

L'IMPREVEDIBILE PARABOLA INTERPRETATIVA DELL'ART. 28, n. 1), LEGGE NOTARILE DALLE INTENZIONI DEI COMPILATORI ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE*

di ALESSANDRO TORRONI

* Relazione svolta alla Festa dei Lustrì 2014, *Deontologia ovvero Istruzioni per l'uso*, a Rimini il 13 settembre 2014.

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'interpretazione dell'art. 28, n. 1), l. not. da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 2.1. Casistica. – 3. La genesi storica dell'art. 28, n. 1), l. not. – 4. La nullità per vizi di forma. – 5. Nullità di protezione e art. 28, n. 1), l. not. – 6. Conclusione.

1. Premessa.

Recita l'art. 28, n. 1) della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (di seguito l. not.) «*Il notaro non può ricevere o autenticare¹ atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico*». La violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. è sanzionata dall'art. 138 l. not. con la sospensione da sei mesi ad un anno. La sospensione comporta, inoltre, come pena accessoria, la decadenza dalla qualità di membro del Consiglio notarile e del Consiglio nazionale del notariato nonché l'ineleggibilità a tali cariche per due anni dalla cessazione della sospensione (art. 138, comma 3, l. not.). L'art. 138-bis l. not. estende l'applicazione dell'art. 28, n. 1), l. not. alla richiesta di iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo di società di capitali e delle deliberazioni di società di capitali *quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge*.

Scopo del presente lavoro – dopo avere esaminato, anche in maniera casistica, la posizione consolidata della giurisprudenza della Cassazione sull'interpretazione dell'art. 28, n. 1), l. not. – è di proporre una chiave di lettura della norma che tenga conto dei lavori preparatori, del suo inquadramento sistematico nell'ambito della legge notarile e dei risultati interpretativi a cui è giunta la dottrina, specie di estrazione notarile; nonché tentare di fornire alcuni stimoli interpretativi su alcuni aspetti particolari quali *la nullità dell'atto per vizi di forma, la nullità relativa e la nullità di protezione*, istituto nuovo che non rientra nella nostra tradizione giuridica essendo di derivazione comunitaria, dal quale nascono problemi interpretativi di non facile soluzione.

2. L'interpretazione dell'art. 28, n. 1), l. not. da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione, con un primo orientamento, ha dato all'art. 28, n. 1), l. not. l'interpretazione più ampia possibile fino a ricomprendere nel divieto non solo gli atti nulli ma anche quelli semplicemente annullabili su istanza di parte o inefficaci². Questa opinione si basava sull'assunto che il notaio, quale pubblico ufficiale, deve svolgere la sua attività nel pieno rispetto della legge e deve garantire la certezza dei rapporti giuridici, per cui se desse vita a contratti viziati,

¹ L'espressione «o autenticare» è stata inserita dall'art. 12, comma 1, lett. a), della legge 28 novembre 2005, n. 246, c.d. legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005.

² Cfr. Cass., 19 novembre 1993, n. 11404, in *Riv. not.*, 1993, 1231; Cass., 10 novembre 1992, n. 12081, in *Vita not.*, 1993, n. 950; Cass., 21 aprile 1983, n. 2744, in *Vita not.*, 1983, 1739; Cass., 11 marzo 1964, n. 525, in *Riv. not.*, 1964, 702; Cass., 26 ottobre 1962, n. 3063, in *Riv. not.*, 1963, n. 167.

annullabili o inefficaci verrebbe meno alla sua funzione antiprocessuale e tradirebbe la fiducia che il pubblico deve nutrire per lui. Si tratta di una visione affascinante della funzione notarile che è stata sintetizzata nella tesi del «negozio perfetto nell'atto perfetto»³ ma che si pone in contrasto con la lettera dell'art. 28, n. 1), l. not., la sua genesi storica e la sua *ratio*, come si dirà.

Il cambio di indirizzo della Cassazione è stato segnato da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128⁴ la quale – dopo avere richiamato i lavori preparatori della legge notarile ed il contesto storico-giuridico nel quale la stessa è stata approvata – ha recepito, almeno in parte, le critiche della dottrina ed ha dato origine ad un nuovo orientamento da allora sempre seguito dalla Corte di Cassazione.

La Cassazione ha chiarito che *gli “atti proibiti dalla legge” non possono coincidere con gli atti annullabili o inefficaci per qualunque motivo*. Infatti, questi possono essere suscettibili di convalida o ratifica. Inoltre, gli atti annullabili, prima che intervenga una sentenza di annullamento, producono gli effetti di un atto valido e, prescritta l'azione di annullamento, acquistano la stessa efficacia di un atto valido *ab initio*. Il considerarli atti proibiti dalla legge sarebbe un assurdo, in quanto significherebbe che la legge da un lato proibisce che essi vengano posti in essere, però, dall'altro riconosce loro, se stipulati, efficacia giuridica.

Il divieto imposto dall'art. 28, n. 1, l. not. di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto ovvero la stessa nullità relativa. Secondo il nuovo orientamento della Cassazione, il divieto di cui all'art. 28, n. 1), l. not. si riferisce solo a quegli atti che la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga di non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità delle parti. Gli “atti proibiti dalla legge” sono, in sostanza, gli atti nulli. Non è necessario che la nullità sia dichiarata espressamente dalla norma che pone il precetto poiché la nullità può essere anche virtuale cioè desumibile dal contrasto con una norma imperativa. L'atto vietato al notaio è l'atto affetto da nullità assoluta mentre non ha rilevanza se detta nullità investa tutto l'atto (e quindi dia luogo ad una nullità totale) o solo alcune clausole (e quindi dia luogo ad una nullità parziale). Infatti al notaio è preclusa la possibilità di compiere un atto che contrasti con l'ordinamento, essendo irrilevante se detto contrasto investa tutto l'atto o solo parte di esso. La nullità assoluta, alla quale si applica l'art. 28, n. 1), l. not., può essere non solo sostanziale ma anche formale.

L'art. 28, n. 1), l. not. non si applica nel caso di atti “convalidabili”, cioè nelle ipotesi in cui sia possibile la “conferma” di cui all'art. 17, comma 4 ed all'art. 30, comma 4-*bis*, legge 28 febbraio 1985, n. 47 (cfr. art. 21 della citata legge n. 47/1985).

Non può valere ad escludere la consumazione dell'illecito la sostituzione automatica della clausola nulla effettuata direttamente dalla legge ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c. Secondo la Cassazione la stipula dell'atto contenente la clausola nulla segna il momento consumativo dell'illecito disciplinare sul quale non possono spiegare efficacia sanante, o estintiva della punibilità, rimedi predisposti dal legislatore per conservare l'atto a fini privatistici. La sostituzione

³ G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, 1235.

⁴ in *Riv. not.*, 1998, 493 ss.; in *Notariato*, 1998, 7 ss. con nota di E. Briganti, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*.

di diritto di una clausola nulla opera con riferimento al momento genetico del contratto ma solo ai fini privatistici e non in relazione al diverso profilo disciplinare riguardante l'attività svolta dal notaio rogante, per il quale l'illecito risulta definitivamente consumato, avendo carattere istantaneo.

L'avverbio «espressamente» che qualifica la categoria degli «atti proibiti dalla legge» va inteso come «inequivocamente» per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione della nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo dottrinale.

2.1. Casistica.

Vediamo ora, con una casistica necessariamente parziale ed incompleta, come la Corte di Cassazione ha fatto applicazione a fattispecie concrete dei principi teorici sopra esposti, che sono stati successivamente sempre confermati dal Supremo Collegio, formando un orientamento giurisprudenziale che può considerarsi assolutamente consolidato.

*Mancato versamento dell'intero capitale sociale nella costituzione di una società a responsabilità limitata uni personale*⁵ – È stata considerata in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. la costituzione di una società a responsabilità limitata unipersonale nella quale il capitale sociale non era stato interamente versato, stante l'imperatività della norma che prescrive, in caso di società unipersonali, il versamento dell'intero capitale sociale all'atto della costituzione. La fattispecie è stata disciplinata dalla legge notarile *ante* riforma attuata con la legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005 ed è stato applicato direttamente l'art. 28 l. not; attualmente la stessa fattispecie sarebbe disciplinata dall'art. 138-bis l. not.

*Oggetto sociale attività finanziaria*⁶ – È stata considerata in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. la clausola statutaria di una società a responsabilità limitata che, nell'ambito dell'oggetto sociale, prevedeva la possibilità per la società di “concedere avalli, fideiussioni e garanzie di ogni genere” espressamente “nei confronti di chiunque, per obbligazioni di terzi anche non soci”, contemplando attività finanziarie svolte nei confronti del pubblico, attività che rientra nella riserva di cui all'art. 106 del testo unico bancario, approvato con d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

*Clausola compromissoria nulla*⁷ – Sussiste la responsabilità disciplinare del notaio, a norma dell'art. 28, n. 1), l. not., per aver redatto un atto espressamente proibito dalla legge, allorché sia stato rogato, a decorrere dal 1° settembre 2011, un atto costitutivo di società, con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, poiché solo da tale data può ritenersi pacifica l'interpretazione della norma come comportante la nullità di siffatta clausola. La Cassazione fa applicazione del principio in base al quale, per aversi illecito disciplinare, non è sufficiente la redazione di un atto nullo ma la nullità deve essere anche inequivoca, cioè pacifica. In materia di clausola compromissoria societaria, stante il precedente contrasto dottrinale e giurisprudenziale, la nullità della clausola compromissoria di diritto comune si è consolidata solamente dopo la pubblicazione

⁵ Cass., 12 aprile 2000, n. 4657.

⁶ Cass., 30 gennaio 2013, n. 2220, in *Vita not.*, 2013, 813.

⁷ Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Corr. giur.*, 2012, 350; Cass., 20 luglio 2011, n. 15892; Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Notariato*, 2011, 219.

di Cass. n. 24867/2010 e Cass. n. 15892/2011, con la conseguenza che – secondo Cass. n. 21202/2011 – la pacifictà dell'interpretazione può ritenersi raggiunta negli operatori giuridici decorso il tempo necessario alla diffusione di tali 2 arresti e quindi alla fine di agosto 2011.

*Voto per teste nella societ  a responsabilit  limitata*⁸ - È stata considerata in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. una clausola di un atto costitutivo di S.r.l. che disponeva che "ogni socio ha un voto per ogni quota"; tale clausola contrasta con il principio maggioritario di cui all'art. 2485 c.c. secondo il quale ciascun socio ha diritto ad un voto per ciascun euro di capitale posseduto [a seguito della riforma del diritto societario cfr. art. 2479, comma 4, c.c. che stabilisce «*Ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo ed il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione*»].

*Mandato a donare nello per indeterminatezza del donatario e/o dei beni oggetto della donazione*⁹ – È stato considerato in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. il mandato a donare implicante la delega a determinare il donatario ed il bene oggetto della donazione. Secondo la Cassazione la nullità del mandato a donare si estende all'atto di donazione che sia stato stipulato in esecuzione del mandato espressamente sanzionato con la nullità dal legislatore. L'atto di donazione, al pari del testamento, è un atto personalissimo per cui un eventuale intervento di un terzo nell'espressione della volontà del donante, assolutamente eccezionale, deve essere delimitato preventivamente in termini ben precisi sia in relazione al soggetto donatario sia in relazione al bene da donare. Non a caso la violazione dell'art. 778 c.c. è sanzionata con la nullità e non è prevista la ratifica mentre la violazione dell'art. 1395 c.c. è sanzionata con l'annullabilità ed è ammessa la ratifica¹⁰.

*Alienazione di alloggio di edilizia residenziale pubblica in contrasto con il divieto di cui all'art. 1, comma 20, legge n. 560/1993*¹¹ – È nullo l'atto di vendita di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, in contrasto con il divieto di alienazione di cui all'art. 1, comma 20, legge 24 dicembre 1993, n. 560, poich  la violazione del divieto determina la nullità per impossibilit  giuridica dell'oggetto del contratto sia nei confronti dell'ente gestore dell'alloggio che delle parti contraenti, anche nel caso in cui gli acquirenti siano familiari conviventi con l'assegnatario, trattandosi di divieto assoluto e disciplinato da norma imperativa, che non prevede eccezioni, deroghe o limitazioni e che persegue il fine di impedire gli atti speculativi e di garantire il conseguimento dello scopo proprio della destinazione di tali alloggi al soddisfacimento dell'interesse all'abitazione degli assegnatari provvisti dei prescritti requisiti.

*Alienazione di cappella cimiteriale*¹² – È stato considerato in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. l'atto di trasferimento di cappella cimiteriale in contrasto con il regolamento cimiteriale del Comune di Napoli che disponeva "è consentita la subconcessione tra privati per le cappelle, le edicole ed i monumenti dopo un quinquennio dalla costruzione, e subordinatamente al pagamento al Comune di un diritto equivalente ai quattro quinti dell'importo del suolo, su cui sorge la costruzione, valutato alla stregua della tariffa vigente all'epoca della subconcessione".

⁸ Cass., 7 novembre 2005, n. 21493

⁹ Cass., 22 ottobre 1990, n. 10256; Cass., 24 luglio 2012, n. 12991, in *Vita not.*, 2012, 1488.

¹⁰ Cfr. la motivazione di Cass., 24 luglio 2012, n. 12991, cit.

¹¹ Cass., 28 dicembre 2009, n. 27398; Cass., 15 luglio 2011, n. 15676 che ha considerato nullo anche l'atto di alienazione tramite donazione.

¹² Cass., 19 novembre 1993, n. 11404.

*Dichiarazione di conformità dei dati catastali e delle planimetrie depositate in catasto*¹³ - È stato considerato in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. il mancato inserimento nell'atto notarile delle formalità prescritte dall'art. 29, comma 1-bis, legge 27 febbraio 1985, n. 52¹⁴. Secondo la Cassazione la dichiarazione prescritta dal citato art. 29 riguarda la conformità allo stato di fatto non della sola planimetria dell'immobile ma anche dei dati catastali, questi ultimi costituendo gli elementi oggettivi di riscontro delle caratteristiche patrimoniali del bene, rilevanti ai fini fiscali; l'omissione determina la nullità assoluta dell'atto, perché la norma ha una finalità pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale, conseguendone la responsabilità disciplinare del notaio, ai sensi dell'art. 28, primo comma, della legge 16 febbraio 1913, n. 89.

*Mancata sottoscrizione dell'atto pubblico da parte del notaio*¹⁵ - È stata considerata in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. la mancata sottoscrizione finale dell'atto pubblico da parte del notaio (è stata dichiarata la nullità della delibera di assemblea straordinaria di società per la mancata sottoscrizione del notaio quale segretario verbalizzante dell'organo collegiale).

*Verbale di pubblicazione di testamento olografo ricevuto senza testimoni*¹⁶ - È stato considerato in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. il verbale di pubblicazione di un testamento olografo ricevuto senza la presenza di due testimoni, in quanto l'art. 620 c.c. esige l'assistenza dei testimoni per la pubblicazione dei testamenti, in conformità a quanto previsto dall'art. 47 l. not.

*Allegazione di un certificato di destinazione urbanistica errato*¹⁷ - Non è stata considerata in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. l'allegazione di un certificato di destinazione urbanistica non riportante la destinazione attuale della particella compravenduta, poiché, pur essendo stato rilasciato tale certificato poco più di un mese prima della stipula dell'atto di compravendita, per errore del redattore del certificato, lo stesso riportava la destinazione urbanistica della particella di terreno oggetto dell'atto riferita ad una data di circa tre anni anteriore al rilascio. Precisa la Cassazione che l'art. 30, comma 4-bis, d.p.r. n. 380/2001 prevede non la nullità assoluta dell'atto ma la possibilità di una sua "conferma" o "integrazione" anche ad opera di una sola delle parti o dei suoi aventi causa. Non essendo prevista quindi la nullità assoluta ma una invalidità "sanabile", la sanzione della legge notarile non può essere irrogata.

La sentenza sembra aderire all'orientamento che l'art. 28, n. 1), l. not. non si applichi alla fattispecie delle nullità urbanistiche *a prescindere dal ricevimento da parte del notaio del successivo atto di conferma della nullità*. La tesi è condivisibile in quanto, da una parte, è conforme alla lettera della norma, che non richiede come presupposto l'atto di conferma, e, dall'altra parte, risponde al principio che la valutazione della violazione da parte del notaio dell'art. 28 l. not. riguarda il singolo atto ricevuto, cioè una fattispecie già perfezionata e definitiva, e non il comportamento successivamente tenuto dal notaio che – qualora lo stesso non si presti a ricevere l'atto di conferma – può comportare una violazione del codice deontologico notarile, con conseguente applicazione delle sanzioni prescritte dall'art. 147 l. not.

¹³ Cass., 11 aprile 2014, n. 8611.

¹⁴ Introdotto dall'art. 19, comma 14, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

¹⁵ Cass., 24 luglio 2012, n. 12995, in *Vita not.*, 2013, 355; in *Notariato*, 2014, 85, con nota di G. Trapani.

¹⁶ Cass. 23 ottobre 1992, n. 11569

¹⁷ Cass., 14 febbraio 2008, n. 3526.

*Mancata descrizione dello stato del testamento nel verbale di pubblicazione di testamento olografo*¹⁸ – Non è stata considerata in violazione dell'art. 28, n. 1), l. not. la mancata descrizione dello stato del testamento nel verbale di pubblicazione di testamento olografo. Secondo la Cassazione, la descrizione dello stato del testamento è attività distinta dalla riproduzione del suo contenuto, integrante il negozio testamentario. L'osservanza dell'adempimento descrittivo è imposto dalla necessità che dal verbale risulti l'esatto stato del documento, da ritenersi comprensivo anche di ogni segno grafico su di esso apposto. Pertanto, se anche i segni grafici andrebbero riportati nel verbale, tuttavia, trattasi di omissione che, non comportando nullità dell'atto, costituisce una mera irregolarità, non integrante alcun illecito disciplinare.

3. La genesi storica dell'art. 28, n. 1), l. not.

Per comprendere l'esatta portata dell'art. 28, n. 1), l. not., nelle intenzioni dei compilatori della legge notarile, occorre leggere quella norma in stretta correlazione con quella che la precede: stabilisce l'art. 27 l. not. che «*Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto*». La norma si spiega con la considerazione che il notaio è un pubblico ufficiale, istituito per ricevere atti pubblici, conservarne il deposito e rilasciarne copie, certificati ed estratti (cfr. art. 1 l. not.); essendo investito dallo Stato di una pubblica funzione, il notaio, a fronte di una legittima richiesta, non può scegliere discrezionalmente se svolgere o meno il suo ministero. Fissata nell'art. 27 questa regola generale, l'art. 28 l. not. pone un'importante eccezione per quegli atti che siano *espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico*.

Da una parte, il notaio deve fornire la sua prestazione ai privati per ricevere atti negoziali che soddisfino gli interessi personali delle parti; dall'altra non può collaborare all'immissione nell'ordinamento giuridico di atti che si pongano in evidente contrasto con l'ordinamento stesso. Già da queste brevi considerazioni appare evidente la duplice natura dell'attività del notaio: non solo *libero professionista*, esperto giurista che fornisce la sua consulenza specialistica per porre in essere atti giuridici spesso innovativi, complessi, atipici e consentire alle parti di realizzare, nella maniera più ampia possibile, l'autonomia negoziale consentita loro dalla legge, ma anche *pubblico ufficiale*, garante della conformità dell'atto all'ordinamento giuridico, soggetto a penetranti controlli disciplinari, oltre alla responsabilità civile e penale.

È stato efficacemente affermato in dottrina che il notaio, redigendo il contratto, *crea diritto*, perché traduce in norme negoziali, con efficacia giuridica vincolante per le parti, la volontà grezza esposta dalle stesse parti¹⁹ o, ancora, che il notaio *realizza l'incontro della volontà delle parti con l'ordinamento giuridico* poiché "deve ridurre la volontà della parte a volontà dell'ordinamento"²⁰.

L'art. 28, n. 1), l. not. costituisce una sorta di norma di chiusura che impedisce al notaio di prestare il suo ministero quando le parti intendano porre in essere un atto proibito dall'ordinamento giuridico. Più si stringono le maglie del controllo del notaio più si riduce lo spazio riconosciuto all'autonomia privata.

¹⁸ Cass., 24 luglio 2012, n. 12995, cit.

¹⁹ Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, 115 ss.

²⁰ S. Satta, *Poesia e verità nella vita del Notaio*, Conferenza a "La Giornata internazionale del Notariato latino", Rapallo, 2 ottobre 1955, in *Riv. not.*, 1955, IV.

Dai lavori preparatori della l. not.²¹ emerge nettamente la preoccupazione del legislatore del 1913 di restringere il divieto per il notaio di ricevere atti pubblici ai soli casi di atti chiaramente contrastanti con l'ordine pubblico o con il buon costume oppure illeciti o fraudolenti. L'allora Ministro di Grazia e Giustizia, on. Fani, proponente il disegno di legge destinato ad essere tradotto nella legge notarile del 1913, aveva formulato l'art. 28, n. 1), l. not. stabilendo: a) un divieto assoluto per il notaio di ricevere atti contrari all'ordine pubblico e al buon costume; b) un divieto attenuato a ricevere atti in qualche modo in violazione della legge: per questi ultimi il notaio doveva informare le parti sui vizi d'impugnabilità dell'atto; se le parti avessero insistito per la stipula, il notaio non si poteva sottrarre, salvo a documentare in atto di avere effettuato alle parti il richiamo di legge²². La formulazione proposta, desunta dalla legge notarile austriaca, era la seguente: «*ove si tratta di negozi che non hanno o potrebbero non avere giuridica efficacia, o che comunque 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 essere insistano, facendo menzione in questo dell'avvertimento da lui fatto e delle risposte avute*». Tale proposta non venne tralasciata nel testo definitivo, non perché si ritenne di dover punire con particolare severità qualsiasi inosservanza della legge da parte del notaio, che potesse riflettersi sull'invalidità o inefficacia dell'atto rogato, ma perché, come specificò il ministro Finocchiaro-Aprile, che succedette a Fani, la dizione dell'art. 28, n. 1), l. not. doveva intendersi in senso restrittivo, dovendosi presupporre che il giudizio in ordine alla mera impugnabilità dell'atto o alla sua inefficacia fosse riservato all'esclusiva competenza del giudice e non potesse addossarsi al notaio un compito ermeneutico troppo gravoso. L'idea del Ministro Finocchiaro-Aprile, che portò alla formulazione definitiva dell'art. 28, n. 1), l. not., tendeva a limitare l'ampiezza del controllo di legalità del notaio in funzione della speditezza della circolazione giuridica e dell'agevole accesso alla funzione notarile²³.

L'espressione «*atti espressamente proibiti dalla legge*» merita un approfondimento. In dottrina è stata evidenziata la essenziale diversità degli atti illeciti dagli atti illegali: solo i primi possono definirsi tecnicamente "proibiti"²⁴. Questa distinzione appare sfumata al giurista contemporaneo poiché il codice civile del 1942 ha introdotto, con l'art. 1418, comma 1, c.c., il concetto della "nullità virtuale" in base al quale è nullo ogni contratto che sia in contrasto con norme imperative, anche se non dichiarato espressamente tale dalla norma che detta il precetto. Inoltre, il terzo comma dell'art. 1418 dispone che «*Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*» attribuendo al legislatore una sorta di "delega in bianco" per determinare, di volta in volta, fattispecie di nullità in ipotesi specificamente determinate, indipendentemente dall'espresso contrasto con norme imperative dell'ordinamento giuridico poste a tutela di interessi generali.

Molto diverso era il substrato normativo nel quale si è formato l'art. 28, n. 1), l. not.: il codice civile del 1865, nella vigenza del quale è stata approvata la legge notarile, *dichiarava nulli*

²¹ L'iter dei lavori preparatori è ripercorso da G. Casu, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. not.*, 1998, 574 ss.; è stato richiamato espressamente da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, 493 ss., in *Notariato*, 1998, 7 ss. con nota di E. Briganti, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*.

²² G. Casu, *Funzione notarile*, cit., 574 s.

²³ Nella relazione del Guardasigilli alla Camera dei Deputati del 30 maggio 1912 si esprime il timore di lasciare «adito al capriccio del notaio, lasciando arbitro di stipulare un atto di cui fosse richiesto» e si afferma di avere ovviato a ciò rendendo il rifiuto legale «soltanto se l'atto fosse espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario al buon costume o all'ordine pubblico».

²⁴ S. Tondo, *Responsabilità notarile nel controllo di legittimità degli atti*, in *Studi e Materiali*, 5.1, Milano, 1998, 929; S. Griseri, *Gli atti «espressamente proibiti dalla legge» ex art. 28, comma 1, della legge notarile*, in *Giur. it.*, 2011, 10.

solamente gli atti con causa illecita e quelli in frode alla legge mentre gli atti illegali, non conformi alla fattispecie normativa astratta, erano semplicemente inesistenti o inefficaci.

La formulazione dell'art. 28, n. 1), l. not. «*Il notaio non può ricevere o autenticare*²⁵ *atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico*» è sovrapponibile in maniera quasi perfetta all'art. 1122 del codice civile del 1865 «*La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico*». È evidente l'intenzione del legislatore dell'epoca di limitare il divieto di cui all'art. 28, n. 1), l. not. agli atti con causa illecita ed agli atti in frode alla legge in quanto queste erano le uniche ipotesi di atti nulli secondo il codice civile allora vigente.

Inoltre, il concetto di *atto espressamente proibito* evoca un *quid pluris* rispetto al concetto di atto semplicemente nullo o viziato²⁶. È *espressamente proibito un atto che si pone causalmente in contrasto con interessi generali*: si pensi, ad esempio, un atto in contrasto con il divieto di patto commissorio; ad un atto che dia vita ad un patto successorio vietato dall'ordinamento; ad una vendita in contrasto con un divieto legale di alienazione; ad una vendita da parte di un'impresa di immobile da costruire senza avere prima acquisito il consenso alla cancellazione od al frazionamento dell'ipoteca; al riconoscimento di un figlio incestuoso; ad una società avente ad oggetto un'attività illecita, ecc. Sembra difficile estendere il concetto di atto proibito a qualunque atto viziato, ad esempio ad un atto nullo per una violazione di forma oppure contenente una singola clausola nulla. Anche storicamente il concetto di "leggi proibitive", ripreso dall'art. 1133 del codice civile francese, ha una portata estremamente rigorosa, che va oltre la semplice nullità, quale incapacità del contratto di produrre gli effetti giuridici suoi propri. In altri termini, *il contrasto con una norma imperativa determina la nullità del contratto; il contrasto con una norma proibitiva, con l'ordine pubblico o con il buon costume determina l'illiceità del contratto*. «Non può apoditticamente affermarsi che la nullità dell'atto, a qualsiasi causa dovuta, rende l'atto proibito a' sensi dell'art. 28 n. 1 L.N. perché, come si è visto, la categoria della nullità derivante da contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.) è più ampia della categoria degli atti proibiti»²⁷. Non può ritenersi che valga una semplice norma d'impronta privatistica a rendere inoperante l'obbligo del notaio di prestare il suo ministero ogni volta che ne sia richiesto; ne deriva che non rientra nell'ambito dell'art. 28, n. 1), l. not. un negozio viziato, quando il vizio sia preordinato alla tutela di interessi privatistici e trovi in essi una possibilità di superamento²⁸.

È stata sottolineata una distinzione tra la categoria degli atti manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico, da una parte, e la categoria degli atti espressamente proibiti dalla legge, dall'altra. Il contrasto con il buon costume o l'ordine pubblico – da identificarsi con l'assoluta illiceità dell'atto, che si ponga in radicale contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico – può ravvisarsi anche in via di interpretazione (dottrinale o giurisprudenziale, purché consolidata), mentre la violazione di legge, agli effetti dell'art. 28, n. 1), l. not., sussiste solo

²⁵ L'espressione «o autenticare» è stata inserita dall'art. 12, comma 1, lett. a), della legge 28 novembre 2005, n. 246, c.d. legge di semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005.

²⁶ Secondo autorevole dottrina «Il concetto di illiceità esprime una contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico più forte di quella espressa dalla sua contrarietà a norme imperative: la formula denota riprovazione per il risultato che, con il contratto, le parti si propongono di realizzare» (F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, Padova, 1993, 286).

²⁷ G. Serpi, *Atti vietati e nullità formali*, in *Riv. not.*, 2000, 612.

²⁸ C. Falzone – A. Alibrandi, voce *Atti proibiti dalla legge (legge notarile)*, in C. Falzone – A. Alibrandi, *Dizionario enciclopedico del notariato*, Roma, VII edizione, 220.

quando esiste – già a livello letterale – in una norma di legge un espresso divieto di ricevere un determinato atto²⁹. Da questa premessa deriva la conseguenza che «al di fuori delle ipotesi di espresso divieto di legge, e di contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume, la nullità dell'atto non è sufficiente a determinare l'insorgenza di una responsabilità disciplinare, ex art. 28 n. 1, del notaio rogante, "richiedendo l'art. 28 n. 1 cit.: non solo che l'illegittimità dell'atto risulti in modo "espresso", ma che la fonte dell'"espressa" (e cioè inequivoca) proibizione sia "la legge" e non dunque la dottrina o la giurisprudenza, ancorché recanti una opinione consolidata»³⁰. Diversamente, la Corte di Cassazione interpreta l'avverbio "espressamente" che qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge" come "inequivocabilmente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione della nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale e dottrinale³¹.

A parere di chi scrive è assolutamente coerente con la descritta genesi dell'art. 28, n. 1), l. not. e con la sua *ratio*, quella tesi dottrinale secondo la quale i confini dell'art. 28, n. 1), l. not. sarebbero gli stessi dell'art. 1343 c.c., con la conseguenza che solo la nullità per illiceità della causa ex art. 1343 c.c. costituirebbe violazione dell'art. 28, n. 1), l. not.³². In particolare, secondo il Detti, *l'art. 28 l. not. attinente alla funzione notarile, dovrebbe limitarsi a valutare se l'atto abbia causa illecita*; in caso negativo (quando cioè non si sia in presenza di atto viziato da illiceità della causa) l'atto è ricevibile, ma il notaio deve valutare l'esistenza di eventuali vizi di annullabilità o inefficacia dell'atto. Questi riscontri, peraltro, non attengono alla ricevibilità dell'atto ex art. 28 l. not., cioè all'aspetto pubblicistico dell'attività notarile, ricevibilità che è stata già valutata a monte, bensì all'aspetto privatistico del rapporto d'opera professionale che si instaura tra notaio e cliente.

È evidente che, seguendo questa interpretazione letterale, storica e funzionale dell'art. 28, n. 1), l. not., non vi sarebbe spazio per la sua applicazione a fattispecie di nullità di singole clausole del contratto, che non si estendano all'intero contratto, tutte le volte in cui la nullità parziale non si concretizzi in un atto proibito dalla legge, contrario all'ordine pubblico o al buon costume.

4. La nullità per vizi di forma.

Si è visto che, secondo la Cassazione, l'art. 28, n. 1, l. not. si applicherebbe anche ad un vizio di nullità formale. Secondo un costante arresto della Cassazione il divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge si riferisce a tutti quelli comunque contrari a norma cogente, per ragioni formali e sostanziali³³.

La tesi non appare condivisibile in quanto contrasta con la disciplina sistematica della legge notarile e con la *ratio* dell'art. 28.

²⁹ G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile*, cit., 1230 s.

³⁰ G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile*, cit., 1230 s. con nota adesiva ad App. Torino, 17 luglio 1997.

³¹ Cfr. Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202; Cass., 15 luglio 2011, n. 15676.

³² S. Tondo, *Responsabilità notarile*, cit., 929; Detti, *Natura del rapporto notarile, irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di s.r.l. senza preventivo deposito del capitale versato*, in *Riv. not.*, 1964, 187; G. Casu – G. Sicchiero, *La legge notarile commentata*, Utet, Torino, 2010, 150 ss.; S. Griseri, *Gli atti «espressamente proibiti dalla legge»*, cit., 10 ss.; R. Triola, *In tema di atti «espressamente» proibiti dalla legge*, in *Vita not.*, 1977, 349 ss.; G. Serpi, *Atti vietati e nullità formali*, in *Riv. not.*, 2000, 612; M. di Fabio, *Manuale di Notariato*, Milano 2007, 108 ss.

³³ Cass., 22 ottobre 1990, n. 10256, cit.

Il problema può essere guardato sotto una duplice prospettiva:

i) l'atto notarile che presenta un vizio di forma per contrasto con le disposizioni dell'art. 58 l. not. (un caso presente nella giurisprudenza della Cassazione è quello della mancata sottoscrizione finale dell'atto pubblico da parte del notaio, per mera dimenticanza, fermo restando che, dal contesto documentale, risulta evidente che la volontà delle parti è stata compiutamente e definitivamente manifestata);

ii) il negozio è stato concluso in forma diversa da quella minima prescritta dalla legge a pena di nullità (ad esempio una donazione ricevuta senza la prescritta assistenza dei testimoni oppure un negozio concluso per scrittura privata quando la legge prescrive l'atto pubblico a pena di nullità).

Quanto al primo aspetto, va considerato che i requisiti formali dell'atto pubblico sono disciplinati analiticamente dall'art. 58 l. not. e sono previste specifiche sanzioni per le violazioni formali dagli articoli 137 e 138 l. not.; non sembra, dunque, plausibile che, oltre alle sanzioni già previste in sede propria per la violazione dell'art. 58 l. not., si applichi anche la più grave sanzione dell'art. 138 l. not. per la violazione dell'art. 28 l. not.³⁴. Ad esempio, la mancanza di una sottoscrizione finale nell'atto pubblico delle parti, dei fidefacienti, dell'interprete, dei testimoni o del notaio è punita con la sanzione pecuniaria da 30 euro a 240 euro e, in caso di recidiva, è punita con la sospensione da uno a sei mesi.

Inoltre, l'art. 28 l. not. impedisce al notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge mentre l'art. 58 l. not. dà per presupposto che l'atto sia ricevibile e si limita a prescrivere le formalità operative per evitare la nullità documentale³⁵. L'art. 28 attiene al contenuto negoziale dell'atto mentre l'art. 58 concerne il contenente, cioè il documento destinato a racchiudere il negozio voluto dalle parti; l'art. 28 l. not. si riferisce alla nullità negoziale mentre l'art. 58 l. not. si riferisce alla nullità documentale³⁶.

Anche nella diversa fattispecie in cui il negozio è stato concluso con una forma diversa da quella minima prescritta dalla legge, a pena di nullità, non dovrebbe entrare in gioco l'art. 28, n. 1, l. not. Secondo la dottrina civilistica le norme che stabiliscono una forma generano oneri e non obblighi o doveri³⁷. In altri termini, si tratterebbe di un onere di forma, volto a far sì che la volontà delle parti possa conseguire i suoi effetti realizzando efficacemente il negozio giuridico voluto: se alla parte non è proibito manifestare per scrittura privata la sua volontà, ancorché questa non realizzi gli effetti voluti, per difetto di forma, al notaio non può essere proibita la relativa autenticazione³⁸.

³⁴ G. Serpi, *Atti vietati*, cit., 613; C. Falzone – A. Alibrandi, voce *Atti proibiti*, cit., 221; M. di Fabio, *Manuale*, cit., 114.

³⁵ G. Casu, *Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione*, in *Studi e Materiali*, 1/2006, 88.

³⁶ G. Casu, *Il compito del notaio*, cit., 88 s.

³⁷ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950, I, 203 e 489.

³⁸ L. Malaguti, *Requisiti formali dell'atto e art. 28 l. not.*, in *Studi e Materiali*, Milano, 1986, 71 ss.; E. Paolucci, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 48; A. Ruotolo, *Difetto di autorizzazione all'accettazione di eredità con beneficio di inventario per conto del minore e conseguenze di carattere notarile*, in *Studi e Materiali*, Milano, 1998, 493 s.; *contra*, G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile*, cit., 1234 secondo il quale la nullità determinata dalla violazione di regole formali comporterebbe l'applicazione dell'art. 28 l. not.

5. Nullità di protezione e art. 28, n. 1), l. not.

La Corte di Cassazione ha, in più occasioni, ribadito che il divieto imposto dall'art. 28, n. 1), l. not. di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto ovvero la stessa nullità relativa. L'affermazione che il vizio di nullità relativa non comporta l'applicazione dell'art. 28, n. 1), l. not. è rimasta, però, a livello di *obiter dictum* in quanto la Corte di Cassazione non si è mai occupata *ex professo* di una fattispecie di nullità relativa.

Il rapporto tra le clausole vessatorie e l'art. 28, n. 1), l. not. è diventato più problematico con l'entrata in vigore del Codice del Consumo, introdotto con d.lgs. 6 settembre 2006, n. 206, che ha recepito la disciplina delle clausole vessatorie, già contenuta nel codice civile, ed ha introdotto, in luogo della sanzione dell'inefficacia, quella della *nullità di protezione o nullità relativa*, rilevabile ad istanza del solo contraente consumatore e non anche della controparte operatore professionale.

Le clausole definite vessatorie sono quelle che determinano un significativo squilibrio tra le parti, professionista e consumatore, nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto, squilibrio dovuto principalmente alla posizione di superiorità contrattuale del professionista alla quale il consumatore è costretto ad adeguarsi (cfr. art. 33 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, di seguito codice del consumo).

Secondo quanto dispone l'art. 34 del codice del consumo che la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.

La sanzione per le clausole vessatorie è la *nullità di protezione* (art. 36 del codice del consumo) che comporta due rilevanti deroghe rispetto alla nullità tradizionale disciplinata dal codice civile: i) le clausole considerate vessatorie sono nulle mentre *il contratto rimane valido per il resto*; ii) *la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore* e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. A norma dell'art. 143, comma 1, codice del consumo «*I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice*».

Quanto alla prima deroga, si tratta di una rilevante eccezione alla disciplina della nullità relativa contenuta nell'art. 1419 c.c. il cui primo comma stabilisce che la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole si estende all'intero contratto se la parte viziata risulta essenziale nell'economia del contratto; il secondo comma esclude l'estensione della nullità all'intero contratto quando la clausola nulla è sostituita di diritto da norma imperativa. La disciplina speciale del codice del consumo, in deroga alle norme citate, stabilisce che *la nullità della clausola vessatoria non si estende all'intero contratto che rimane valido per il resto*. Per queste sue caratteristiche la nullità di protezione è stata definita anche *nullità relativa*

*necessaria*³⁹. Tale disciplina speciale consente al consumatore, nonostante la nullità della singola clausola, di poter continuare a fruire del bene o del servizio acquisito con il contratto ed ottenere l'eliminazione dal regolamento contrattuale della clausola vessatoria. La nullità di protezione riveste anche una funzione di moralizzazione del mercato: la depurazione dal contratto della singola clausola vessatoria, che era stata imposta dal professionista e sulla quale lo stesso aveva fatto affidamento e costruito la sua offerta commerciale, ha una funzione di deterrenza maggiore rispetto alla nullità dell'intero contratto che impedirebbe la sua esecuzione⁴⁰.

Quanto alla seconda deroga rispetto alla disciplina della nullità tradizionale, *la legittimazione a far valere la nullità della clausola vessatoria è attribuita esclusivamente al consumatore*, fatto salvo il potere del giudice di rilevarla d'ufficio. La competenza del giudice a rilevare la nullità non dovrebbe snaturare la norma che prevede la legittimazione in capo ad una sola delle parti negoziali poiché il giudice non dovrebbe svolgere il suo ruolo in danno del contraente favorito, con la conseguenza che il rilievo d'ufficio dovrebbe avvenire soltanto a vantaggio della parte favorita e non a suo danno⁴¹.

La questione dell'applicabilità dell'art. 28, n. 1), l. not. alle clausole vessatorie va esaminata sotto diversi profili: i) la sanzione della nullità relativa; ii) l'accertamento della vessatorietà della clausola; iii) la tutela effettiva del consumatore.

Partendo dalle caratteristiche della sanzione della nullità di protezione è stato affermato che «esula dal contesto sanzionato dall'art. 28 l.n., la nullità relativa, rilevabile non d'ufficio ma solo da chi vi è legittimato dalla legge, strutturalmente assimilabile all'annullabilità, pur conservando quel profilo d'imprescrittibilità dell'azione tipico della nullità. L'art. 28 sanziona solo la nullità assoluta dell'atto»⁴².

Normalmente l'esistenza di una trattativa individuale tra le parti esclude la vessatorietà della clausola (fatta eccezione per le clausole previste dall'art. 36, comma 2, codice del consumo). Inoltre la vessatorietà della clausola va valutata facendo riferimento "alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un contratto collegato o da cui dipende" (cfr. art. 34, comma 1, codice del consumo). Ora, non si comprende come possa addossarsi al notaio la grave responsabilità disciplinare di cui all'art. 28, n. 1), l. not. quando la valutazione della clausola dipende da elementi variegati, soggettivi, che possono desumersi *aliunde* rispetto al testo contrattuale, di assai difficile ricostruzione, la cui valutazione, in ultima analisi, è affidata al giudice nell'ambito dei poteri istruttori allo stesso affidati dall'ordinamento⁴³.

³⁹ S. Monticelli, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Studi e Materiali*, 2009, 976.

⁴⁰ S. Monticelli, *Considerazioni in tema di nullità parziale*, cit., 982; Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 749.

⁴¹ G. Casu, *Il compito del notaio*, cit., 96; G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 244; Paolini - Ruotolo, *Prime considerazioni sulla bozza del decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *CNN Notizie* del 3 maggio 2005.

⁴² A. de Donato, *Controllo di legalità e funzione notarile*, in *Vita not.*, 2007, 885.

⁴³ A. Maniàci, *Atto notarile e clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2005, 351 ss.; G. Casu, *Il compito del notaio*, cit., 103; A. Bellelli, *Il problema della qualificazione giuridica della sanzione*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, 1997, 687-688.

La nuova normativa, con l'introduzione della c.d. nullità di protezione, sembra voler porre un problema di *tutela effettiva del consumatore*, dinamica, lasciata alla valutazione discrezione della parte tutelata, che va oltre le sanzioni comunemente utilizzate dall'ordinamento per reagire ad un vizio del contratto. La peculiarità della tutela riconosciuta al consumatore sta nel tipo di sanzione che colpisce le clausole abusive: si tratta di una nullità necessariamente relativa che non investe l'intero contratto e che può essere fatta valere esclusivamente dal contraente consumatore. È evidente la preoccupazione del legislatore di non penalizzare il consumatore evitando che, per beneficiare della protezione offertagli, lo stesso sia costretto a vanificare l'intero contratto e, dunque, che la nullità della clausola si traduca in un danno ancora più grave di quello che deriverebbe dalla sua stessa validità⁴⁴.

Si pensi al caso tipico del mutuatario bisognoso di ottenere un finanziamento bancario: se la presenza nel contratto di una clausola vessatoria, che l'istituto mutuante non si dichiara disponibile ad eliminare, impedisse la stipula del contratto, la normativa di tutela per il consumatore si ritorcerebbe contro lo stesso creandogli un grave danno economico. Inoltre, se la nullità della singola clausola si espandesse all'intero contratto, il consumatore potrebbe essere costretto a restituire l'intera somma presa a mutuo, secondo le regole della ripetizione dell'indebitito. Spesso, l'obiettivo del consumatore di poter concludere il contratto è superiore rispetto all'esigenza di far eliminare eventuali clausole vessatorie delle quali potrà far accertare dal giudice la nullità una volta ottenuto il bene o servizio oggetto del contratto.

Da questa premessa può trarsi un ulteriore sillogismo: come la nullità della singola clausola non ha possibilità, vanificando l'intero contratto, di sottrarre al consumatore il bene o servizio resogli disponibile in virtù del contratto, così, analogamente, *il controllo del notaio non può, precludendone il perfezionamento, interdire, addirittura, al consumatore, di conseguire la disponibilità stessa di quelle utilità*⁴⁵. Il notaio, con il suo rifiuto di stipulare l'atto, impedirebbe al consumatore di ottenere il bene o servizio sperato e trasformerebbe la nullità parziale e relativa in una nullità totale ed assoluta, in aperto contrasto con lo spirito della normativa di tutela del consumatore, che vuole favorire l'accesso dello stesso ai beni o servizi offerti dal mercato⁴⁶.

In questo settore, il controllo preventivo notarile non può bloccare la conclusione del contratto che, come si è cercato di dimostrare, potrebbe arrecare un danno ancora maggiore al consumatore, ma si esplica nell'attività di informazione e consulenza delle parti indicando l'esistenza di eventuali clausole abusive, le conseguenze giuridiche, le sanzioni applicabili, le possibili modifiche al testo contrattuale, ecc., fermo restando l'impossibilità per il notaio di rifiutare di prestare il suo ministero se le parti intendano comunque procedere alla conclusione del contratto, nonostante la presenza della clausola abusiva. La funzione del notaio si esplica, dunque, appieno nell'attività di consulenza e il controllo preventivo non ricade nelle maglie dell'art. 28, n. 1), l. not. bensì nei doveri di diligenza professionale derivanti dal mandato

⁴⁴ C. Caccavale, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, 49 ss.

⁴⁵ C. Caccavale, *La "nullità di protezione"*, cit., 49 ss.; S. Monticelli, *Considerazioni in tema di nullità parziale*, cit., 985 s.

⁴⁶ S. Monticelli, *Considerazioni in tema di nullità parziale*, cit., 986.

professionale conferito dalle parti al notaio ed esplicitati nel codice deontologico dell'attività notarile⁴⁷.

6. Conclusione.

L'interpretazione dell'art. 28, n. 1), l. not. va collocata in una visione complessiva del procedimento disciplinare notarile, alla luce della riforma attuata dal d.lgs. 1° agosto 2006, n. 249. Una delle modifiche più significative della riforma sta nell'aver valorizzato il *Codice deontologico notarile* elaborato dal Consiglio Nazionale del Notariato elevando i suoi precetti da norme etiche in vere e proprie norme giuridiche (sebbene di rango non legislativo), appartenenti all'ordinamento statale e rilevanti per tutti i soggetti che ne fanno parte⁴⁸. Stabilisce l'art. 147, comma 1, l. not. che «*E' punito con la censura o con la sospensione fino ad un anno o, nei casi più gravi, con la destituzione il notaio che pone in essere una delle seguenti condotte: ... b) viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato*» (cfr. art. 147, comma 1, lett., b).

Attraverso il recepimento delle norme deontologiche all'interno della legge notarile, le stesse sono ora norme giuridiche a pieno titolo la cui trasgressione dà luogo ad una violazione di legge.

Evidentemente le prescrizioni del codice deontologico sono necessariamente mutevoli, essendo destinate a seguire l'evoluzione delle prassi professionali e dei comportamenti dei notai, in modo da consentire un controllo puntuale dell'organo di rappresentanza della categoria, il Consiglio notarile distrettuale (cfr. art. 93-bis l. not.), sulla condotta dei notai e sulla qualità della prestazione notarile. Questa mancanza di puntuale tipizzazione dei precetti del codice deontologico è stata oggetto di attento esame da parte della giurisprudenza della Cassazione, alla luce del principio della necessaria tipizzazione degli illeciti disciplinari, quale attuazione del principio di legalità, tutelato espressamente dall'art. 25 Cost., principio che si pone quale necessario complemento del diritto di difesa (art. 24 Cost.), il quale sarebbe svuotato di contenuto se le condotte punibili non fossero *ex ante* precisamente individuate dal legislatore⁴⁹

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione l'art. 147 l. not. è rispettoso del principio di tipicità, riferibile agli illeciti disciplinari, essendo individuato con chiarezza l'interesse meritevole di tutela (dignità e reputazione del notaio, decoro e prestigio della classe notarile) e risultando la condotta sanzionabile individuabile sulla base della sua idoneità a compromettere tale interesse. Con la conseguenza che, pur essendo a forma libera la condotta, il suo contenuto, sebbene non tipizzato, è integrato dalle regole di etica professionale e, quindi, dal complesso dei principi di deontologia oggettivamente enucleabili dal comune sentire di un dato momento storico⁵⁰.

⁴⁷ Secondo G. Casu, *Il compito del notaio*, cit., 102 s. «Eventuali manchevolezze notarili (ad esempio superficialità nella stesura dell'atto; una mancanza di approfondimento dell'esistenza della clausola presuntivamente abusiva e della compiuta spiegazione di essa nei confronti del contraente debole) potrebbero incidere sotto altri aspetti (violazione del codice deontologico e quindi sanzione disciplinare ex art. 147 legge notarile; eventuale responsabilità civile del notaio) ma non certamente sotto il profilo dell'applicazione dell'art. 28 legge notarile».

⁴⁸ V. Tenore - G. Celeste, *La responsabilità professionale del notaio ed il relativo procedimento*, Milano, 2008, 95.

⁴⁹ Cfr. Cass., 12 novembre 2013, n. 25408.

⁵⁰ Cass. 23 marzo 2012, n. 4720; Cass. 12 novembre 2013, n. 25408.

Una interpretazione sistematicamente corretta della legge notarile, alla luce della riforma del 2006, porta a valorizzare i poteri di controllo dei Consigli notarili distrettuali tramite lo strumento dell'art. 147 l. not. ed a riportare l'art. 28, n. 1), l. not. alla sua *ratio* originaria che era quella di sbarrare l'ingresso nell'ordinamento giuridico agli atti in contrasto con norme proibitive, agli atti in frode alla legge, agli atti contrari all'ordine pubblico ed al buon costume, tutti caratterizzati dal minimo comun denominatore di tutelare interessi pubblici, indisponibili da parte dell'autonomia privata. Così facendo si eviterebbe il proliferare di procedimenti disciplinari basati su minime imperfezioni dell'atto notarile per le quali, a volte, si richiede l'applicazione della sanzione prescritta per l'art. 28, n. 1), l. not., in totale spregio al principio di tipicità del precetto violato e con evidente aggravio del diritto di difesa per il notaio incolpato. Infatti le imperfezioni dell'atto notarile, spesso, non sono punibili come singola violazione di legge ma possono essere indice di un comportamento deontologicamente scorretto che va sanzionato dall'organo a ciò deputato, il Consiglio notarile distrettuale, dotato di poteri di indagine ed istruttori più ampi di quelli previsti per le normali ispezioni ai notai (cfr. art. 93-*bis* e art. 128 l. not.)⁵¹.

Alessandro Torroni

⁵¹ In senso conforme, G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile*, cit., 1235.