, 1876, p. 248; MOSCATELLO, *Intorno agli atti che la legge vieta al notaio di ricevere*, in *Notariato italiano*, 1879, p. 402; DEGNI, *Commento alla legge 16 febbraio 1913, n. 89 sull'ordinamento del notariato*, Roma, 1913, p. 75; PATRONI, *Osservazioni sulla prima parte del n. 1 dell'art. 28 T. U. del notariato*, in *Rolandino*, 1949, p. 81; SCIELLO, *L'art. 28 della Legge Notarile e gli acquisti immobiliari degli enti ecclesiastici*, in *Notaro*, 1947, p. 66; MANZO, *Sull'art. 28 n. 1 della legge notarile*, in *Rivista not.*, 1947, p. 442; MANZO, *Rappresentanza senza potere e responsabilità del notaio*, in *Rolandino*, 1957, p. 3; ROSSI, *Degli atti espressamente vietati dalla legge o manifestamente contrari al buon costume od all'ordine pubblico dal quale il notaio deve astenersi*, in *Notariato italiano*, 1910, p. 67; SOLIMENA, *Commento alla legislazione notarile italiana*, Milano, 1918, p. 87; ID., *Della compartecipazione volontaria del notaio negli atti simulati e fraudolenti revocabili ed in quelli simulati e fraudolenti punibili*, in *Notaro*, 1933, p. 6; ANDÒ, *Premesse storiche per l'interpretazione dell'art. 54 del Regolamento Notarile*, in *Notariato italiano*, 1938, p. 194; STELLA RICHTER, *Sui limiti delle attribuzioni notarili*, in *Giur. compI. Cass. civ.*, 1945, p. 99; DONA, *Elementi di diritto notarile*, Milano, 1933, p. 152; DONA, voce *Notariato ed archivi notarili*, in *N.D.I.*, Torino, 1939, p. 1077; AZZOLINA, *Non esageriamo!*, in *Notaro*, 1947, p. 79. Per la giurisprudenza : App. Napoli 23 novembre 1938, in *Massime*, 1939, p. 61; App. Milano 14 aprile 1944., in *Notaro*, 1946, p. 70; Trib. Milano 18 settembre 1959, in *Rivista not.* 1960, p. 673; Trib. Milano 9 ottobre 1955, in *Rivista not.*, 1960, p. 673; Trib. Catanzaro 28 marzo 1958, *ivi*, 1958, p. 255; Trib. Milano 9 ottobre 1959, *ivi*, 1960, p. 682; Trib. Milano 6 novembre 1959, *ivi*, 1960, p. 673; Trib. Milano 22 aprile 1960, *ivi*, 1960, p. 673; Trib. Milano 10 giugno . 1961, *ivi*, 1961, p. 505; App. Firenze 20 luglio 1962, *ivi*, 1962, pag. 865; App. Firenze 24 settembre 1965, *ivi*, 1966, pag. 509.

contenuto nell'articolo 28, includendovi sia vizi di nullità, che di annullabilità.

La Suprema Corte ha ripetuto infinite volte, con identiche parole, che la locuzione "atti espressamente proibiti dalla legge" ex art 28 n.1 L.N., deve essere riferita "non solo agli atti vietati singolarmente e specificamente dalla legge⁴ ma altresì a tutti gli altri atti comunque contrari a disposizioni cogenti della legge, ossia non aderenti alla normativa legale, di ordine formale e sostanziale, per essi prevista a pena di inesistenza, nullità o annullabilità"⁵. Ha ritenuto, invece, (ed è questo un punto tuttora pacifico sia in giurisprudenza che in dottrina) non ricomprese nell'articolo 28 n. 1 l. n. le varie ipotesi di potenziale inefficacia dell'atto, come la revocabilità, la risolubilità, la rescindibilità⁶. Da ciò deriva che in caso di redazione di un atto inefficace il notaio incorrerà solamente nella responsabilità disciplinare del notaio per violazione di norme deontologiche ex art. 147 L. N.⁷, che potrà evitare

⁴ Come per il caso ad es. dei patti successori.

⁵V. Ad es. : Cass. I° agosto 1959, n. 2444, in Foro it., 1960, I, p. 100; Cass. 26 ottobre 1962, n. 3063, in Rivista not., 1963, p. 167; Cass. 11 marzo 1964, n. 525, in Rivista not., 1964, p. 702; Cass. n. 562/62; Cass. 11 giugno 1969, n. 2067 con nota di Triola, in GC, 1969, 2079; Cass., 3 luglio 1969, n. 2433; Cass. n. 3255/72; Cass. n. 3893/77; Cass. 21.4.83, n. 2744 in VN, 1983, 1739; Cass. 21.4.1983, n. 2745, in Gco, 1984, II, 380, con nota di Angiello; Cass n. 10256/90 in Vita not., 1991, p. 597; Cass n. 12081/92 Vita not., 1993, p. 951; Cass., 19 novembre 1993, n. 11404, in Vita not., 1994, p. 405. Nello stesso senso si rintracciano anche sentenze molto vecchie: Cass. Roma 3 dicembre 1937, in Massime, 1938, p. 138; Cass. 18 aprile 1941; Cass. Roma 22 giugno 1942, in Massime, 1942, p. 215.

⁶ Ad. es. Cass. n. 3255/72

qualora avverta le parti della presenza del vizio, essendo irrilevante che poi queste decidano ugualmente di proseguire.

La fonte della tesi estensiva può essere rintracciata nella lettura in senso prevalentemente pubblicistico della funzione notarile.

Il notaio deve ispirarsi alla più stretta legalità⁸, non potendosi discostare dal suo ruolo di ministro della legge⁹. Egli, come pubblico ufficiale, riceve l'investitura dallo Stato al fine di tutelare la certezza dei rapporti giuridici,¹⁰ certezza che proprio lui non deve turbare, ponendo in essere atti che non abbiano piena e definitiva efficacia giuridica e diano vita a contestazioni tra le parti. Infatti un importante Autore ha sostenuto la funzione antiprocessuale dell'attività notarile¹¹, la quale non dovrebbe produrre atti viziati sia pure minimamente, o tali comunque da porre a rischio la tendenziale perfezione dell'atto notarile. Esso è destinato a far fede fino a querela di falso e ciò in quanto è sorretto dalla presunzione che sia conforme a legge ed a realtà¹². Alcuni autori hanno posto in

⁷ A questo proposito, va precisato che nei « Principi di deontologia notarile » è previsto che il notaio sia tenuto a « scegliere la forma giuridica più adeguata alle decisioni assunte dalle parti, accertandone la legalità e la reciproca congruenza, svolgendo le richieste attività preparatorie e dirigendo quindi la formazione dell'atto nel modo tecnicamente più idoneo per la stabilità del rapporto che ne deriva e per la completa efficacia dell'atto».

⁸ Falcioni, 1899.

⁹ Degni, 1913.

¹⁰ Solimena, 1933.

¹¹ Carnelutti, *La funzione giuridica del notaio*, RN, 1951, 1.

¹² App. Bari 26.11.70, RN, 1972, 113.

rilievo come il notaio debba porre in essere atti perfetti ed efficaci in sommo grado¹³, anche al fine di non far mai venir meno la pubblica fiducia che la comunità deve poter riporre nella sua opera¹⁴. Nello stesso senso è la c.d. “teoria dell'adeguamento”¹⁵, la quale negando la funzione di mero documentatore del notaio, riunisce le numerose prestazioni, anche di consulenza, rese dal notaio prima, in occasione e dopo la stipula dell'atto, riferendole tutte alla figura del pubblico ufficiale, e giunge alla teorizzazione del «negozio perfetto nel documento perfetto»¹⁶ ossia del negozio formalmente e sostanzialmente ineccepibile, anche rispetto ai vizi minori dell'atto, a presidio del quale sarebbe posto l'art. 28, n. 1 L.N. Secondo questa visione non si deve distinguere tra la figura del notaio-pubblico ufficiale e quella del notaio-professionista. La prestazione notarile oltre a fornire un privilegiato valore probatorio, deve garantire, avvalendosi delle conoscenze del professionista esperto di diritto, la stipulazione di un negozio privo appunto anche dei vizi minori.

A tali conclusioni, così rigorose e oramai superate da tempo, si può obiettare che non è possibile negare in modo serio la distinzione concettuale tra funzione certificativa e l'attività di consulenza. La prima si fonda su un interesse pubblico che può cedere solo di fronte all'altro interesse, ugualmente pubblico, consistente nel fatto che la funzione

¹³ Donà, 1939, cit.

¹⁴ Manzo, RN, 1947,442.

¹⁵ Formulata da D’Orazi Flavoni, RDC, 1961, 401 e RN, I, 1962, 532.

¹⁶ Condò-Fabroni, R, 1967, 237.

certificativa non venga usata per un fine contrario all'ordinamento, e genera responsabilità penale e disciplinare. La seconda è basata su un rapporto contrattuale d'opera intellettuale, mira a realizzare l'interesse del privato alla conclusione di un negozio valido ed efficace, e produce responsabilità civile per danni¹⁷.

1.2 La tesi restrittiva

Le affermazioni dei sostenitori della tesi estensiva, divenute orientamento costante, nel corso del tempo hanno finito per divenire mere ripetizioni prive di supporti giuridici.

Questo ha indotto la dottrina ad una rimediazione del problema. Si è iniziato a prestare attenzione più all'aspetto libero professionale dell'attività notarile, che non alla sua funzione pubblica e questo ha portato a restringere la portata del divieto contenuto nell'articolo 28 n.1 L.N. ai soli atti nulli. Infatti si è evidenziato il diritto dei singoli, nell'esercizio della loro autonomia privata, a perseguire effetti negoziali suscettibili solo di azione di annullamento, affidata alla discrezionale iniziativa dei privati interessati.

Nell'ambito di questo orientamento, che possiamo chiamare "restrittivo", elaborato dalla dottrina, ma seguito

¹⁷ Detti, in RN, 1964, 173.

anche dalla giurisprudenza di merito maggioritaria, sono state sviluppate varie argomentazioni¹⁸.

¹⁸ Le argomentazioni possono essere così riassunte:

- natura eccezionale (l'art. 28 non è suscettibile di estensione analogica data la sua natura di norma eccezionale);

- dato testuale (l'art. 28 n. 1 non si riferisce genericamente agli atti proibiti dalla legge, bensì ai soli atti espressamente proibiti, che dunque sono qualcosa di diverso);

- lavori preparatori della l.n. (la mancata riproposizione nella versione definitiva di una interpretazione estensiva operata dal ministro Fani, fa propendere per una volontà di restringere la responsabilità del notaio);

- interpretazione storica (la formulazione del 28 l.not. è identica a quella dell'art. 24 t.u. 4900 del 1879, la quale a sua volta coincideva con l'art. 1122 cod. civ. del 1865, che corrisponde all'attuale art. 1343 c. c., il quale contempla solo gli atti nulli per illiceità della causa e non anche gli atti comunque invalidi);

- oggetto del divieto è il contenuto dell'atto, non la forma o gli altri requisiti (atto proibito sarebbe quindi solo quello nullo per illiceità);

- la dizione "atti espressamente proibiti" presuppone l'esistenza di atti non espressamente proibiti, ma ugualmente nulli, che il notaio potrebbe ricevere;

- convalidabilità degli atti annullabili (dal momento che gli atti annullabili producono effetti giuridici prima che intervenga una sentenza di annullamento e la convalida conferirebbe loro addirittura efficacia definitiva il considerarli atti espressamente proibiti sarebbe un assurdo);

- riferimento espresso anche all'ordine pubblico e al buon costume (la specificazione espressa non avrebbe avuto senso se con l'espressione "atti espressamente proibiti" si fosse già inteso designare gli atti in qualunque modo viziati);

- presenza dell'art. 581.not. (il quale sancisce la nullità degli atti notari in caso di inosservanza di alcune modalità redazionali prevedendo sanzioni meno gravi rispetto a quelle derivanti dalla violazione del 28; aderendo alla tesi estensiva si giungerebbe all'assurdo che per la redazione di un atto annullabile, il notaio verrebbe punito in modo più grave rispetto alla redazione di un atto nullo ex art. 58);

- tutela di interessi pubblicistici (per via del riferimento anche ad ordine pubblico e buon costume; dunque, si dice, sarebbero esclusi dalla portata precettiva del 28 quei negozi viziati nei quali il vizio sia preordinato alla tutela di interessi privatistici).

Gli interpreti sono partiti dalla considerazione che fosse necessario restringere il più possibile il numero di ipotesi a cui applicare l'art.28 n.1L.N., in quanto esso contiene una disposizione di natura eccezionale rispetto al principio generale della obbligatorietà del ministero notarile, previsto dall'articolo 27 L. N¹⁹.

Siffatto risultato è stato perseguito utilizzando, tra gli altri, un argomento letterale, che se da un lato è stato preso in considerazione dalla maggior parte dei commentatori, dall'altro lato è stato da alcuni enfatizzato al punto da prestare il fianco a valide critiche²⁰. L'art.28, n.1 nomina atti "espressamente" proibiti e "manifestamente" contrari al buon costume o all'ordine pubblico, di conseguenza si deve ammettere l'esistenza di atti proibiti espressamente ed atti proibiti ma non espressamente che non costituiscono violazione di detto articolo. Quindi si dovrà ritenere che gli avverbi in questione siano deputati a circoscrivere la responsabilità del notaio solo ad alcune ipotesi e non a tutti gli atti contrastanti con la legge, per supporre che essi non siano stati inseriti inutilmente. Anzi, il loro utilizzo risponde ad una precisa logica che si può comprendere considerando, come si è detto poco sopra, che l'articolo 28 rappresenta un'eccezione a quell'obbligo generale per il notaio di prestare la propria opera. Obbligo che corrisponde all'interesse di carattere pubblicistico a che il notaio operi nella maniera più ampia e celere possibile. Dunque nelle intenzioni del legislatore c'era

¹⁹ V. ad es. App. Napoli 1984 in VN, 1985, p 793.

²⁰ Vedi successivamente tesi restrittiva-formalistica.

quella di delimitare l'eccezione entro confini ben precisi e di pronta riconoscibilità proprio per non vanificare l'interesse cui si è fatto cenno. Questo è confermato anche dalla relazione del Guardasigilli all'art.24 del T.U. del 1879²¹, la cui formulazione è identica a quella dell'art.28 n.1 L.N., del quale costituisce il precedente storico. Tale relazione afferma che "...poichè non sempre è facile giudicare se una convenzione sia o no contraria alla legge e specialmente se sia o non contraria al buon costume, l'articolo in esame, onde, per quanto sia possibile, non addurre troppo gravi responsabilità sul notaio, ha dichiarato che egli deve ricusare l'atto soltanto allorchè è espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario al buon costume".

Il Ministro Fani aveva presentato senza effetti al Senato un progetto di riforma che prevedeva la seguente formulazione più restrittiva dell'articolo 28 n.1 L.N.: "Il notaio non può ricevere atti: 1) se essi sono manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico. Ove si tratti di negozi che non hanno o potrebbero non avere giuridica efficacia, o che sono in qualunque modo suscettibili di impugnativa per nullità, revocazione, rescissione, il notaio ha l'obbligo di avvertire di ciò le parti prima di procedere al compimento dell'atto; e riceverà l'atto solo quando esse insistano, facendo menzione in questo dell'avvertimento da lui fatto e delle risposte avute". Detta formulazione aveva l'intenzione di ridurre "il divieto fatto al notaio di prestare l'opera sua quando l'atto sia espressamente proibito dalla legge", eludendo il pericolo di

²¹ T.U. delle leggi sul riordinamento del notariato.

una interpretazione troppo ampia di tale formula e si fondava sull'osservazione del ministro Finocchiaro al Senato, "che sono da tenersi distinte la tutela degli interessi di ordine pubblico e la difesa degli interessi privati. Onde se per i primi si giustifica e s'intende l'accennato divieto... per tutto quanto riguarda invece gli interessi dei privati non può conferirsi al notaio la facoltà di rifiutare il proprio ufficio poichè in tal modo si affida al semplice ministero dell'ufficiale rogante una pericolosa potestà di giudice ed arbitro sulle convenzioni che le parti intendono stipulare. Se si riflette, inoltre, che nell'ipotesi in esame non si tratta che di nullità relative, le quali si possono sanare o con la prescrizione o con la ratifica o con la rinunzia dei contraenti, si comprenderà come non convenga lasciare al notaio il diritto e la responsabilità sconfinata di negare alle parti il compimento di un atto che, sebbene inizialmente annullabile, può tuttavia diventare in seguito pienamente valido e legale". Tutta la parte aggiunta non fu introdotta nella legge attuale e si rilevò che il sospetto che la formulazione poi approvata dell'art. 28, n. 1 "lasciasse adito al capriccio del notaio costituendolo arbitro di stipulare oppure no un atto di cui fosse richiesto, fosse perlomeno esagerato in quanto appunto a tale intento si era nell'articolo spiegato che il rifiuto sarebbe stato legale soltanto se l'atto fosse espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario all'ordine pubblico o al buon costume".²²

²² Sui lavori preparatori vedi Angeloni, 1990.

Ecco quindi che per il legislatore del 1913 quei due avverbi dovevano svolgere il preciso ruolo di delineare i poteri del notaio²³.

Da ciò discendono due considerazioni. Dalla prima discende che il notaio non sarà sottoposto al divieto di rogare quando la fonte di proibizione dell'atto derivi da un'interpretazione analogica²⁴ o da una elaborazione di dottrina o giurisprudenza. Dalla seconda deriva che gli atti annullabili sono, medio tempore, produttivi di tutti i loro effetti giuridici, e sono potenzialmente idonei a produrli, in ipotesi di convalida o di prescrizione della relativa azione, a tempo indeterminato. Se quindi, in tali limiti, l'ordinamento giuridico riconosce e tutela i loro effetti, non si vede come possono essere definiti «espressamente proibiti». Al contrario, dovendo riconoscersi che rientra nell'autonomia privata il potere di porli in essere, l'interpretazione estensiva dell'art. 28 porta alla inaccettabile conclusione che essi possono essere stipulati solo in forma privata e non pubblica. Il che è ancora più assurdo ove si considerino, oltre alla perdita di benefici quali ad es. il carattere di esecutorietà dell'atto, le discriminazioni a carico di quei soggetti ad es. analfabeti o impossibilitati a sottoscrivere, che debbano ricorrere proprio ed unicamente a quella forma²⁵.

Quanto appena detto viene contestato dall'orientamento estensivo, affermando che per stabilire se un determinato atto

²³ Baralis- Metitieri, RN, 1983, 843 e 1129.

²⁴ Cfr. in dottrina ad es. Triola, RN, 1970, 238.

²⁵ Trib. Ivrea 1979 in RN 1980, p 1657; Trib. Trapani 1985 in RN 1985, 1268.

possa o meno ritenersi consentito al notaio è necessario prestare attenzione al momento di ricevimento dell'atto e non alla sua sorte futura. L'eventuale sanatoria dipende dal successivo comportamento delle parti, a cui più non partecipa il notaio e che non lo riguarda²⁶.

Ma allora lasciamo l'argomento letterale per esaminare quelli sistematici.

Se si considera proibito ogni atto comunque invalido, sarebbe pleonastico il divieto per gli atti contrari all'ordine pubblico o al buon costume, che è un'ipotesi, appunto, d'invalidità²⁷. Al contrario la Suprema Corte di Cassazione ritiene che la previsione in oggetto dovrebbe ritenersi superflua anche se tra gli "atti espressamente proibiti" si facessero rientrare solo le ipotesi di nullità.

Ancora, la tesi estensiva, ritenendo punibili ex articolo 28 n.1 L.N., e quindi con la sospensione ex articolo 138, gli atti annullabili, arriverebbe all'assurda conseguenza di sanzionare in modo più severo queste fattispecie minori rispetto alle più gravi ipotesi di nullità di cui all'articolo 137 L.N., colpite invece con una semplice ammenda²⁸. Ciò

²⁶ Appello di bari 26.11.1970, RN, 1972, 113.

²⁷ Infatti La nullità per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume discende dall'articolo 1343. Sul punto vedi Triola, GC, 1969, I, 2079; Trib. Ivrea 1979, RN, 1980, 1657; Trib. Trapani 1985, RN, 1985, 1268

²⁸ Vedi Triola, DG, 1986, 434; in giurisprudenza Trib. Ivrea 28.11.79, RN, 1980, 1657 che spiega nel seguente modo: " L'art. 58 l. n. elenca le ipotesi in cui l'atto notarile è nullo. L'art. 137, il notaio che abbia posto in essere un atto nullo i/iene punito con un'ammenda. Lo stesso art. 58 aggiunge poi che al di fuori lei casi indicati l'atto notarile non è nullo ma il notaio che contravviene alle disposizioni della legge viene punito con le pene sancite per tali violazioni. fra i casi non indicati

costituirebbe una grave violazione del principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione²⁹.

Non esiste alcuna assurdit , invece, come ad esempio sostiene Boero, essendo perfettamente razionale giudicare, dal punto di vista della responsabilit  disciplinare del notaio, meno gravi determinati vizi che comportano s  una nullit  ma derivante da una violazione di carattere meramente formale, come ad esempio la mancata apposizione della sottoscrizione o dell'ora, rispetto ad altri di carattere sostanziale, sanzionati con l'annullabilit ³⁰.

Una corrente dottrinale e una parte della giurisprudenza affermano che il controllo di legalit  ex art.28 n. 1, L. N. non solo non deve estendersi agli atti annullabili , ma deve lasciar fuori anche gli atti nulli per vizi formali. Sono solo quelli nulli per illiceit  della causa (art.1343 c.c.) a determinare l'obbligo di astensione da parte del notaio³¹. L'atto nullo ma non illecito   ricevibile e il notaio potr  essere responsabile, in base al contratto d'opera professionale, per i danni causati ai suoi clienti.

indubbiamente rientrano le ipotesi di annullabilit  del negozio; poich  nessuna pena specifica   prevista per il notaio che stipuli un atto annullabile, secondo l'interpretazione della Suprema Corte, egli dovrebbe essere punito a norma dell'art. 28, n. 1. Di modo che, per un atto nullo, il notaio, ex art. 137, sarebbe punito con l'ammenda, mentre per un atto annullabile il notaio incorrerebbe nella sospensione ex art. 138 legge notarile.", ed anche Trib. Trapani 3.6.85, VN, 1987, 385.

²⁹ Angeloni 1990 pagine58-59.

³⁰ Boero, *La legge notarile commentata*, UTET, Torino, I, 1993, pagina 184; Cass. n. 2745/83.

³¹ Triola, VN, 1977, 349; Trib. Ivrea 28 n. 1 l. n.11.1979 , in RN 1980, 1675e in GI, 1980, 346.

L'analisi storica lo attesterebbe³².

L'art.1343 c.c. nel prescrivere che “la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume” risulta essere molto simile all'art. 28 n.1 L.N. Una simmetria ancora maggiore è riscontrabile tra l'art.1122 cod. civ. del 1865 (la causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico), e l'art. 24 T.U. n. 4900 del 1879, che rappresenta il precedente storico dell'attuale art. 28 L.N. e ne è l'esatta riproduzione per la parte che qui interessa. Appare evidente che il legislatore dell'epoca nel formulare il divieto per il notaio ex art.24 T.U., abbia preso come modello l'allora vigente art.1122 e pertanto abbia voluto riferirsi specificamente agli atti a causa illecita e non agli atti in qualunque modo contrari alla legge³³. Siffatta interpretazione viene confermata dall'impostazione del codice civile del 1865, il quale disciplinava la nullità, ma non la distingueva dall'annullabilità e dall'inefficacia. Per cui è ancor più significativo che il legislatore del 1913 non si sia riferito agli “atti nulli”, che avrebbero potuto confondersi con atti affetti da altri vizi, ma che abbia copiato l'art.1122, sottolineando la volontà di riferirsi ai soli atti illeciti. Volontà comprensibile ove si segua l'orientamento di coloro che, come Galgano³⁴, ritengono che l'illiceità, a confronto con la

³² E' di questa opinione Tondo, RN, 1964, 715.

³³ App. Napoli 1984 in VN, 1985, p 793.

³⁴ Galgano, *Diritto civile e commerciale. Obbligazioni e contratti*. Cedam, Padova, II, 1993.

contrarietà a norme imperative, manifesta una difformità più forte verso l'ordinamento³⁵.

E' importante anche notare come gli atti espressamente proibiti dalla legge e quelli contrari all'ordine pubblico o al buon costume si trovino nella stessa norma e vadano quindi considerati collegati. Dunque, il fatto che la nullità derivante dalla contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume (artt.1343-1418c.c.), si debba necessariamente riferire ad elementi sostanziali (causa, oggetto, motivi, condizione, modo), con esclusione di quelli formali, comporta che lo stesso principio trovi dimora anche nel caso di espressa proibizione.

Inoltre, il richiamo all'ordine pubblico e al buon costume indica come la norma intenda salvaguardare un interesse pubblicistico³⁶, che è il solo peraltro che può derogare all'altro interesse pubblico di cui all'art.27 L.N. Gli interessi individuali, invece, devono essere lasciati alle parti le quali possono disporre attraverso gli strumenti che l'ordinamento gli fornisce (azione di annullamento, convalida, conferma, ratifica, rescissione). L'interesse pubblicistico, che per quanto detto deve essere ritenuto alla base anche dell'ipotesi di espressa proibizione, è riscontrabile nella sanzione di nullità per illiceità, e non nell'annullabilità che tutela interessi privati, e nemmeno nella nullità di carattere formale³⁷.

³⁵ Concetto ripreso anche dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 11128/97 al fine di operare una distinzione tra norme proibitive, la cui violazione provoca illiceità e norme imperative

³⁶ Triola, VN, 1986, 44.

³⁷ Malaguti, *Requisiti formali dell'atto*, in Studi e materiali, Milano, 1990.

Per quanto riguarda queste ultime una larghissima parte di dottrina e giurisprudenza di merito³⁸ esclude l'applicabilità dell'art.28 n.1L.N. sulla base di un valido argomento: la legge notarile prevede espressamente all'art. 58 le ipotesi di nullità a carattere formale e irroga poi al capo II del titolo VI le relative sanzioni disciplinari, che sarebbero inutili se tali fattispecie rientrassero nell'articolo 28 n. 1 L. N. ³⁹. Sulla stessa linea altra giurisprudenza si è concentrata sulla parola "proibiti", la quale non sarebbe stata usata se si fossero considerati anche i requisiti formali dell'atto in quanto, se essi mancano, la legge commina la nullità o l'annullabilità o un'altra sanzione ma non proibisce l'atto, che è insufficiente per produrre effetti, ma non lede alcun interesse collettivo⁴⁰.

Un'ulteriore conferma, poi, alla validità dell'interpretazione restrittiva giunge dagli artt. 17 e 40 della legge n. 47/1985, in base ai quali sono nulli gli atti aventi ad oggetto diritti reali su edifici in cui manchino alcune menzioni, quali, ad esempio, gli estremi della licenza. Tuttavia tale nullità può essere sanata, attraverso una convalida, anche ad opera di una sola delle parti quando la mancanza della

³⁸ App. Milano, 17 novembre 1961, in Riv. not., 1962, 602, Trib. Milano, 18 settembre 1959, in Riv. not. 1960, 673; Trib. Milano, 19 gennaio 1962, in Vita not., 1962, 602 e in Foro pad., 1962, I, 395; Trib. Milano, 11 giugno 1965, in Riv. not., 1966,505; Trib. Milano, 14 luglio 1965, in Foro pad., 1965, I, 1153; App. Catanzaro, 28 novembre 1967, in Riv. not., 1968, 175; Trib. Firenze, 29 ottobre 1987, in Vita not., 1988, 598. In senso contrario la giurisprudenza di legittimità: Cass. n. 2744/83; Cass., 21 aprile 1983, n. 2745; Cass. 11 giugno 1969, n. 2067, in Giust. civ., 1969, I, 1194 e in Riv. not., 1970,290; ed anche Trib. Reggio Emilia, 14 novembre 1980, in Riv. not., 1981, 189.

³⁹ Triola, in RN, 1970, 238.

⁴⁰ Trib. Milano 19.1.62, VN,1962,602; App. Catanzaro 28 n.1 L.N.1.67, RN, 1968, 175.

menzione non sia dipesa dalla inesistenza della licenza. Infine l'art. 21 prevede che non costituisce violazione dell'art. 28 L. N il ricevimento di atti nulli ma convalidabili. Ciò può essere inteso come un elemento a favore dell'esclusione dall'ambito dell'art.28 n.1L.N. , non solo di questa, ma di tutte le ipotesi di nullità sanabile, la quale sostanzialmente si configura come annullabilità⁴¹.

1.3 La tesi restrittiva – formalistica

Da ultimo è bene dare conto anche dell'esistenza di una lettura “formalistica” dell'art.28 n.1 L.N., che sviluppa massimamente l'argomento letterale e secondo cui l'irricevibilità riguarda i soli atti vietati da disposizioni specifiche e testuali di legge (come negli artt. 5, 1418, 1471, n. 1 e 2 c.c.; norme sull'edilizia residenziale pubblica, contenenti divieti assoluti di vendita degli alloggi per un certo tempo dopo il riscatto, artt.4 e 27 D.P.R. n. 6.3.3/1972; artt. 68 e 74 legge n. 445/1908, ecc.) con esclusione pertanto dei casi in cui sia prevista solo la sanzione di nullità, o, a fortiori, l'annullabilità⁴². Qualcuno è anche arrivato ad affermare che il notaio deve ricevere un atto nullo, quando, non essendo questo espressamente proibito, ed avendo egli reso edotte le parti, queste abbiano comunque richiesto la rogazione dell'atto. tale

⁴¹ Vedi ad es. Triola, VN, 1986, 44.

⁴² Cfr. Gallo Orsi - Girino, Voce *Notariato*, NDI, Torino, 378.

tesi viene argomentata riflettendo sul fatto che le parti possono avere interesse alla stipula di un atto nullo al fine di conseguire gli effetti della c.d. trascrizione sanante⁴³.

Tale visione, però, estende il campo dell'art.28 ad un gruppo molto limitato di ipotesi, eterogenee tra loro, e unite solo dal dato linguistico probabilmente casuale e costringe il notaio a mero registratore delle volontà dei privati anche quando siano contrarie alla legge. L'ordinamento sarebbe contraddittorio se vietasse un atto per poi imporre al notaio di riceverlo, per il sol fatto che le parti glielo chiedano. Inoltre se è vero che la legge, per limitati aspetti, prenda in considerazione i contratti contrari alle legge (nulli), non è detto che ne consenta la stipulazione con la cooperazione del notaio, la cui funzione pubblica è proprio quella di tutelare la legge stessa.

Comunque la maggior parte degli Autori che difendono la tesi restrittiva tendono a non esagerare l'importanza dell'avverbio "espressamente", in quanto la previsione di un divieto può essere considerata espressa anche per il semplice fatto che sia stata stabilita una sanzione. Irrogare la sanzione equivale a porre il divieto. Quindi la dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 28 n.1L.N. non attenga agli atti nulli, anche quando non siano oggetto di un espresso divieto legislativo.

⁴³Vedi Angeloni, 1990, pagina 96.

1.4 La sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 11128 del 11.11.1997

Dopo lunga maturazione, la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza della III sez. civ. n.11128/1997⁴⁴, ha rimeditato il problema relativo alla responsabilità disciplinare dei notai.

Ha valutato “di ben scarso peso” gli elementi addotti a sostegno della tesi estensiva, che la Corte con orientamento costante aveva sostenuto fino al 1997, ed ha dichiarato che debba essere preferita una interpretazione più restrittiva dell’articolo 28 n.1 L.N.

La sentenza riprende le argomentazioni sostenute fino a quel momento dalla dottrina maggioritaria e da larga parte della giurisprudenza di merito, e da esse fa discendere che nell’art. 28 n. 1 rientrano solo quegli atti che la legge, a causa del loro contenuto, non riconosce al fine di tutelare un interesse superiore.

Sempre secondo la Corte la locuzione “atti espressamente proibiti” si riferisce <<a tutte le ipotesi di

⁴⁴Cass. 11128/97, N, 1998, 7; RN, 1998,493.

I principi contenuti in questa sentenza, ripresi a breve distanza di tempo da Cass. n. 1766/98; Cass. n. 3560/1998; Cass. n. 4441/98, RN, 1998,717; Cass. n. 2591/98, rappresentano l’attuale orientamento consolidato.

nullità e quindi non solo quelle comprese nel 1° comma dell'art. 1418 c.c. (atti contrari a norme imperative) ma anche quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affetti da queste ultime nullità a ben vedere sono atti contrari a norme imperative. Infatti, la contrarietà a norme imperative è ravvisabile quando il divieto ha carattere assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza. Orbene proprio perché l'art. 1418 c.c. ai commi 2 e 3 individua ipotesi di nullità assolute, e come tali non ammettenti deroghe, l'atto che contenesse tali specifiche ipotesi di nullità sarebbe anche “contrario a norma imperativa”>>.

Per quanto poi attiene al senso da attribuire all'avverbio “espressamente” la Suprema Corte di Cassazione così si esprime: <<Ne può ritenersi che l'atto debba essere espressamente proibito dalla legge per cui la mancanza di una espressa proibizione si risolverebbe in una mancanza di un elemento della fattispecie legale di illecito. Infatti, ove anche la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto la stessa dovrebbe pur sempre giudicarsi come "espressa" per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed il primo comma dell'art. 1418 c.c. che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa.

Ne consegue che l'avverbio "espressamente" (...) va inteso come "inequivocabilmente", per cui si riferisce a contrasti, dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 primo

comma c.c., per effetto di un consolidato orientamento dottrinale >>.

In conclusione la sentenza accetta la soluzione secondo cui l'articolo 28 n. 1 L. N. si applica <<ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto>>, anche quindi al caso di negozio viziato da nullità diversa dall'illiceità. Restano escluse, invece, le nullità formali contemplate dall'articolo 58 L.N. in quanto esse riguardano il documento notarile e non hanno alcuna influenza sul contenuto del negozio, così come si escludono i vizi che comportano solo l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto. Anche se con riguardo a questi ultimi la decisione si preoccupa di specificare che <<nell'ipotesi di sussistenza degli estremi per l'annullabilità o inefficacia dell'atto, ma non della nullità assoluta dello stesso rimane pur sempre a carico del notaio l'obbligo di avvertire le parti dell'esistenza di detto vizio per quella che è stata definita la funzione "antiprocessuale" del notaio, avente ad oggetto la certezza dei rapporti giuridici. Siffatta funzione ed obbligo del notaio emergono dall'art. 1 della legge n. 89/1913, che individua detta funzione nell'attribuzione della pubblica fede agli atti da lui redatti (...) La mancanza di detto avvertimento renderà il notaio sanzionabile a norma dell'art. 136 legge notarile e cioè con le sanzioni della censura e dell'avvertimento, cioè con quelle sanzioni che non sono comminate per violazioni specificamente indicate ma genericamente per le mancanze ai propri doveri da parte dei notai (oltre all'eventuale responsabilità civile)>>.

Il mutamento di indirizzo operato dal Supremo Collegio è stato accolto con favore dalla dottrina che già in precedenza aveva elaborato principi analoghi. Molti autori, infatti, già avevano sostenuto che la proibizione ex art 28 potesse derivare anche implicitamente, ma inequivocabilmente, dalla sola sanzione di nullità comminata per il relativo negozio ovvero, naturalmente, da uno specifico divieto, anche se non sanzionato a pena di nullità, come ad es. nelle ipotesi di cui ai nn. 3 e 4 dell'articolo 1471 c.c.(divieti di comperare)⁴⁵. Ma non è mancato chi non ha condiviso la pronuncia in questione.

Angeloni, dopo aver ricordato che nel nostro ordinamento vige il principio di tassatività degli illeciti amministrativi⁴⁶, ha evidenziato come la Corte, comminando la sanzione amministrativa della sospensione ex art.138⁴⁷ anche per gli atti nulli per contrarietà a norme imperative non “espresse” (seppur risultanti da un consolidato orientamento dottrinale), abbia violato il suddetto principio, provvisto anche di rilevanza costituzionale ex art.23 Cost⁴⁸. Per tali fattispecie invece dovrebbe ammettersi solamente la responsabilità civile del notaio che non ha adempiuto all'obbligazione, derivante dal principio di buona fede ex art.1175c.c., di avvertire le parti

⁴⁵ Vedi ad es. Anselmi, *Principi di arte notarile*, 1993, e Boero, 1993, ove altri riferimenti

⁴⁶ Principio individuato dall'art. 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689, il cui comma 2°, interpretando in senso assoluto la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., dispone che “le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati”. Cfr. Angeloni, 1990, pagina 59.

⁴⁷ Prevista per la violazione dell'art.28 n.1L.N.

dell'esistenza di un vizio dell'atto o di un orientamento interpretativo che lo ritiene tale⁴⁹.

Le conclusioni della Suprema Corte sono state messe in discussione anche da Triola⁵⁰, il quale solleva un'obiezione che aveva già elaborato in passato, con riferimento a quella giurisprudenza che comprendeva anche gli atti annullabili nel divieto di cui all'articolo 28 n.1 L.N. L'Autore, dopo aver qualificato come una "evidente forzatura" il fatto di attribuire all'avverbio "espressamente" un significato notevolmente diverso da quello letterale, evidenzia come la previsione degli "atti manifestamente contrari all'ordine pubblico e al buon costume" dovrebbe essere giudicata superflua se la locuzione "atti espressamente proibiti dalla legge" fosse idonea a comprendere tutti gli atti per i quali la nullità derivi, attraverso l'articolo. 1418, comma 1, c.c., per effetto di un consolidato orientamento dottrinale.

Zanelli⁵¹, invece, per esporre la sua obiezione prende avvio dall'esame di una questione che è stata lungamente discussa e che queste sentenze riaprono: la configurabilità delle c.d. nullità virtuali, ossia di quelle nullità che pur essendo inespresse risultano implicitamente dalla natura imperativa della norma violata. Il difficile, per questa figura, è individuare se, ai fini di giudicare la validità o meno di un atto, una data norma vada qualificata come imperativa. Ed è

⁴⁸ Angeloni, 1998.

⁴⁹ Cfr. anche Angeloni, 1990, pagina 23 ss e pagina 96 ss.

⁵⁰ Triola, in Giust. Civ. 1998 pagina 387, nota a commento della sentenza Cass. 11128/97.

⁵¹ Zanelli, CI, 1998, 1265.

proprio tale individuazione che la pronuncia della Suprema Corte rimanda alla dottrina, creando però, secondo l'Autore, problemi di non facile soluzione, come quello relativo a cosa debba intendersi per orientamento "consolidato"⁵².

E sarebbe stato davvero importante che la Corte avesse meglio specificato questo concetto, posto che anche la dottrina prevalente⁵³ lo ha utilizzato di frequente per affermare che l'art. 28 non può essere applicato in presenza di interpretazioni dottrinali o giurisprudenziali non consolidate. Al notaio, si è detto, non possono addossarsi responsabilità in caso di incertezze interpretative oggettive, altrimenti egli, sia seguendo un'opinione che l'altra, si troverebbe comunque a dover rispondere a giudici di avviso contrario.⁵⁴

1.5 Il rapporto tra art.28 L.N. e art.54 reg. not.

L'articolo 54 del regolamento n.1326/1914 di esecuzione della legge notarile sancisce che «i notari non possono rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello

⁵² A tal fine non devono essere sottovalutati gli indirizzi forniti dal Consiglio Nazionale del Notariato.

⁵³ Ad. es. Ruotolo 1997; Anselmi 1993; Boero 1993; Paolucci 1992; Angeloni 1990; Laurini 1987; Condò-Fabroni 1967; Gallo Orsi-Girino 1965; Tondo 1964; Calderoni 1958.

⁵⁴ Trib. di Reggio Emilia n. 627/80; Trib. di Verbania 17-21.4.97, RN, 1997, 1221.

dei loro rappresentanti giuridicamente obbligarsi ». Ci si è chiesti quale sia la disciplina applicabile in caso di violazione di detta norma, a cui non è legata nessuna specifica sanzione.

Tale sanzione non occorre, si è risposto, in quanto gli atti che l'articolo 54 reg. not. impedisce al notaio di rogare rientrano tra gli "atti espressamente vietati dalla legge" ex art. 28, e pertanto la inosservanza della norma regolamentare è sanzionata, al pari dell'articolo 28, dall'art. 138 L.N.⁵⁵

Posto che molte delle violazioni dell'articolo 54 reg. not. comportano l'annullabilità dell'atto, si capisce come l'impostazione appena esposta sia stata elaborata dai sostenitori di quell'interpretazione estensiva dell'art.28, che comprende in tale norma anche agli atti annullabili.

⁵⁵Ad es. Trib. Milano 22.4.60, RN, 1960, 673; Trib. Reggio Emilia n. 623/81; Cass. n. 2067/69, a cui appartengono i seguenti passi : <<... l'art. 54 regolamento notarile (...) impone implicitamente agli stessi notai l'onere di accertarsi che la procura dei rappresentanti sia conforme alle norme imperative di legge, sotto il profilo sostanziale e formale. (...) Quanto poi alla successiva domanda se tale violazione costituisca altresì violazione del generale precetto dettato dall'art. 28 n. 1, legge notarile (...) la risposta è parimenti affermativa. In aderenza alla conforme interpretazione della dottrina e della propria precedente giurisprudenza sia pur non recente questa Corte Suprema ritiene che con l'espressione "atti espressamente proibiti dalla legge" la precitata norma dell'art. 28 ha inteso riferirsi non solo agli atti vietati singolarmente e specificamente dalla legge (...), ma altresì a tutti gli altri atti comunque contrari a disposizioni cogenti della legge stessa, ossia non aderenti alla normativa legale, di ordine formale o sostanziale, per essi prevista a pena di inesistenza, nullità o annullabilità.

Correlativamente, è da affermarsi che gli atti vietati dall'art. 54 regolamento notarile costituiscono indubbiamente una delle categorie degli "atti espressamente proibiti dalla legge" di cui al n. 1 dell'art. 28 legge notarile ed, in ulteriore effetto, che l'aver rogato un atto nel quale sia intervenuta, in rappresentanza di altra, persona non autorizzata "nel modo espressamente stabilito dalla legge" costituisce, per il notaio rogante, congiunta violazione dei predetti artt. 28 e 54 della legge e del regolamento notarile.>>

L'evoluzione della dottrina, seguita dalla giurisprudenza di merito, così come ha rifiutato la lettura estensiva del 28, coerentemente non ha potuto accettare che nell'ambito di questa norma rientrassero anche le violazioni dell'art. 54.

Le argomentazioni a sostegno di questa opinione, ovviamente, richiamano quelle che si oppongono alla definizione estensiva dell'articolo 28 n. 1 L.N.

Così se l'art. 28 ha carattere eccezionale non deve essere applicato a casi ulteriori come quelli di cui all'art. 54 reg. not. O ancora se si accetta la lettura estensiva dell'art. 28 la norma regolamentare sarebbe inutile, in quanto le ipotesi in essa contemplate già rientrerebbero tra gli atti irricevibili. E così via.

L'esegesi della norma pone in primo piano la sua natura regolamentare⁵⁶. L'art 54 reg. not., da una parte, in difetto di espressa delega legislativa, non può introdurre ipotesi di illecito disciplinare non previste dalla legge notarile⁵⁷, pena la violazione del principio di tassatività degli illeciti amministrativi; dall'altra parte, non può essere sussunto sotto l'ipotesi di atto espressamente proibito dalla "legge" in quanto si è in presenza di una fonte normativa di secondo grado⁵⁸.

⁵⁶ Angeloni, 1990.

⁵⁷ La sanzione della sospensione non avrebbe potuto essere prevista da una norma del regolamento d'attuazione, infatti l'art. 163 della L.N. dispone che « il Governo del Re è autorizzato a pubblicare per decreto Reale, udito il Consiglio di Stato, il regolamento per la esecuzione della presente legge, con facoltà di comminare le pene dell'ammenda fino a L. 50 per le contravvenzioni alle disposizioni del medesimo ».

⁵⁸ Gallo Orsi –Girino, Notariato, NDI, cit.

Sarebbe necessario, poi, sollevare problemi dibattutissimi in diritto penale⁵⁹ qualora si indicasse l'articolo 54 reg. not., non come precetto autonomo, ma come una specificazione dell'articolo 28 da ritenersi come norma "in bianco".⁶⁰

Ulteriori elementi contrari al collegamento tra gli articoli 28 L.N. e 54 reg. not. derivano dall'esame storico. L'art. 43 del R.D. n.2840/1875 (regolamento di esecuzione della L.N. n. 2786/1875) ordinava: <<I notari non potranno, a termini dell'art. 24 della legge (corrispondente all'attuale art. 28,), ricevere contratti nei quali siano interessati minori, donne maritate, interdetti, inabilitati, stabilimenti pubblici ed altri corpi morali ecclesiastici o laicali, senza che consti che sia intervenuta l'autorizzazione prescritta dalla legge, e senza l'assistenza dei loro padri, mariti, tutori, curatori, amministratori, o personalmente o per mezzo di procuratore, sotto pena della sospensione e della destinazione di cui agli artt. 11.1, n. 5, 115 cpv. 2 della legge, oltre il risarcimento dei danni>>. La legittimità costituzionale di questa norma venne messa in discussione dalla dottrina ed il dubbio venne considerato fondato dalla Corte d'Appello di Roma nella sentenza 5 giugno 1879, sotto il profilo dell'indebita estensione del divieto contenuto nell'art. 24 della legge. Così, mentre nel successivo T.U. sul notariato l'art. 24 rimase pressocchè invariato, l'art. 43 del nuovo regolamento di esecuzione (R.D. 23 novembre 1879, n. 5170), di contenuto identico all'attuale

⁵⁹ Vedi le questioni attinenti al rapporto tra riserva di legge e norme legislative in bianco integrate da disposizioni regolamentari.

⁶⁰ Di Fabio, *Manuale del Notariato*, 1981, Milano.

art. 54 R.N. subì radicali modifiche: scomparve il richiamo all'art. 24 e venne omessa l'indicazione di qualsiasi sanzione. Quindi la formulazione del nuovo articolo 43 (attuale art 54 reg. not.) venne elaborata con il preciso fine di escludere, per le ipotesi in questo contenute, le sanzioni previste per l'art 24 (attuale articolo 28 L.N.)⁶¹.

Ma se di fronte ad argomenti così probanti troviamo una gran parte degli interpreti d'accordo nel negare il legame tra gli artt. 28 n.1 L.N. e 54 reg. not., non altrettanto consenso si riscontra nell'individuare le conseguenze dell'infrazione di questa seconda disposizione.

Alcuni ritengono che solamente nel caso in cui il notaio non abbia avvertito le parti del vizio dell'atto egli sia sanzionato con l'avvertimento e la censura, che l'art. 136 L.N. prevede per violazioni <<innominate>>⁶².

Invece altri, posto che l'art. 54 non prescrive nessuna sanzione, affermano che alla norma si ricollega solamente la responsabilità civile per danni, sempre nell'ipotesi di omissione dell'avvertimento alle parti.⁶³

Indipendentemente da questo contrasto di opinioni, deve essere ricordato che, in base all'art.2236 c.c. e alle norme di deontologia notarile, il notaio è comunque obbligato a porre in essere “interventi di consulenza appropriata” e “eventuali

⁶¹ Vedi ad es. Baralis- Metitieri, RN, 1983, 843 e 1129.

⁶² cfr. S. Tondo, Controllo notarile sui presupposti dell'atto negoziale, in Studi e Materiali 1983- 1985 a cura della Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Giuffrè, pag. 368 ss.; Di Fabio 1978; D'Orazi Flavoni, 1961.

⁶³ Angeloni, 1990.

adeguamenti della configurazione dell'atto”⁶⁴, pena il risarcimento dei danni arrecati. Ad esempio il notaio ben potrà ricevere un atto in assenza di autorizzazione subordinandone l'efficacia al futuro rilascio della prescritta autorizzazione, ma non potrà utilizzare negligenemente una procura invalida, oppure omettere di verificare nel registro delle imprese i limiti ai poteri di rappresentanza di un amministratore di società.

1.6 Il mutato orientamento della Suprema Corte di Cassazione.

La Suprema Corte di Cassazione, come si è detto più indietro, con la sentenza del 1997 ha accolto il principio dell'applicabilità dell'art. 28 comma 1°, n. 1, solamente alle ipotesi di “nullità per contrarietà a norma imperativa, che, come tale, non può ammettere deroghe”, e non agli atti annullabili. Di conseguenza ha dichiarato, che la violazione dell'art. 54 reg. not., che non è mai causa di nullità, non integra violazione dell'art. 28 L.N. ⁶⁵.

⁶⁴ Baralis-Metitieri 1983; Tondo, Controllo notarile, 1986; Petrelli, 1997.

⁶⁵ Ecco alcuni passi della sentenza del 1997. “ Infatti, la violazione della norma contenuta nell'art. 54 regolamento notarile non è di per se causa di nullità dell'atto, ma (salva l'eventuale annullabilità dell'atto) costituisce mera infrazione disciplinare da parte del notaio, cui la norma è rivolta, dato che le nullità dell'atto notarile sono unicamente quelle elencate nell'art. 58 legge notarile il quale dispone, espressamente che fuori dei casi da essa norma previsti, l'atto non è nullo, ma il notaio che contravviene alle disposizioni di legge è soggetto alle sanzioni dalla medesima comminate (Cass. II.3.72 n. 713) , è il caso di atti compiuti dal rappresentante, che oltrepassa i limiti del potere

Gli argomenti espressi dalla Corte a sostegno della sua decisione sono gli stessi, poco prima riportati, che la giurisprudenza di merito aveva già recepito. Li ripetiamo con le stesse parole del Supremo Collegio. <<Inoltre se fosse vero che l'art. 28, comma 1°, legge notarile si riferisce a tutti gli atti comunque invalidi o inefficaci, sarebbe stato inutile un espresso divieto per il notaio di rogare atti in cui intervengono parti non ritualmente rappresentate.

Ne va dimenticato che l'art. 54 fa parte di un regolamento di esecuzione che porta a dubitare che esso sia "legge" nel senso indicato dall'art. 28 n. 1, legge notarile.

Trattandosi di norma regolamentare, anche se si riuscisse a dimostrare che si è voluto collegare alla violazione dell'art. 54 regolamento notarile la sanzione prevista per l'inosservanza dell'art. 28 n. 1, legge notarile, si dovrebbe ritenere che tale

rappresentativo, o ne è completamente sfornito è variamente considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Secondo l'orientamento prevalente l'atto è solo inefficace e tale inefficacia può essere eccepita dal rappresentato (Cass. II.3.97, n. 2174; Cass. n. 579/1980). Altri hanno parlato di atto in itinere nel senso di fattispecie a formazione progressiva, perfezionabile successivamente tramite ratifica (Cass. n. 2739/1974). Altri ritengono che si tratti di negozio con efficacia sospesa. Qualunque possa essere la soluzione, poichè per detto atto posto in essere da rappresentante privo di potere è possibile la ratifica, non potrebbe mai parlarsi di nullità per contrarietà a norma imperativa, che, come tale non può ammettere deroghe.

Quanto poi all'ipotesi del contratto stipulato dal rappresentante legale dell'incapace che abbia agito sfornito delle necessarie forme abilitative, questa dà luogo, secondo l'orientamento prevalente (Cass. n. 5849/1980; Cass. n. 1140/1977) ad una ipotesi d'annullabilità del contratto e non di nullità.

Inoltre se fosse vero che l'art. 28, comma 1°, legge notarile si riferisce a tutti gli atti comunque invalidi o inefficaci, sarebbe stato inutile un espresso divieto per il notaio di rogare atti in cui intervengono parti non ritualmente rappresentate."

In termini identici si è espressa la Cass. n. 1766/1998.

articolo sia legittimo in quanto sono state violati i limiti valevoli per l'emanazione dei regolamenti di esecuzione, i quali non possono creare nuove ipotesi di comportamenti punibili senza un'espressa delega legislativa.

Nel caso della legge notarile, l'art. 163 così recita: "Il governo del Re è autorizzato a pubblicare con decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, il regolamento di esecuzione della presente legge, con facoltà di irrogare la pena dell'ammenda fino a lire 50 per le contravvenzioni al medesimo".

Ne deriva che l'inosservanza dell'art. 54 del regolamento, non essendo stata richiamata tale disposizione dagli artt. 261 e ss., che prevedono le pene per le violazioni alle statuizioni del regolamento stesso, non sarà punibile con l'ammenda ed a maggior ragione con la sospensione, che è una pena più grave, dati i limiti stabiliti dall'art. 163 legge notarile.>>⁶⁶

La Corte, inoltre, per il caso di redazione di un atto contrario all'art 54 reg. not., ha ritenuto che il notaio debba essere punito con la censura o con l'avvertimento, <<cioè con quelle sanzioni che sono comminate per violazioni specificatamente indicate, ma genericamente come emerge dall'esame dell'art.136 legge notarile, per mancanze ai propri doveri da parte dei notai. Senonchè dette sanzioni non sono di competenza del giudice ordinario, ma del Consiglio notarile, in funzione di organo disciplinare di categoria >>.⁶⁷

⁶⁶ Cass. 11128/97.

⁶⁷ Cass. 11128/97 e in termini identici Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766 e 9 marzo 1998, n. 2591,

La sentenza della III sezione civile della Suprema Corte di Cassazione n. 4441 del 4.5.98 ⁶⁸ ha ritenuto di non poter seguire questa soluzione che ha ricondotto la violazione dell'art. 54 nell'ambito di applicazione dell'art 136, ma ritiene che la violazione in esame sia sanzionata con l'ammenda ex articolo 137, comma 1 L.N. La Suprema Corte, con un'interessante argomentazione mostra come l'inosservanza della norma regolamentare derivi dall'inosservanza dell'articolo 51, n. 3 L.N.⁶⁹, a cui consegue, appunto, l'applicazione dell'articolo 137, comma 1, L.N.⁷⁰ Dunque, l'articolo 54 reg. not. sarebbe una specificazione dell'articolo 51 n. 3 L.N., così come è stato chiarito anche da un giurista di grande esperienza sul tema.

“Si riduce tutto ad un fatto identificativo del soggetto che agisce: se agisce lo stesso soggetto, basta l'identificazione. Se agisce un soggetto a nome di un altro (rappresentante legale - rappresentante volontario) occorre far sì che sia fatto comparire nell'atto chi effettivamente può rappresentare altro

⁶⁸La sentenza è pubblicata in RN, 1998,717.

⁶⁹ Articolo 51 n. 3 L.N. :“Se le parti od alcune di esse intervengono all'atto per mezzo di rappresentante, le precedenti indicazioni si osserveranno non solo rispetto ad esse, ma anche rispetto alloro rappresentante. La procura deve rimanere annessa all'atto medesimo o in originale o in copia, a meno che l'originale o la copia non si trovi negli atti del notaio rogante.”

⁷⁰ Di contrario avviso è Finocchiaro (in VN, 1998, 713), per il quale “ Il fare rientrare la fattispecie di cui all' art. 54 reg. not. nella fatti specie di cui all'art.51 n. 3 comporta la violazione del principio di legalità, in quanto non si tratta di fare rientrare in un precetto normativo di tipo generico (come ad esempio quello di cui all'art. 1361. not.) un precetto di tipo specifico, che non sia con il primo incompatibile (come nel caso di cui all'art. 54 reg. not.), ma di aggiungere al precetto (e quindi alla condotta) normativamente e specificamente previsto, un diverso precetto (e quindi condotta)”.

soggetto: allora non basta più il fatto identificativo della persona occorre il fatto identificativo sostanziale, cioè in grado di accertarla in modo ineccepibile che un determinato soggetto può rappresentare quello che opera come parte sostanziale. Queste riflessioni fanno concludere che si è fatto ricorso alla norma regolamentare dell'art. 54 non in chiave esplicativa o interpretativa dell'art. 28, ma in chiave interpretativa della norma della legge notarile che contempla l'obbligo di identificare la parte.

Il notaio è tenuto a dare certezze: una di queste certezze è che un soggetto compaia innanzi al notaio; altra certezza è che proprio quel soggetto che è titolare del bene sia fatto comparire in atto. Proprio all scopo di raccordare la parte sostanziale alla parte formale è stato scritto l'art. 54 reg. not.; il quale, si badi, è inteso a dare consistenza all'art. 51 n. 3 sulla procura da allegare all'atto.”

La legge dice solo che la procura deve rimanere annessa all'atto, ma non specifica che il notaio debba controllarne la veridicità!

<<L'art. 54 reg. not. attiene ad una estensione della funzione notarile intesa al soggetto, in ordine al rapporto posto in essere. Non si occupa, pertanto, della sostanza dell'atto.(...) L'art. 28, n. 1, detta quella che può essere qualificata come “porta d'ingresso” nell'attività di rogito, nel senso essa norma pone le condizioni di base perchè il notaio possa iniziare a svolgere la propria funzione, (...)mentre l'art. 54 reg. not., come tutte le altre norme della legge notarile in punto di

forma, presuppongono la soglia d'ingresso predetta già varcata>>⁷¹.

A fronte di quanto è stato esposto fino ad ora possono essere ritenute sufficientemente consolidate le seguenti affermazioni, seppur molto semplificate.

- L'art.28 L.N. attiene sicuramente a tutti gli atti viziati da illiceità ex art. 1343 cod. civ.

- È dubbio se l'art.28 L.N. si applichi anche agli atti affetti da nullità diversa dall'illiceità. Il problema viene risolto per lo più affermativamente soprattutto dall'ultima giurisprudenza della Cassazione⁷², anche se una parte della dottrina è di opinione contraria⁷³.

- Non rientrano nell'art. 28 n.1L.N. gli atti nulli per i vizi formali previsti dall'art. 58; gli atti inefficaci⁷⁴; finalmente anche gli atti annullabili; e conseguentemente le ipotesi di cui all'art. 54 reg. not.

- Il notaio che viola l'art. 54 reg. not. risponde civilmente per danni sulla base del contratto del contratto d'opera professionale.

⁷¹ Casu, RN, 1998, 561.

⁷² Così Cass. 11 novembre 1997, n. 11128; Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766.

⁷³ Cfr. Malaguti, 1990; Detti, 1964; Di Fabio, voce Notaio in ED, 1978; Ruotolo, 1997.

⁷⁴ GIULIANI, in RN, pag. 879; DETTI, 1964; MORELLO, 1964; giurisprudenza cfr. Cass. 25 ottobre 1972, n. 3256; Cass. 7 settembre 1977 n.3893.

1.7 Contrarietà al buon costume o all'ordine pubblico.

E' assai scarsa la casistica giurisprudenziale relativa alla seconda parte dell'articolo 28 n.1 L.N., a norma del quale il notaio non deve ricevere atti "manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico".

Al fine di chiarire tale locuzione è stato sostenuto che la contrarietà al "buon costume" può essere definita, per via esemplificativa, includendovi fattispecie quali il commercio di prestazioni sessuali, il commercio della propria libertà; della propria integrità fisica e morale, patti di corruzione, negoziazioni di cariche sociali e di candidature politiche.⁷⁵ "L'ordine pubblico", invece, costituirebbe il limite che non consente ai privati di violare pattiziamente quei principi fondamentali che caratterizzano l'organizzazione sociale di un certo periodo storico⁷⁶.

Nell'ottica ora indicata, alcuni Autori vogliono che la verifica di legalità sia eseguita attraverso lo strumento offerto dai principi costituzionali⁷⁷.

Ma se questa soluzione è auspicabile in relazione a qualunque problema esegetico, potrebbe essere rischioso applicarla all'articolo 28 n.1 L.N., in quanto può offrire

⁷⁵ Guarnieri, in *Digesto*, voce *Buon Costume*, 1988, Torino.

⁷⁶ Ferri, *Voce Ordine pubblico*, in ED, 1053.

⁷⁷ Donisi in RN, 1975, 1145.

definizioni imprecise ed incerte, anche in considerazione del fatto che si tratta di nozioni che di per sé sono elastiche e storicamente mutevoli.⁷⁸ E allora è necessario tener presente la presenza dell'avverbio "manifestamente", che sta ad indicare come, solo quando sia da escludere ogni ragionevole dubbio in merito alla sussistenza della inosservanza dei criteri forniti dalla norma, sia possibile dichiarare l'applicazione dell'articolo 28 n.1 L.N.

2. Il verbale notarile d'assemblea

Oggetto di questo paragrafo è il problema se il notaio nel redigere il verbale di un'assemblea di società di capitali, possa incorrere nella contravvenzione dell'articolo 28 n.1 L.N.

La questione viene risolta dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza del 4 maggio 1998 n. 4441⁷⁹, avente ad oggetto una delibera nulla per impossibilità dell'oggetto.

Per prima cosa è interessante dare conto della posizione del giudice di merito che si esprime nettamente in favore dell'applicabilità dell'articolo 28 n.1 L.N. Asserisce che se in base a questa norma è vietato al notaio ricevere atti invalidi, ne consegue che lo stesso a fronte della nullità del deliberato

⁷⁸ Carresi. *Il contratto* in Tratt. di d. civile di Mengoni (Cicu Messineo)

⁷⁹ La sentenza è pubblicata in RN, 1998, 717e in VN, 1998, 994.

assembleare, deve renderne le parti edotte, e, in caso di persistenza, rifiutarsi di verbalizzare⁸⁰.

Il giudice di legittimità, invece, sostiene una tesi maggiormente articolata, quasi un codice di comportamento per il professionista.

Il Supremo Collegio per prima cosa dichiara di volersi uniformare al mutamento di indirizzo operato, non molti mesi prima, da quelle pronunce della Corte stessa, che limitano l'ambito di operatività dell'articolo 28 n.1 L.N. agli atti nulli. Ma se tale limitazione ha escluso dall'ambito dell'articolo 28 n.1 L.N. gli atti annullabili, allora, sancisce la Cassazione, devono ritenersi escluse anche le delibere annullabili. Delibere che tanto timore avevano ingenerato negli interpreti, allo scopo di evitare che al notaio fosse attribuito l'obbligo, seguito da un eventuale rifiuto della prestazione notarile, di verificare la validità di deliberazioni di difficile accertamento, oltre all'intralcio causato allo svolgimento delle attività sociali.

Subito dopo la Corte respinge le tesi dottrinali secondo cui il notaio in sede verbalizzante non deve esercitare nessun controllo sulla validità delle delibere, argomentando anche con la considerazione che tra le delibere nulle rientrano, ex articolo 2379, anche quelle ad oggetto illecito.

A questo punto la Corte si addentra nel problema dell'estensione dell'art 28 n.1 L.N. , il quale trae origine dal confronto tra la norma della legge del 1913, che vieta al notaio di ricevere atti nulli, e l'art. 2375, dove e' disposto che le deliberazioni dell'assemblea straordinaria debbono constare da

⁸⁰ App. Napoli 28. 5. 97, n.235.

verbale redatto da un notaio, e che pertanto sembra imporre al notaio di far constare dal verbale la deliberazione presa dall'assemblea, indipendentemente dal suo contenuto.

Infatti le deliberazioni delle assemblee straordinarie sono sottoposte ad un sistema di pubblicità⁸¹ e la previsione che all'assemblea straordinaria debba essere presente il notaio può essere spiegata, con la garanzia che essa dà che i relativi adempimenti siano osservati. A conferma di ciò interviene la Relazione al re del Guardasigilli sul codice civile del 1942 (par.973), in cui si specifica che la ratio dell'intervento obbligatorio del notaio è quella di costituire un mezzo di prova privilegiato per le delibere più importanti, al fine di tutelare sia i soci sia i terzi, i quali devono essere garantiti sulla sicura e tempestiva pubblicità di tutti quei fatti che sono per loro rilevanti .

Ciò significa, dice la Corte, che la partecipazione del notaio non è richiesta per assicurare che tali deliberazioni siano valide, e d'altra parte il verbale assolve lo stesso scopo sia o no il notaio a redigerlo. Del resto, costituisce tratto strutturale e funzionale della fattispecie rappresentata dall'organo collegiale, che esso si riunisca e deliberi in presenza di altro soggetto deputato a documentarne i procedimenti di costituzione e di deliberazione: questa funzione è assolta dal segretario (art. 2371, comma 1, c.c.) e alternativamente dal notaio nelle assemblee ordinarie, lo è dal notaio nelle assemblee straordinarie. Il verbale quindi, come risulta dall'art. 2375, comma 1, c.c. e come inerisce alla

⁸¹ Vedi artt.2411, 2436 e 2450 bis e 2452 c.c.

funzione del notaio quale segretario dell'assemblea, serve a far constare delle deliberazioni prese dall'assemblea, quindi a documentarle.

La compresenza delle norme che si sono esaminate impone tuttavia di assegnare a ciascuna un ambito che ne assicuri la operatività.

La Corte considera che ciò può essere assicurato se si distingue tra materia destinata a costituire oggetto della deliberazione dell'assemblea, secondo quanto risulta dall'avviso di convocazione, e contenuto della delibera presa dall'assemblea nell'ambito di tale materia.

Il notaio richiesto di intervenire all'assemblea straordinaria della società per redigerne il verbale, per non violare l'art. 28 n.1 L.N., deve rifiutarsi di farlo, se dall'avviso di convocazione si desume che la materia su cui l'assemblea dovrebbe deliberare darebbe luogo ad un atto nullo.

Se, invece, tale vizio non risulta dall'avviso, il notaio legittimamente interviene all'assemblea, ma in tal caso egli ha il dovere di far constare quale deliberazione l'assemblea abbia preso, anche se di contenuto nullo, salvo ad avvertire di tale nullità prima che la delibera sia posta in votazione.

Questa sentenza potrebbe essere criticata obiettando che sarebbe inconcepibile consentire o meno la verbalizzazione in considerazione del fatto che sia già iniziata oppure no. Qualora ci si trovi in presenza di una violazione dell'articolo 28 n.1 L.N. il notaio non deve né iniziare né portare a compimento la sua prestazione.

Ma un'analisi più attenta conduce ad una interpretazione della pronuncia a cui non è possibile muovere suddetta critica. E' quanto sostiene Casu⁸², secondo il quale non risulta in modo chiaro, dalla sentenza, che il notaio violi l'art. 28 se, malgrado l'ordine del giorno dal contenuto nullo, egli accetti l'incarico. Egli ha facoltà di non accettare l'incarico, ma non è costretto! Non è infatti l'accettazione dell'incarico che fa incorrere il notaio nell'art. 28, bensì il dispiegamento della sua attività; ma se la Suprema Corte afferma che una volta iniziato, l'atto deve esser portato a compimento, occorre concludere che anche l'inizio dell'attività notarile non può essere sottoposto alle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla trasgressione dell'art. 28. Di conseguenza, per questo Autore, il notaio non sarebbe mai perseguito per violazione dell'articolo 28 n.1 L.N. quando sia incaricato di redigere un verbale, ma la sua responsabilità dovrebbe essere caricata sull'attività professionale.

Zanelli ⁸³, invece, si esprime a favore dell'applicazione dell'articolo 28 n.1 L.N. quantomeno entro certi limiti. Egli sottolinea come la Corte, tracciando un confine rappresentato dall'avviso di convocazione in assemblea, non fa altro che riprendere il concetto di inequivocabilità già enunciato in Cass. n. 11128/97, e confermare che esistono "due tipi di nullità intermedie" comprese tra la nullità testuale

⁸² Casu, *Verbale notarile d'assemblea e art 28 l. n.*, in RN, 1999, II, 867.

⁸³ Zanelli, *La nullità "inequivoca"* in Contratto e impresa, 1998, 1265.

(determinata da espressa previsione di legge) e la nullità virtuale (determinata dalla contrarietà a norme imperative, ex articolo 1418 c.c.); precisamente una nullità inequivoca, cioè emergente per tabulas, che comporta la violazione dell'art. 28 n.1 L.N. , e una nullità equivoca (nel caso di specie la nullità della delibera assembleare non rilevabile dall'avviso di convocazione) che non incide sulla nullità dell'atto notarile, ma solamente obbliga il notaio, sul piano professionale, ad avvertire i soci.

Quindi se il notaio riscontra la nullità nel momento in cui prende visione dell'avviso di convocazione essa sarà inequivoca; per contro la nullità che affiora durante l'assemblea sarebbe o degraderebbe, anche qui per i modi in cui si manifesta, a nullità equivoca e come tale non compresa nell'art.28 L.N. .

Questa ricostruzione, a mio parere molto lucida, è stata ritenuta da qualcuno in contrasto con lo stesso indirizzo della Cassazione⁸⁴, che non attribuisce grande importanza all'avverbio “espressamente”, perché punta tutte le sue argomentazioni sugli atti che « la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga di non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità della parte⁸⁵.

Un'altra voce a commento della pronuncia in oggetto è quella di Andrini⁸⁶, la quale, a difesa dei colleghi accusati

⁸⁴ Vedi Cass. 11128/97.

⁸⁵ Casu, in RN, 1999, II, 867.

⁸⁶ Andrini, in VN, 1998, 701.

della violazione dell'art. 28 n.1 L.N., sostiene che l'attività di verbalizzazione è un'attività di certificazione storica delle delibere votate, anche se invalide; non si esplica in sede verbalizzante la funzione di adeguamento. Il notaio, quindi, non deve rifiutarsi di redigere il verbale per non violare l'art 27 l.n., ma può solo avvisare i soci del vizio che concerne l'atto. L'articolo 2375 prescrive che le deliberazioni dell'assemblea "devono" constare da verbale, e pertanto se ne deduce che tutte, anche quelle nulle, devono essere documentate come decisioni "storiche" dell'assemblea, anche se non produttive di effetti.

2.1 La natura del verbale

Le conclusioni a cui è giunta la Corte ci danno la possibilità di dare per assodato che il controllo del notaio nella redazione del verbale non debba estendersi ai vizi di annullabilità. Si tratta a questo punto di stabilire se per gli altri vizi, ossia quelli di nullità e di inesistenza, la dottrina ritiene il notaio responsabile ex articolo 28 n.1 L.N.

La sentenza n. 4441/98 non ha preso in considerazione un tema, che è stato oggetto di ampio dibattito. Si è discusso se il verbale notarile debba essere considerato un vero e proprio atto pubblico. Elemento, questo, importante da determinare in quanto dalla risposta affermativa discende un forte argomento a favore dell'assoggettamento dei verbali all'articolo 28.

Secondo Graziani il verbale di assemblea non ha natura di atto pubblico, bensì è uno di quegli atti di altra natura rogati dal notaio nell'esplicazione di mansioni accessorie a lui demandate dalla legge⁸⁷. Egli parte dal presupposto che caratteristica dell'atto pubblico sia soltanto quella di dichiarare circostanze di fatto avvenute innanzi al pubblico ufficiale, mentre di fronte ad un verbale il notaio riassume, e quindi necessariamente rielabora, le dichiarazioni degli intervenuti⁸⁸.

Sulla stessa linea si trova la singolare tesi di Lanza⁸⁹, secondo la quale il verbale di assemblea può essere redatto dal notaio direttamente sul libro dei verbali assemblee, non essendo un atto pubblico.

Queste tesi da cui deriva l'inapplicabilità dell'articolo 28 n.1 L.N. sono rimaste isolate. Infatti appena si studiano gli atti notarili negoziali, si ben comprende come le osservazioni di Graziani possano essere seriamente contestate osservando che il compito del notaio non è solo quello di riportare accadimenti, ma anche quello di rielaborare dal punto di vista giuridico la volontà che le parti esprimono in modo impreciso⁹⁰. La funzione pubblica del notaio consiste anche nel "creare diritto" esplicitando le intenzioni delle parti⁹¹, cosa che

⁸⁷ Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 338.

⁸⁸ Graziani, FI, IV, 1948, 65.

⁸⁹ Lanza, RS, 1958, 59.

⁹⁰ Casu, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano, 1996.

⁹¹ Nigro, RN, 1979, 453.

avviene allo stesso modo sia in sede di verbalizzazione quando il notaio sintetizza le manifestazioni di volontà dei singoli soci che lo richiedono, sia in sede di redazione di un qualunque atto pubblico negoziale.

Sulla natura di atto pubblico del verbale c'è oramai uniformità di pensiero⁹². Molti Autori lo hanno provato soprattutto ricorrendo all'articolo 2421 n. 3 c.c., il quale stabilisce chiaramente che nel libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee “devono essere trascritti anche i verbali redatti per atto pubblico”.

Ma questo non ha portato la dottrina a ritenere l'articolo 28 n.1 L.N. senz'altro operativo per i verbali, ma anzi i più

⁹² Sostengono la natura di atto pubblico del verbale di assemblea redatto da notaio: Ascarelli, *sulle verbalizzazioni delle deliberazioni assembleari nelle società di capitali*, in RS, 1956, p. 1212; Giuliani, *Le verbalizzazioni assembleari: funzioni e norme notarili*, RN, 1949, p. 490; id., *Ancora sui verbali di assemblea delle società di capitali*, in RN, 1957, p. 388; Ferrara, *Il verbale di assemblea di società per azioni*, in RS, 1957, p. 555.; Miserocchi, *la verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, p. 182; Laurini, *il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle delibere assembleari*, in *la verbalizzazione delle delibere assembleari, giornata di studio dell'8 maggio 1982*, a cura del comitato regionale notarile lombardo, Milano, 1982, p. 51; Serpi, *il ruolo del notaio nelle verbalizzazioni delle assemblee*, in giur. Comm., 1982, I, p. 778; Paciello, *il verbale di assemblea redatto da notaio*, in RN, 1983, pagina 1274; Tondo, *Verbalizzazioni notarili in materia di assemblee societarie*, in RN, 1987, P. 456 ss.; Rescio, *Verbale di assemblea di società di capitali per atto pubblico*, in *Tecniche di documentazione giuridica*, vol. II Documentazione e vita dell'impresa, Milano, 1990, p.58; Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, p. 513, nota 4.

Nello stesso senso, ma riguardo al verbale di assemblea ordinaria vedi Rescio, *Verbale di assemblea di società di capitali per atto pubblico*, in ITDG, II, Milano, 1990, p. 65.

hanno sostenuto l'opinione contraria⁹³. A suo sostegno è stata posta, tra le altre, una tesi, la quale però per alcuni versi appare forzata in quanto essa era stata elaborata principalmente ad uno scopo diverso: superare il problema che una volta qualificato il verbale come atto pubblico negoziale ne conseguisse l'assoggettabilità dello stesso alle norme formali ex artt. 47 e ss. l.n. concernenti ad es. la identificazione delle parti⁹⁴. Questa tesi afferma che il verbale notarile debba rientrare nella classe degli atti notarili "atipici" o "impropri", ossia quegli atti che, essendo privi di contenuto negoziale, mere constatazioni, sono diversi da quelli a cui si riferisce la legge notarile. Tali atti rientrano tra le funzioni "secondarie" del notaio in quanto si esauriscono in un documento che registra i fatti nella loro materialità, e in quanto tali viene ritenuta ad essi inapplicabile sia la tipica funzione notarile di interpretazione e adeguamento e sia la rigida disciplina dettata

⁹³ Cfr. ad es. Laurini, 1982, cit.; Rescio 1990, cit.; Serra, *L'assemblea*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo-Portale, vol. 3 Torino, 1994.

⁹⁴ Qualificare il verbale come atto notarile atipico ha portato dottrina e giurisprudenza a risolvere i problemi di ordine formale nel seguente modo:

- non esiste nell'assemblea un soggetto qualificabile come parte, da identificare come tale nel verbale come dispone la legge notarile;

- pertanto del verbale non va data lettura ad alcun soggetto, neppure al presidente dell'assemblea, anche se, a titolo cautelativo, detta lettura al presidente venga consigliata ;

- non è necessario far comparire in atto i testimoni, ne menzionarne la rinuncia ;

- nessuno, al di fuori del notaio, è tenuto a sottoscrivere il verbale, perché se nessuno è parte, non vi è motivo di far richiamo, ai fini della sottoscrizione finale, ad una parte che non esiste, anche se pure in questo caso si consiglia, ma solo a fini cautelativi e allo scopo di disporre di un riscontro di maggiore plausibilità, di far apparire la firma del presidente dell'assemblea .

per la forma e il contenuto degli atti notarili “tipici” o “propri”.⁹⁵

Questa visione dimentica che oltre alle operazioni non negoziali, ossia lo svolgimento della riunione assembleare, il verbale documenta anche le eventuali delibere assunte dall'assemblea, di cui è pacifica la natura negoziale. Sono, infatti, negozi unilaterali plurisoggettivi, anche denominati atti collegiali.

Partendo da questa considerazione, Marchetti ha specificato che verbalizzazione ha una « doppia anima » o funzione⁹⁶: la funzione di forma solenne dell'atto collegiale costituito dalla delibera, e la funzione di documentazione dell'avvenimento costituito dallo svolgimento della riunione. Tuttavia l'Autore, pur riconoscendo l'aspetto negoziale, lo considera come uno dei “fatti” avvenuti alla presenza del notaio e del quale egli deve, ex articolo 2700, dar conto nel verbale. Si deve, allora, secondo questa visione, distinguere due serie di ipotesi: quella di inesistenza della delibera in cui il vizio attiene alla costituzione dell'assemblea, e quella relative alla nullità del contenuto della delibera.

⁹⁵ Ferrara, *Il verbale di assemblea di società per azioni*, in RS, 1957, p. 51. Contra Giuliani, *Ancora sui verbali delle deliberazioni di assemblea ricevuti da notaio*, in RN, 1972, 365, secondo il quale il verbale ha natura di atto pubblico tout court, non essendovi un atto pubblico notarile tipico a fronte del quale si pongano altre forme, in virtù delle quali i vari atti differiscono tra loro, né potrebbe rinvenirsi dal contenuto negoziale o meno degli stessi, essendo del tutto ininfluyente il contenuto nella qualificazione dell'atto pubblico.

⁹⁶ Marchetti, in QVN, 1984, 59.

Riguardo alla prima serie di ipotesi, si deve osservare come la competenza del notaio non sia generale ma delineata dall'art.1 l.n. Conseguentemente ogni attività svolta dal notaio deve rientrare nell'art.1. I verbali non sono richiamati in modo esplicito dalla norma, ma si deve ritenere che rientrino tra quelle "altre attribuzioni", nominate nell'ultimo comma, che sono devolute al notaio da altre leggi dello Stato. Anche per tali attribuzioni, dunque, vale la regola della tassatività dei tipi di atti ricevibili dal notaio. Ora, in campo societario, la legge non ha individuato altro atto notarile oltre al verbale di assemblea, e quindi non è ammissibile una prestazione notarile a diverso titolo. Da ciò deriva che il notaio può redigere il verbale, solo se l'assemblea avviene validamente, solo se il procedimento di formazione della delibera possiede quegli elementi indispensabili per renderla riconducibile a quella determinata società. In altre parole il notaio deve assicurarsi che non si trovi in presenza di una delibera "inesistente" (ad es. assemblea non totalitaria e non convocata legittimamente)⁹⁷. Ricevendo un atto diverso da quelli che la legge gli

⁹⁷ V. Cass., 20 aprile 1961, n. 883; Cass., 25 gennaio 1965, n.136; Cass., 3 febbraio 1965, n. 175; Cass., 13 marzo 1975, n. 938; Cass., 10 luglio 1975, n. 2179; Cass., 11 marzo 1977, n. 989 e Cass. 2 agosto 1977, n. 3422, Cass. 14 gennaio 1966, n.45, tutte richiamate in *Le Società*, 1987, p. 721; Cass. 14 gennaio 1993, n.403, in *Le Società*, 1993, 484, con nota di Ambrosini, nelle quali si individuano come ipotesi di "inesistenza" della delibera i casi di mancanza o nullità della convocazione non seguita da assemblea totalitaria, di mancata votazione dei soci e mancata verbalizzazione delle operazioni assembleari tale da rendere impossibile la individuazione di una deliberazione dei soci partecipanti all'assemblea. Marchetti, in *QVN*, 1984, afferma che le uniche due ipotesi di inesistenza sono:

- le assemblee non totalitarie non precedute da alcun avviso di convocazione

- la secessione di gruppi di soci durante un'assemblea, gruppi che pretenderebbero di esprimere da soli la volontà sociale.

consente, ossia un atto avente ad oggetto un fatto diverso dall'assemblea, il notaio contravviene all'articolo 28 n.1 L.N. perché vi sarebbe contrasto con l'ordine pubblico⁹⁸ o comunque perché mancherebbe il presupposto normativo per riconoscere al notaio competenza in materia.⁹⁹

Questa è la barriera posta per il notaio. Egli non è tenuto a controllare la validità del contenuto della delibera. Infatti anche se la delibera è illecita, la sua verbalizzazione resta sempre un atto lecito e dovuto ai fini della documentazione e della informazione societaria. In caso contrario si farebbe prevalere l'«atto delibera» sull'«atto verbale», mentre in tema di verbali deve prevalere l'esigenza di documentazione rispetto a quella del controllo di legalità del contenuto, che invece deve esplicarsi in campo negoziale.¹⁰⁰

Appare incontestabile l'opinione che sostiene la irricevibilità da parte del notaio delle delibere inesistenti, ma non è altrettanto pacifico collegare a questo caso la violazione dell'art 28 n. 1 l. n. . Tale norma, infatti, per alcuni, può venire in considerazione solo sul presupposto che il notaio

⁹⁸ Marchetti, in QVN, 1984.

⁹⁹ Laurini, in RN, 1988, 629. Contra Rescio, in GCo, 1990, 850, secondo cui il notaio deve redigere il verbale anche quando l'assemblea risulti irregolarmente convocata, essendo sufficiente che il presidente richieda la verbalizzazione.

¹⁰⁰ Marchetti, 1984; Laurini, RN, 1988, 433.

abbia competenza a ricevere l'atto, altrimenti il problema va ricondotto alle norme che prevedono la competenza notarile.¹⁰¹

Per quanto riguarda invece, gli argomenti che portano all'inapplicabilità dell'articolo 28 n.1 L.N. alle delibere nulle, si potrebbero ritenere in parte superate dalla legge 340/00, in quanto si fondano sull'esistenza di un perfetto equilibrio di poteri, non più esistente, in base al quale il notaio documentava e l'Autorità giudiziaria valutava la rispondenza all'ordinamento. Mi chiedo, però, alla luce della legge 340/00, di quale utilità sia la documentazione di una delibera che poi il notaio non deve, pena la trasgressione dell'articolo 28 n.1 L.N., iscrivere nel registro delle imprese.

Ha invece sostenuto che i verbali siano assoggettati all'articolo 28 n.1 L.N. Boero¹⁰². Egli si scaglia contro chi riduce la funzione del notaio a quella di un mero trascrittore del deliberato assembleare. Il notaio deve pur sempre svolgere quella funzione di adeguamento che è tipica della sua attività. Deve, anche in sede verbalizzante, tradurre la volontà delle parti, qui rappresentate dall'assemblea, adeguandola ai parametri giuridici, così come deve rifiutare il suo ministero in caso di deliberazione contraria all'ordinamento.¹⁰³ In caso

¹⁰¹ Casu, *Verbalizzazione di giochi a premio redatta da notaio*, in Studi e materiali, Milano, 1998, pagina 539.

¹⁰² Boero, in VN, 1995, 1576; id. *La legge notarile commentata*, UTET, Torino, vol. I, pagina 68

¹⁰³ Nello stesso senso Morello- Ferrari – Sorgato, *L'atto notarile*, Milano, 1977, pagina 320.

contrario non si comprenderebbe la necessità dell'intervento di una figura di così specifica preparazione e competenza, che altrimenti potrebbe essere sostituita da un qualunque altro pubblico ufficiale. In altre parole se il legislatore attribuisce un compito al notaio significa che abbia voluto attingere alla pienezza della sua attività di professionista qualificato.

Le considerazioni dell'Autore sono senz'altro condivisibili, ma non approfondiscono a sufficienza il problema. A noi interessa comprendere per quale motivo l'articolo 28 n. 1 l. n. si dovrebbe applicare solo agli atti negoziali "propri". Non si riscontra nessun appiglio normativo a favore di tale tesi. L'art 28 infatti parla in generale di "atti" senza fornire ulteriori specificazioni. Ma anche volendo ammettere che la norma in oggetto riguardi solo gli atti negoziali, gli Autori prima citati non spiegano perchè le delibere, anch'esse manifestazioni di volontà, dovrebbero essere considerate solo un fatto da documentare e quindi disciplinate diversamente.

Se si parte dall'assunto che anche gli atti impropri sono negoziali (o meglio documentano anche una dichiarazione negoziale) e che pertanto vi è parallelismo tra la natura dell'attività del notaio ai sensi dell'art. 2328 in sede di atto costitutivo ed ai sensi dell'art. 2375, 2° comma, in sede di verbalizzazione di una delibera assembleare di modifica dell'atto costitutivo, se ne deve dedurre che vi deve essere pure parallelismo di funzioni e che pertanto al notaio spetti, anche in sede di deliberazioni modificative dell'atto costitutivo la funzione di controllo di cui all'art.28 legge not. Questo per

rispettare il principio di congruenza delle forme, del quale, in relazione al confronto tra delibera assembleare e atto costitutivo di società, già parlava De Gregorio¹⁰⁴, sotto il vecchio codice, quando l'atto notarile non era ancora prescritto come forma obbligatoria per il verbale di assemblea straordinaria¹⁰⁵.

Si possono, infine, rintracciare altri due rilievi che conducono all'applicabilità dell'articolo 28.

Il primo considera la posizione in cui esso si trova. E' collocato nel Titolo II, Capo II, della legge notarile, rubricato «Dell'esercizio delle funzioni notarili». Dunque, se questa norma riguarda le «funzioni notarili» *tout court*, ossia tutte le funzioni, senza perciò distinguere tra funzioni principali e funzioni secondarie, allora la stessa sarà applicabile a tutti gli atti d'esercizio di tali funzioni e quindi anche agli atti notarili impropri. Su questa strada si è anche specificato che operativa sarà non solo la prima parte della norma, ma anche la seconda ove si parla di contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume.¹⁰⁶

Il secondo rilievo esamina la *ratio* della norma. Lo Stato delega al notaio una funzione certificativa al fine di dare certezza pubblica alla contrattazione privata, e non si può

¹⁰⁴ De Gregorio, *Società e associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, a cura di Bolaffio, Rocco, Vivante, Torino, 1938, p. 454.

¹⁰⁵ Tale congruenza era uno degli argomenti su cui si basavano coloro che ritenevano opportuno introdurre detta forma.

¹⁰⁶ Donisi, in QVN, 1984, 95.

ammettere che questa funzione sia utilizzata non a vantaggio, ma contro l'ordinamento giuridico, cioè per assecondare fini privatistici che si pongono in conflitto con l'ordinamento stesso e che possono trovare dimora in un contratto così come in una delibera assembleare attestata in un verbale.

3. La responsabilità civile

In tema di responsabilità civile del notaio si è lungamente dibattuto in merito alla natura di tale responsabilità e alla possibilità che essa insorga, non solo nei confronti delle parti del rogito, ma anche verso i terzi, non destinatari diretti dell'atto¹⁰⁷.

3.1 Responsabilità contrattuale nei confronti del cliente ed assenza di responsabilità extracontrattuale verso il terzo

¹⁰⁷ Per un orientamento generale in tema di responsabilità civile del notaio v. soprattutto Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano, 1981, 233 ss.; Protetti -Di Zenzo, *La legge notarile*, Milano, 1981, 8 ss.; Di Fabio, *Notaio (diritto vigente)*, voce in Enc. Del dir., XXVIII, Milano, 1978, 614; A. Baldassari e S. Baldassari, *La responsabilità civile del notaio*, Milano, 1993; Cavalaglio, *La responsabilità civile del notaio*, VN, 1997, 497; Artioli Bonati, *Responsabilità civile del notaio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, I,42; Triola, *La responsabilità del notaio*, Milano, 1999.

Alcuni autori¹⁰⁸, considerando il rapporto con il cliente come l'aspetto principale dell'attività notarile, affermano il carattere meramente ed esclusivamente contrattuale della responsabilità del notaio, la quale si esaurisce, secondo tale visione, nell'ambito dei rapporti con le parti richiedenti il ministero notarile. Nei confronti dei terzi non è configurabile, invece, alcun tipo di responsabilità. Solo con le parti, infatti, argomentano i sostenitori, il notaio instaura un rapporto contrattuale. In base a tale rapporto il professionista deve redigere un atto per far sorgere un altro rapporto giuridico nel quale lo stesso cliente assume la posizione di soggetto. Questi due rapporti sono strettamente collegati tra loro, l'uno è finalizzato all'altro. Pertanto possono essere parti del rapporto notaio-cliente, solo il notaio e i soggetti del rogito. Ne consegue che il notaio, nell'esercizio della sua funzione, deve risarcire solo il danno di colui con il quale ha un rapporto giuridico, ossia il cliente, mentre non risponde mai verso il terzo estraneo al rogito. Infatti, l'eventuale interesse del terzo all'esatto adempimento del notaio, non è un interesse giuridicamente tutelato, poiché pur in presenza di un nesso di causalità, mancherebbe l'ingiustizia del danno¹⁰⁹.

Siffatta soluzione viene considerata superata in quanto si basa su una vecchia concezione della responsabilità

¹⁰⁸ Azzolina, *La scelta dei testimoni e la responsabilità del notaio verso i terzi per la nullità dell'atto*, in Riv. dir. priv., 1944, II, 18; Bonasi-Benucci, *Sulla responsabilità civile del notaio*, in *Resp. civ. prev.*, 1956, pp. 481 ss.; DE CUPIS, *Responsabilità civile del notaio*, in RN, 1957, 6; De Cupis, *Sulla responsabilità del notaio per la nullità dell'atto da lui rogato*, in FI, 1955, IV, c. 7 ss. dello stesso autore v. anche *La responsabilità civile del notaio*, in RN, 1957, pp. 6 ss.

¹⁰⁹ Cfr. Angeloni, 1990, cit., p. 80.

extracontrattuale, secondo la quale esiste un danno ex art.2043 c.c solo in presenza della lesione di un diritto soggettivo assoluto. La moderna nozione di “danno ingiusto”¹¹⁰, invece, comprende anche il pregiudizio ad un interesse meritevole di protezione, anche se non assurga al rango di diritto soggettivo assoluto, e consente di risarcire, ex art.2043, anche gli interessi dei terzi lesi da un atto notarile a cui essi non hanno partecipato.

Inoltre, rifiutando a questi ultimi il risarcimento ex art. 2043 c.c., si verificherebbe una disparità di trattamento, peraltro contraria al principio espresso dall’art.3 Cost., tra i partecipi all’atto e i terzi danneggiati dall’inosservanza delle norme imposte al notaio. La teoria in esame (c.d. esclusivamente contrattuale), ammette la possibilità che sorga in capo al notaio una responsabilità contrattuale verso il cliente, ma non ammette che il terzo possa ottenere alcun risarcimento né, come è ovvio, in forza di un titolo contrattuale a cui è estraneo, ma nemmeno in base al principio del *neminem ledere* espresso dall’art.2043, a causa della mancanza della lesione di un diritto soggettivo, che è stata considerata per lungo tempo essenziale al concetto di danno ingiusto. In questo modo, peraltro, si trascura che la pubblica fede, impressa agli atti dal notaio, acquista importanza non solo per le parti, ma

¹¹⁰Per tutti si veda Jannarelli, *Il danno ingiusto*, in *Istituzioni di diritto privato* a cura di Bessone, Torino, 2001; Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, pp. 1 ss.; Visintini, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, 1987, pp. 73 ss.; Briganti, *Tradizione e novità nella responsabilità civile*, in Lucarelli, *Diritti civili ed istituti privatistici*, Padova, 1984, pp. 307 ss.

anche per i terzi, i quali debbono poter fare affidamento sulla validità dell'atto notarile.

3.2 Responsabilità extracontrattuale nei confronti del cliente e del terzo

Altri Autori¹¹¹ ammettono, in linea con l'orientamento giurisprudenziale consolidato¹¹², una responsabilità notarile di natura extracontrattuale nei confronti dei terzi, ma la loro posizione viene da più parti contestata quando estende il carattere extracontrattuale anche alla responsabilità notarile verso le parti.¹¹³

La tesi c.d. "esclusivamente extracontrattuale" assume come argomento di base la natura pubblicistica della funzione notarile, riscontrano un obbligo ex lege, e non un rapporto obbligatorio, tra il notaio e i soggetti che a lui domandano il rogito. In altre parole tra notaio e cliente non sussiste un rapporto contrattuale, in quanto il notaio è obbligato a prestare il suo ministero per legge. L'obbligo del notaio di osservare le

¹¹¹ Scarpello, *Su di un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio di funzioni notarili*, in FP, 1955, I, 83 ss.; Martra, *Notariato ed archivi notarili*, voce in NDI, XI, Torino, 1965, 356; DONÀ, *Notariato ed archivi notarili*, voce in NDI, VIII, Torino, 1939, 1055.

¹¹² Vedi paragrafo successivo.

¹¹³ Anche la giurisprudenza, prima di assestarsi definitivamente sulla tesi della doppia natura di cui al paragrafo successivo, si era espressa a favore della natura extracontrattuale della responsabilità del notaio nei confronti delle parti. Vedi Cass. 11 maggio 1957, n. 1659, in FI, 1958, I, 595 e App. Milano, 6 dicembre 1966 in ARC, 1967, 1039.

forme prescritte per la ricezione degli atti esiste fin dal momento della assunzione dell'ufficio notarile, e non deriva, di volta in volta, dalla richiesta delle parti, le quali si limitano a porre in essere un mero presupposto per l'esercizio della pubblica funzione. Suddetto obbligo, inoltre, essendo sancito nell'interesse del pubblico in generale, mira a proteggere anche gli estranei all'atto che si trovano nella necessità di dover fare affidamento sull'atto stesso, e pertanto la sua violazione può essere fonte di responsabilità aquiliana tanto verso le parti quanto nei confronti dei terzi¹¹⁴.

Come già detto la teoria appena esposta viene criticata nella parte in cui assegna, alla responsabilità notarile verso le parti, una natura extracontrattuale. Si osserva a riguardo che nulla osta a che l'esercizio di una pubblica funzione si realizzi attraverso un contratto. Infatti, anche se il rapporto notaio-cliente è regolato contrattualmente, ciò non comporta una tutela meno efficace dei richiedenti l'atto, per due ragioni. Da una parte la responsabilità contrattuale non offre garanzie minori, basti considerare il termine di prescrizione decennale della relativa azione di responsabilità, rispetto a quella extracontrattuale; dall'altra parte rimane in vigore l'obbligo di osservare le formalità inderogabili prescritte dalla legge per la ricezione degli atti¹¹⁵, poichè tali formalità, essendo norme di integrazione cogente, si inseriscono comunque nel regolamento contrattuale ex art. 1374 c.c.

¹¹⁴ Scarpello, op. cit., 88.

¹¹⁵ Formalità di cui parla Scarpello op. cit.

L'art. 27 L.N., inoltre, per cui il notaio deve “prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto”, comporta per lui solo un dovere di contrarre, analogamente a ciò che accade nei casi di monopolio ex art. 2597 e di pubblici servizi di linea ex art. 1679 c.c., per i quali il codice stesso ha prescritto l'utilizzo dell'istituto del contratto. A maggior conferma di quanto detto finora si nota come l'attività notarile sia una delle professioni intellettuali protette¹¹⁶ e in quanto tale debba essere regolata proprio dalle norme sul contratto d'opera intellettuale ai sensi degli artt. 2229 ss. c.c.

3.3 La doppia natura della responsabilità

Altri autori ancora e la giurisprudenza oramai già da tempo pressochè unanime, hanno individuato una tesi intermedia¹¹⁷. La natura della responsabilità del notaio è

¹¹⁶ Così Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, pagina 17, il quale osserva che l'attività notarile si svolge prevalentemente attraverso l'impiego di intelligenza e di cultura.

¹¹⁷ Accolgono tale tesi Alpa, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in RN, 1984, 992; Cattaneo, *La responsabilità civile del notaio; La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pp. 129 ss.; D'Orazi Flavoni, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, cit., pp. 375 ss.; La responsabilità e le responsabilità del notaio, cit., pp. 383 ss.; Gallo Orsi-Girino, op. cit., p. 359; Protetti-Di Zenzo, *La legge notarile*, Milano, 1987, pp. 11 ss.; Zagarà, *La responsabilità professionale del notaio*, in RN, 1957, p. 561; Lepri, *Responsabilità civile del notaio*, in NGCC, 1985, II, 176; Stanizzi, *La responsabilità civile del notaio*, in Rass. dir. civ., 1980, 1135; Angeloni, *La responsabilità civile del notaio*, in I Grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, Padova, 1990.

Cass. civ., 16 febbraio 1957, n. 533, in FI., 1957, 1,774; Cass., 25 ottobre 1972, n. 3255; Cass. civ., 27 aprile 1979, n. 2450, in GC, 1979,

contrattuale verso le parti ed extracontrattuale verso i terzi. Dunque, nei riguardi del cliente il notaio si trova ad agire sulla base di un contratto di prestazione d'opera professionale¹¹⁸, il cui oggetto è l'esercizio di pubbliche funzioni; mentre nei confronti dei terzi, il notaio, in difetto di qualunque rapporto contrattuale, si presenta come soggetto che, se pone in essere un fatto illecito, contravviene al generico dovere del *neminem laedere*.¹¹⁹

E' bene precisare che, secondo questa ricostruzione, la responsabilità del notaio, nei confronti del cliente, non può assumere la doppia configurazione di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale insieme, seppure nel caso singolo possano concorrere una pluralità di presupposti di diverso contenuto. Alcune pronunce della Suprema Corte di Cassazione precisano che la responsabilità del notaio verso le parti permane di natura contrattuale sia quando deriva dalla

453; Cass., 23 giugno 1979, n. 3220 in VN, 1979, 1067; Cass., 24 ottobre 1988, n. 5756; App. Napoli, 12 marzo 1970, in FI, 1971, 222.

Posizione particolare è quella di D'orazi Flavoni, La responsabilità civile nell'esercizio del notariato, in RN, 1958, 375, il quale distingue fra funzione notarile di certificazione e di adeguamento, diversamente atteggiando la responsabilità: essa avrebbe natura contrattuale in caso di inadempimento della funzione di adeguamento facoltativo e natura extracontrattuale qualora derivasse da inadempienza della funzione di adeguamento obbligatorio o della funzione di certificazione.

¹¹⁸ Secondo alcune decisioni (Cass. n. 3100/1959; Cass. n. 2396/1997) tra cliente e notaio, sussisterebbe non un contratto d'opera professionale, ma un mandato. In senso contrario si è osservato che nell'attività notarile il pubblico ufficiale non compie alcun atto giuridico per conto dei clienti; l'atto è, viceversa, compiuto dai soggetti dal negozio.

¹¹⁹ Cattaneo, 1958, 123, cit..

condotta negligente o mancante di perizia tenuta in violazione delle norme codicistiche relative alla prestazione d'opera intellettuale, sia se la violazione ha ad oggetto obblighi imposti dall'ordinamento del notariato, considerato il rapporto di sussidiarietà e subordinazione tra le suddette regole, peraltro sancito dall'art.2230, comma 2 c.c.¹²⁰.

La responsabilità contrattuale, infatti, si ha non solo nel caso in cui si violi un contratto, ma in tutti i casi nei quali si violi un qualsiasi obbligo particolare che si ha verso una persona, sia che tale obbligo abbia la sua fonte in un contratto sia che l'abbia in un'altra fonte, come ad esempio l'esercizio della funzione notarile¹²¹.

La responsabilità contrattuale (ex art.1218 c.c.), insorge non solo nei confronti delle parti-clienti, ma anche verso il beneficiario dell'atto, il quale può essere, ad esempio, l'erede oppure il terzo, rispettivamente in caso di testamento e di contratto a favore di terzo. Il beneficiario, infatti, è il diretto destinatario delle disposizioni e come tale deve essere tutelato, nei confronti del notaio, da un vero e proprio vincolo di natura obbligatoria, anche se non si trova né nella posizione di soggetto dell'atto notarile, né di cliente del notaio.

¹²⁰Cass. civ., 25 maggio 1981, n. 3433, in Riv. not., 1981, II, 693; Cass. civ., 29 agosto 1995, n. 9060, in Giur. it., 1996, t, 1, 176; Cass. n.3255/1972.

¹²¹ Cass. 16-2-1957 n. 553, in FI, 1957, I ,774.

Le regole che il notaio, in quanto investito di un pubblico ufficio, deve rispettare, gli sono imposte non solo a tutela delle parti, ma anche nell'interesse della certezza delle relazioni giuridiche. L'inosservanza di dette regole può oltrepassare la sfera giuridica dei partecipi dell'atto notarile ed andare a ledere i terzi, i quali debbono poter fare affidamento sulla validità del rogito al fine di porre in essere ulteriori vincoli giuridici che lo presuppongono. Per questo motivo è configurabile una responsabilità extracontrattuale (ex art. 2043, c.c.) del notaio nei confronti dei terzi non destinatari diretti dell'atto da lui rogato¹²².

Ciò non comporta, tuttavia, che il notaio possa rimanere obbligato verso tutti i soggetti che possono essere, anche indirettamente, interessati alla validità degli atti da lui rogati. Ma al contrario, nel rispetto delle regole comuni, risponderà solo verso coloro che abbiano patito un effettivo danno, semprechè tale danno si colleghi, nel rispetto del nesso di causalità¹²³, portamento colposo o doloso del notaio. La responsabilità extracontrattuale, "si estende illimitatamente nella serie delle consequenzialità degli effetti dannosi direttamente ed immediatamente determinati dal

¹²²Riconoscono la responsabilità extracontrattuale Cass., 31 luglio 1948, n. 1313, id., Rep. 1948, voce cit., n. 23; 16 febbraio 1957, n. 553, id., 1957, I, 774; 24 maggio 1960 n. 1327; 25 ottobre 1972, n. 3255, id., Rep. 1972, voce cit., no 47. Trib di Roma 18 febbraio 1982, FI,1983,I,1114; Trib. Roma, 28 luglio 1951 in FI, 1952, I, 1143; App. Roma, 4 febbraio 1957, in FP, 1957, I, 1386.

¹²³ Molto efficaci, per comprendere il problema del nesso di causalità in tema di responsabilità civile del notaio, i casi esposti nelle seguenti sentenze: Cass. 18 marzo 1997 n.2396, in RN 1997,1218; Cass. 18 maggio 1993 n.5630, in NGCC 1994,I,88; Cass. 9 febbraio 1963 n.243 in FI 1963, I,1196.

comportamento del notaio, a meno che il comportamento doloso delle parti o dei notai incaricati delle strumentazioni degli atti successivi non spezzi il nesso causale tra l'originario inadempimento colposo ed il danno subito dal terzo".¹²⁴

Conferma la configurabilità della responsabilità extracontrattuale del notaio, un argomento che ne analizza il fondamento normativo costituito dal combinato disposto dell'art. 2043c.c. e dell'art.76 del R.D.L. n. 89 del 1913. Quest'ultima disposizione ha una formulazione molto sintetica. Si limita a sancire che il notaio è tenuto al risarcimento a "norma di legge", quindi non prevede espressamente la responsabilità extracontrattuale del notaio. Questo dato si spiega con ragioni storiche. La responsabilità extracontrattuale era pacificamente ammessa sotto la precedente normativa, tanto da non far nascere nel legislatore del 1913 l'esigenza di una specificazione in merito. L'art. 76 contiene solo un riferimento alla legge in generale, la quale contempla sia nel sistema abrogato che in quello vigente tanto la responsabilità contrattuale quanto la responsabilità extracontrattuale.

3.4 La prestazione notarile.

Esaurito il problema preliminare relativo alla natura della responsabilità civile del notaio, al fine di comprendere i

¹²⁴Cass. 16 febbraio 1957, n. 553, in FI, 1957, I, 774.

limiti di tale responsabilità è indispensabile individuare il contenuto della prestazione notarile.

Il notaio, come un qualunque altro professionista intellettuale (artt. 2229 ss. c.c.), è un «debitore di mezzi», e in quanto tale non è obbligato a conseguire l'obiettivo economico che il cliente-creditore si è imposto, ma è obbligato soltanto ad una condotta diretta ed idonea a conseguirlo.¹²⁵ Il professionista, dunque, deve predisporre i mezzi di cui dispone, impegnando la diligenza ordinaria media rapportata alla natura della prestazione.

Per decretare se il notaio sia venuto meno alla sua obbligazione si utilizza sempre la disciplina del diritto comune. Il creditore deve provare il fatto costitutivo del suo diritto, ossia l'inadempimento, il danno e il nesso di causalità tra questi due elementi. Il creditore, inoltre, trattandosi di un obbligazione di mezzi, è tenuto a dimostrare anche la mancata osservanza di quella diligenza qualificata consistente ne "l'esecuzione a regola d'arte", cioè nel rispetto di tutte le regole tecniche proprie dell'attuale sviluppo della scienza giuridica.¹²⁶

Il notaio-debitore, per essere esonerato dalla responsabilità, a sua volta, dovrà provare che l'inadempimento

¹²⁵Galgano, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 39.

¹²⁶Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 193; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del Cod. Civ.*, Bologna-Roma, 1988, pp. 430-434; Inzitari, *Obbligazioni, fonti e disciplina generale in manuale di diritto privato* diretto da Bessone p.498.

dipende dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Specifica meglio l'argomento dell'onere probatorio e del nesso di causalità in materia notarile la sentenza della Cassazione n. 5630 del 15.5.1993¹²⁷, la quale sottolinea come il cliente, per affermare che il notaio abbia causato il mancato acquisto o la perdita di un certo diritto, deve provare non solo che esso si sia reso inadempiente agli obblighi contrattuali, ma deve anche dimostrare che, se il notaio avesse adempiuto a questi obblighi, la parte avrebbe potuto acquistare o non perdere il diritto in contestazione.

Individuata, così, la prestazione notarile in generale, è utile ricostruire quali siano i singoli obblighi che al notaio derivano dall'espletamento della sua funzione.

In ordine logico, il primo obbligo consiste nell'indagare la volontà delle parti. Ossia il notaio è responsabile nei confronti delle parti se non pone in essere un atto conforme alla volontà, che i clienti, per lo più, esprimono in maniera empirica. Non è sufficiente che gli atti siano efficaci sotto l'aspetto tecnico, è anche necessario che l'atto, sotto l'aspetto sostanziale, consegua il fine perseguito dalle parti: il notaio, quale tecnico del diritto, ha il dovere di fornire consigli giuridici ai suoi clienti. Dovere che trova un limite solo nel caso in cui i clienti siano esperti di diritto.

¹²⁷ Pubblicata in NGCC 1994, I, 88.

Il secondo obbligo è quello che deriva dall'art.28 n.1L.N., che vieta il ricevimento di determinati atti.

Qualora il notaio ponga in essere un atto contravvenendo all'art.28 n.1L.N. e da questo derivi un pregiudizio alle parti-clienti, egli dovrà senz'altro risarcire i danni ed ogni eventuale patto di esonero da responsabilità sarebbe privo di effetto, per il fondamentale principio di cui all'art. 1229 comma 2° c.c.

Qualora, invece, le parti richiedano al notaio la stesura di un atto viziato, ma non proibito ex art. 28 n.1L.N.¹²⁸, il caso è diverso. Il notaio ha l'obbligo di comunicare alle parti che l'atto è inefficace o produce effetti diversi da quelli voluti. Una volta adempiuto a questo obbligo, se le parti insistono nella rogazione, il professionista che procedesse alla stipula non incorrerebbe in alcuna responsabilità. E' opportuno, in tale evenienza, che il notaio si tuteli ponendo per iscritto una clausola di esonero dalla responsabilità, anche se non potrà avere forza di atto pubblico ai sensi dell'art. 28 n. 3 L.N..

Si può verificare, poi, l'ipotesi di un atto che viene considerato vietato dall'autorità giudiziaria perchè contrario ad un orientamento giurisprudenziale o dottrinario.

Se l'orientamento è consolidato, l'atto redatto in sua difformità è in contrasto con la legge in termini inequivoci e dunque, in base alla sentenza della Cassazione n.

¹²⁸ Nella prima parte dello scritto si è analizzato come non tutti gli atti comunque viziati rientrino nella previsione dell'art. 28 n.1L.N., a meno che non si voglia seguire la più estensiva delle teorie, ormai superata. V. §1.1

11128/1997¹²⁹, rientra tra gli atti vietati ex art.28 n.1L.N., con le conseguenze esposte poco sopra.

Se, invece, l'orientamento non è consolidato, il notaio ha l'obbligo di avvertire le parti che l'atto richiesto è a suo giudizio privo di vizi, ma che nondimeno esiste una diversa interpretazione che ritiene l'atto invalido e che potrebbe essere adottata dai giudici in un eventuale processo avente ad oggetto l'atto stesso.

Il notaio non potrà mai portare a giustificazione dell'inadempimento di tale obbligo sussidiario di informazione la mancata conoscenza di tale orientamento, a meno che l'ignoranza non rientri in un caso di impossibilità obiettiva di conoscere. Infatti al notaio è imposta un'obbligazione accessoria (ex art. 1176 comma 2° c.c.) di studio e di aggiornamento delle decisioni giurisprudenziali al fine di prevedere le possibili vicende che possano inficiare gli atti da lui rogati.

Nell'ulteriore caso in cui l'atto venga dichiarato nullo ad opera di un tribunale che abbia basato la sua decisione su di un'interpretazione giurisprudenziale isolata o sopravvenuta alla redazione dell'atto, il notaio non può essere considerato responsabile, poichè si è in presenza di una interruzione del nesso causale tra la stipula dell'atto e la declaratoria di nullità.

¹²⁹ La sentenza n.11128/1997 individua la portata dell'art. 28 n.1L.N. e così si esprime in merito all'avverbio "espressamente" contenuto in detto articolo: <<...Ne consegue che l'avverbio "espressamente" (...) va inteso come "inequivocabilmente", per cui si riferisce a contrasti, dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 primo comma c.c., per effetto di un consolidato orientamento dottrinale.>> V. §1.4

Lo stesso principio deve essere applicato al caso in cui tra i clienti e il notaio venga concluso un patto con cui quest'ultimo si impegna a fornire un parere legale sulla validità di un negozio, cosa che spesso avviene per i contratti atipici.

In presenza di un simile patto se è vero che il professionista non potrà più beneficiare della limitazione di responsabilità di cui all'art.2236, è altrettanto vero che non diventerà un debitore di risultato "in senso assoluto". In altri termini se il professionista esprime una valutazione positiva, roga l'atto e poi questo viene dichiarato nullo, egli non deve essere considerato responsabile se viene meno il nesso di causalità, cosa che si verifica qualora la declaratoria di nullità sia da ritenersi non prevedibile secondo la miglior scienza ed esperienza del momento della stipula.