

L'ART. 28, N. 1), LEGGE NOTARILE DALLE INTENZIONI DEI COMPILATORI ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE.

UN DIFFICILE EQUILIBRIO INTERPRETATIVO PER LE CO.RE.DI.*

di ALESSANDRO TORRONI

* Relazione svolta al seminario “*Il sistema sanzionatorio disciplinare a dieci anni dall’istituzione delle COREDI*” organizzato da Jusweb srl a Viterbo il 21 ottobre 2016.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La genesi storica dell’art. 28, n. 1), l. not. – 2.1. Un’applicazione nella Co.Re.Di. Emilia Romagna: la nullità di una clausola statutaria. – 3. L’interpretazione dell’art. 28, n. 1), l. not. da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 3.1. Un’applicazione nella Co.Re.Di. Emilia Romagna: la procura a contrarre convenzioni matrimoniali. – 4. La nullità per vizi di forma. – 4.1. Alcune applicazioni nella Co.Re.Di. Emilia Romagna. – 4.1.1. Difetti nelle sottoscrizioni dei comparenti. – 4.1.2. Difetto della forma richiesta dalla legge: rinuncia all’eredità per scrittura privata autenticata. – 4.1.3. Atto tradotto dall’interprete in un solo corpo e mancanza della doppia sottoscrizione. – 4.1.4. Dichiarazione dei sordi di avere letto l’atto e doppia sottoscrizione. – 5. Nullità di protezione e art. 28, n. 1), l. not. – 6. Il rischio di invasione della competenza dell’autorità giudiziaria. – 7. Il nuovo art. 147, l. not. – 7.1. Una “tipica” violazione dell’art. 147 l. not. – 7.2. Una “atipica” violazione dell’art. 147 l. not. “mediante la stipula di un atto annullabile”. – 8. I rapporti tra l’azione dei Conservatori dell’Archivio notarile e quella dei Presidenti del Consiglio notarile. – 8.1. Un’applicazione nella Co.Re.Di. Emilia Romagna: mancata sottoscrizione finale del notaio e pretesa violazione dell’art. 147, l. not.

1. Premessa.

Recita l’art. 28, n. 1) della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (di seguito l. not.) «*Il notaio 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*.

Nel presente lavoro si dà conto della genesi storica dell’art. 28, n. 1), l. not., dell’evoluzione interpretativa della norma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e si illustrano alcune fattispecie di presunte violazioni dell’art. 28, n. 1), l. not., per vizi sostanziali o formali, sulle quali è stata chiamata a pronunciarsi la Co.Re.Di. Emilia Romagna.

Si analizza, infine, la nuova disciplina dell’art. 147, l. not., che punisce i comportamenti del notaio deontologicamente scorretti, anche alla luce del codice deontologico approvato dal Consiglio nazionale del notariato, e si raffronta tale disciplina con quella dell’art. 28, l. not., con qualche riferimento a fattispecie concrete sottoposte all’esame della Co.Re.Di. Emilia Romagna.

2. 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*

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.

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 parti² 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”³.

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.

Dai lavori preparatori della l. not.⁴ 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 legge⁵. 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*

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

3 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.

4 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*.

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

solo quando essere insistano, facendo menzione in questo dell'avvertimento da lui fatto e delle risposte avute». Tale proposta non venne trasfusa 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 notarile⁶.

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”⁷. 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 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 autenticare⁸ 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 viziato⁹. È *espressamente proibito un atto che si pone causalmente in*

⁶ 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».

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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

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»¹⁰. 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 superamento¹¹.

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 quando esiste – già a livello letterale – in una norma di legge un espresso divieto di ricevere un determinato atto¹². 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»¹³. 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

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).

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

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

12 G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, 1230 s.

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

disposizione generale di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale e dottrinale¹⁴.

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.¹⁵. 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.

2.1. Un'applicazione nella Co.Re.Di. Emilia Romagna: la nullità di una clausola statutaria.

Nel caso deciso dalla Co.Re.Di. n. 27/2009 del 2 dicembre 2009 il notaio ha ricevuto un verbale di assemblea straordinaria che adottava un nuovo statuto di una S.r.l. la cui clausola 12.5 violava l'art. 2473-*bis* c.c.¹⁶, cioè prevedeva la liquidazione della quota del socio escluso mediante riduzione del capitale sociale. Il Conservatore dell'Archivio notarile ha ritenuto che la clausola fosse in contrasto con l'art. 28 l. not. e che, contemporaneamente, la condotta del notaio violasse l'art. 138-*bis* l. not. per avere richiesto l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera in mancanza delle condizioni richieste dalla legge. La Commissione ha affermato che «l'art. 28 n. 1 della L.N. nel disporre che il Notaio non può ricevere “atti espressamente proibiti dalla Legge” si riferisce a quegli atti posti in essere in violazione di norme che hanno valore assoluto, ovvero alla disciplina dell'art. 1418 c.c.; la ragione dell'esclusione dall'ambito di applicabilità dell'art. 28 n. 1 L.N. del vizio della singola clausola di statuto di s.r.l. per contrarietà al disposto dell'art. 2473 bis c.c. è che la contrarietà a detta norma, oltre a non poter essere fatta valere da chiunque, ciò argomentando ex art. 2479 ter c.c., non travolge l'intero atto; l'art. 2436 c.c. stabilisce, a tutela di interessi generali, che il Notaio debba verificare le condizioni previste dalla legge prima di chiedere l'iscrizione delle deliberazioni societarie nel registro delle imprese; pertanto al Notaio spetta, in prima istanza, la verifica della deliberazione modificativa dell'atto costitutivo alla normativa legale

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

15 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*, cit., 612; M. di Fabio, *Manuale di Notariato*, Milano 2007, 108 ss.

¹⁶ Dispone l'art. 2473-*bis* c.c. «L'atto costitutivo può prevedere specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio. In tal caso si applicano le disposizioni del precedente articolo, esclusa la possibilità del rimborso della partecipazione mediante riduzione del capitale sociale».

anche in funzione di efficacia della medesima per la quale sono necessari i requisiti di forma e di sostanza anche delle singole clausole statutarie».

3. 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 inefficaci¹⁷. 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, 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»¹⁸ ma che si pone in contrasto con la lettera dell'art. 28, n. 1), l. not., la sua genesi storica e la sua *ratio*.

Il cambio di indirizzo della Cassazione è stato segnato da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128¹⁹ 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

17 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.

18 G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile*, cit., 1235.

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

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 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.

3.1. Un'applicazione nella Co.Re.Di. Emilia Romagna: la procura a contrarre convenzioni matrimoniali.

La Co.Re.Di. Emilia Romagna ha fatto applicazione di questo principio, secondo il quale l'art. 28, n. 1), l. not. presuppone un atto ricevuto in contrasto "inequivocabile" con la legge in alcune fattispecie di procura generale, ricevuta in presenza dei testimoni, contenente il potere di stipulare convenzioni matrimoniali di separazione dei beni, di comunione convenzionale o di costituzione di fondo patrimoniale e di modificare le medesime convenzioni. Secondo i Conservatori, che avevano azionato il procedimento disciplinare, le suddette procure erano vietate in quanto le convenzioni matrimoniali sarebbe atti personalissimi che non ammettono rappresentanza volontaria o legale; inoltre violerebbero l'art. 778, che vieta il mandato a donare poiché il fondo patrimoniale realizzerebbe una liberalità donativa²⁰.

La decisione n. 84/2012 del 21 marzo 2012 ha preso atto che il dibattito in merito all'ammissibilità della procura a stipulare convenzioni matrimoniali non possa dirsi, allo stato attuale, risolto in maniera univoca dalla dottrina. Al contrario esiste una nutrita schiera di autori che sostengono l'ammissibilità della rappresentanza volontaria nell'ambito delle convenzioni matrimoniali, facendo leva sulla natura negoziale delle medesime e sull'assenza di un espresso divieto. La Commissione ha, quindi, ritenuto che non possa imputarsi al notaio di avere

20 La tesi si basa sull'assunto che le convenzioni matrimoniali inciderebbero sul profilo patrimoniale dello *status* coniugale e produrrebbero effetti programmatici per tutta la durata del matrimonio. È ben rappresentata anche la tesi che, sulla base della natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali, che incidono su rapporti patrimoniali e non personali, ammette la possibilità di conferire una procura per la stipula di convenzioni matrimoniali (per un panorama delle diverse opinioni dottrinali cfr. A. Ruotolo, *Procura generale e clausola che prevede la facoltà del rappresentante di stipulare convenzioni matrimoniali*, quesito n. 601/2007/C in *CNN Notizie* del 6 dicembre 2007; A. Zaccaria, *La responsabilità del notaio che abbia ricevuto una procura attributiva del potere di concludere convenzioni matrimoniali (a proposito di un parere del Consiglio Nazionale del Notariato e di una pronuncia della Commissione amministrativa regionale di disciplina della Puglia)*, in *Resp. civ.*, 2008, 775; G. Grasso, *Sulla (pretesa) nullità della procura a concludere convenzioni matrimoniali*, in *Nuova giu. civ.*, 2013, 369).

contravvenuto ad un univoco orientamento dottrinale e giurisprudenziale, in ragione della diversità di opinioni manifestate dalla dottrina.

La decisione n. 10732 del 21 maggio 2014 ha aggiunto sul punto che appare poco pertinente quell'orientamento "intermedio" per il quale la procura avente ad oggetto le convenzioni matrimoniali sarebbe illegittima e vietata ove fosse generale ma legittimamente rilasciabile e quindi lecita se speciale, cioè *ad hoc*; in realtà ove fosse ritenuta sussistente la natura personalissima di detti atti non vi sarebbe alcuno spazio per una procura. Ha precisato che, secondo un recente e autorevole orientamento dottrinale, la natura personalissima delle convenzioni matrimoniali non è affatto pacifica come si desume dai seguenti argomenti: a) sono riconosciute lecite le procure tra coniugi *ex art. 182 c.c.*; b) le procure hanno natura contrattuale per cui si applicano i principi sull'autonomia contrattuale di cui all'*art. 1322 c.c.*, ove dalla specifica normativa non si possa desumere una incompatibilità con detti principi generali; c) l'anticipazione della capacità di stipulare convenzioni matrimoniali per il minore emancipato e l'inabilitato, ammessi a contrarre matrimonio, stabilita dagli *artt. 165 e 166 c.c.* costituisce un semplice e logico del principio *habilis ad nuptias, habilis ad acta nuptialia*, cioè un riflesso consequenziale di una anticipata capacità matrimoniale e non invece corollario del carattere personalissimo dell'atto; d) le convenzioni matrimoniali non hanno natura liberale o donativa per cui ad esse non si applica il divieto del mandato a donare di cui all'*art. 778 c.c.* Ha, quindi concluso, che per potersi ritenere applicabile il divieto di cui all'*art. 28, l. not.*, e la conseguente sanzione a carico del notaio, vi deve essere un atto inequivocabilmente nullo e che, nel caso in esame, non emerge un divieto del tutto pacifico ed incontrastato.

L'orientamento della Co.Re.Di. Emilia Romagna, circa l'insussistenza di un orientamento interpretativo univoco che ritenga vietato il conferimento di una procura a contrarre convenzioni matrimoniali, con la conseguenza che non può dirsi sussistente un inequivocabile divieto di legge a conferire siffatte procure, è stato approvato dalla Corte di Cassazione con la sentenza 8 maggio 2015, n. 9425 che ha preso atto dell'esistenza di un contrasto dottrinale sul punto e della mancanza di un indirizzo consolidato nell'uno o nell'altro senso, per concludere per l'insussistenza della violazione dell'*art. 28, l. not.*

4. La nullità per vizi di forma.

Secondo la Cassazione, l'*art. 28, n. 1, l. not.* si applicherebbe anche ad un vizio di nullità formale²¹. 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 sostanziali²².

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

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

²¹ Cass., 24 luglio 2012, n. 12995, in *Vita not.*, 2013, 355; in *Notariato*, 2014, 85, con nota di G. Trapani; Cass. 23 ottobre 1992, n. 11569.

²² Cass., 22 ottobre 1990, n. 10256.

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.²³. 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 documentale²⁴. 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 documentale²⁵.

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 doveri²⁶. 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 autenticazione²⁷.

4.1. Alcune applicazioni nella Co.Re.Di. Emilia Romagna.

4.1.1. Difetti nelle sottoscrizioni dei componenti.

Nel caso sottoposto alla Co.Re.Di., conclusosi con la decisione n. 106/2008 del 6 marzo 2008, si esaminava un atto nel quale due componenti di nazionalità inglese avevano sottoscritto in

²³ G. Serpi, *Atti vietati*, cit., 613; C. Falzone – A. Alibrandi, voce *Atti proibiti*, cit., 221; M. di Fabio, *Manuale*, cit., 114.

²⁴ G. Casu, *Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione*, in *Studi e Materiali*, 1/2006, 88.

²⁵ G. Casu, *Il compito del notaio*, cit., 88 s.

²⁶ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950, I, 203 e 489.

²⁷ 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, 5.2, 1998, 483 ss.; *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.

maniera incompleta: un comparente aveva abbreviato il primo nome, omesso il secondo e firmato in maniera illeggibile il cognome; un altro comparente aveva omesso il secondo nome. Il Conservatore dell'archivio notarile aveva richiesto la sanzione della sospensione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 28, n. 1) e 138 l. not., per ciascuna delle violazioni commesse.

La Co.Re.Di. ha osservato che, partendo dalla constatazione che non vi è un solo articolo della legge notarile che richiede espressamente la leggibilità delle sottoscrizioni, dottrina e giurisprudenza si sono orientate nel senso di escluderne la necessarietà; l'art. 53. l. not. riguarda l'atto notarile non già le sottoscrizioni, e quindi la sottoscrizione non deve essere necessariamente leggibile. Al contrario, la Commissione ha ritenuto violato l'art. 51, n. 10), l. not. che richiede la sottoscrizione completa, col nome e cognome delle parti. La necessaria completezza della sottoscrizione – secondo la decisione in commento – è collegata all'esigenza di tutela della pubblica fede, cui il notaio è obbligato, che impone di individuare con certezza l'identità delle parti, a volte messa in dubbio da omonimie²⁸. Sul punto la Commissione conclude nel senso che la sottoscrizione deve corrispondere alla identificazione e deve essere apposta per intero, non già con semplificazioni o abbreviazioni. Quanto al profilo sanzionatorio, la decisione ha applicato alla violazione dell'art. 51, n. 10), della sua specifica e precisa sanzione prevista dall'art. 137, comma 2), l. not. ed ha affermato a chiare lettere che appare del tutto erroneo il richiamo al combinato disposto dell'art. 28, n. 1) e dell'art. 138, l. not. in quanto la nullità disposta dall'art. 58, l. not. è sicuramente di ordine formale, e come tale viene sanzionata dall'art. 137, comma 2, l. not., senza pregiudicare la validità sostanziale dell'atto, che mantiene inalterati tutti i suoi effetti giuridici. Altra cosa è la nullità sostanziale dell'atto che trova la sua previsione nell'art. 28 l. not. al quale vanno ricondotti gli atti nulli perché caratterizzati da causa illecita. L'ambito operativo delle due norme è ben diverso: l'art. 28 vieta al notaio di ricevere un atto proibito dalla legge mentre l'art. 58 si limita a prescrivere l'osservanza di alcune formalità, relativamente ad un atto non vietato. L'art. 28 si occupa del contenuto negoziale dell'atto; l'art. 58 delle formalità dell'atto stesso.

4.1.2. Difetto della forma richiesta dalla legge: rinuncia all'eredità per scrittura privata autenticata.

Nel caso deciso da Co.Re.Di. n. 113/2008 del 2 maggio 2008 il notaio ha redatto dichiarazioni di rinuncia all'eredità non per atto pubblico ma per scrittura privata autenticata; il Conservatore dell'Archivio notarile ha richiesto la sanzione dell'avvertimento ritenendo che l'art. 519 c.c. richieda la forma dell'atto pubblico²⁹. La Commissione ha aderito alla richiesta del Conservatore.

In un caso analogo deciso da Co.Re.Di. n. 83/2012 del 14 marzo 2012 la Commissione ha condiviso la tesi del Conservatore dell'Archivio notarile circa la nullità per difetto di forma della rinuncia all'eredità effettuata per scrittura privata autenticata. La tesi è supportata dalle seguenti argomentazioni. Alla rinuncia all'eredità, che è atto unilaterale, si applicano, in virtù del disposto dell'art. 1324 c.c., le norme sui contratti in quanto compatibili; l'art. 1325 prescrive la forma tra i

²⁸ L'argomentazione non appare convincente poiché l'identificazione esatta delle parti è un dovere del notaio e risulta da apposita menzione, prescritta dall'art. 51, n. 4), l. not., che deve essere inserita nell'atto a pena di nullità; la sottoscrizione delle parti serve piuttosto a garantire che la parte ha compreso ed approvato il contenuto e gli effetti dell'atto.

²⁹ Dispone l'art. 519, comma 1, c.c. «La rinuncia all'eredità deve farsi con dichiarazione, ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, e inserita nel registro delle successioni».

requisiti del contratto e l'art. 1418 sanziona con la nullità la mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.

La necessità della forma pubblica per l'atto di rinuncia all'eredità è stata ribadita dalla Corte d'Appello Bologna n. 224/2009 del 9 dicembre 2009 sulla scia della giurisprudenza della cassazione (Cass. 29 marzo 2003, n. 4846) che ha chiarito che nel sistema delineato dagli artt. 519 e 525 c.c. in tema di rinuncia all'eredità, la quale determina la perdita del diritto all'eredità ove sopraggiunga l'acquisto da parte degli altri chiamati, l'atto di rinuncia deve essere rivestito di forma solenne e inserito nel registro delle successioni. La citata sentenza ha confermato la sanzione dell'avvertimento per il notaio che aveva autenticato due scritture private contenenti rinuncia ad eredità.

Se è certo che la violazione da parte del notaio di un requisito di forma è sanzionabile, più incerta è la sanzione da applicare: dalle decisioni esaminate emerge chiaramente la difficoltà di ricondurre una violazione formale all'interno del perimetro applicativo dell'art. 28, n. 1), l. not.

4.1.3. Atto tradotto dall'interprete in un solo corpo e mancanza della doppia sottoscrizione.

Nel caso deciso dalla Co.Re.Di. il 20 maggio 2015 in un atto di accettazione di eredità da parte di una signora polacca, ricevuto dal notaio con l'intervento di un interprete che ha tradotto l'atto nella lingua conosciuta dalla comparente, l'atto e la traduzione sono stati scritti, rispettivamente dal notaio e dall'interprete, in un unico corpo e sono stati sottoscritti una sola volta.

L'atto in questione non rispetta le prescrizioni dell'art. 55 l. not.³⁰ che prescrive che la traduzione sia posta di fronte all'originale o in calce al medesimo e che sia l'originale sia la traduzione siano sottoscritti dalle parti, dall'interprete, dai testimoni e dal notaio.

Il Conservatore ha sostenuto che il notaio con l'atto in questione avrebbe violato, sotto diversi aspetti procedurali, l'art. 55 l. not., sanzionato con la sospensione da uno a sei mesi dall'art. 138, comma 1, lett. b), l. not.

Secondo un orientamento più rigoroso, qualunque violazione delle prescrizioni dell'art. 55 l. not. dà luogo all'applicazione della più grave sanzione prevista dall'art. 138 l. not. Non sarebbe consentita alcuna distinzione, sul piano sanzionatorio, tra i diversi i precetti contenuti nell'art. 55 l. not.; la violazione di uno qualsiasi dei precetti contenuti nell'art. 55 l. not. darebbe sempre luogo alla sanzione di cui all'art. 138, lett. b), l. not. Secondo un altro orientamento, la sanzione più grave della sospensione riguarderebbe le molte prescrizioni dell'art. 55 l. not., con l'eccezione dell'apposizione della doppia sottoscrizione finale che sarebbe soggetta al regime sanzionatorio previsto per la violazione dell'art. 51 l. not., in forza dell'esplicito richiamo a tale norma contenuto nell'art. 55 l. not.

La Corte di Cassazione con la sentenza 8 gennaio 2013, n. 9177 ha rilevato l'incongruenza di un'interpretazione che attribuisca la sanzione maggiore a tutte indistintamente le violazioni dell'art. 55 l. not., in quanto l'interpretazione letterale condurrebbe ad una sanzione più grave per l'atto nel quale manchi la seconda sottoscrizione finale rispetto all'atto nel quale sia stata omessa

³⁰ Dispone l'art. 55 l. not. «Qualora il notaro non conosca la lingua straniera, l'atto potrà tuttavia essere ricevuto con l'intervento dell'interprete, che sarà scelto dalle parti. [...]

L'atto sarà scritto in lingua italiana, ma di fronte all'originale o in calce al medesimo dovrà porsi anche la traduzione in lingua straniera da farsi dall'interprete, e l'uno e l'altra saranno sottoscritti come è disposto dall'art. 51. L'interprete pure dovrà sottoscrivere alla fine e nel margine di ogni foglio tanto l'originale quanto la traduzione».

l'unica sottoscrizione finale, punendo più severamente un comportamento meno censurabile. Secondo la Cassazione il testuale rinvio contenuto nell'art. 55 l. not all'art. 51 l. not., unitamente all'incongruenza segnalata dell'applicazione della sanzione della sospensione per la mancanza della seconda sottoscrizione finale, conducono a preferire un'interpretazione logico-sistematica dell'art. 138 che applichi alla violazione delle prescrizioni dell'art. 51 l. not. il trattamento sanzionatorio dell'art. 137 l. not., e quindi la sanzione pecuniaria e non la sospensione.

La Commissione ha ritenuto di seguire questa seconda interpretazione che appare più aderente, sul piano sanzionatorio, al disvalore in concreto della condotta del notaio incolpato al quale non può imputarsi altro che non avere osservato l'obbligo della doppia sottoscrizione in calce alla traduzione, avendo per il resto rispettato le prescrizioni previste dall'art. 55 l. not. a tutela della persona straniera che non conosce la lingua italiana³¹.

4.1.4. Dichiarazione dei sordi di avere letto l'atto e doppia sottoscrizione.

Nel caso deciso da Co.Re.Di. n. 104/2010 del 4 marzo 2010 il notaio aveva ricevuto un atto nel quale intervenivano, come acquirenti, due sordomuti e, in calce all'atto, aveva fatto scrivere a ciascuno dei sordomuti la dichiarazione, prescritta dall'art. 57 l. not., di avere letto l'atto e di averlo riconosciuto conforme alla propria volontà; quindi l'atto è stato sottoscritto, nell'ordine, dal venditore, dai sordomuti, dai testimoni e dal notaio. Il Conservatore dell'Archivio notarile ha contestato al notaio la mancanza della sottoscrizione da parte di ciascun sordomuto della propria dichiarazione ed ha chiesto l'applicazione della sanzione della sospensione. La Commissione ha affermato che «la "ratio" della norma di cui all'art. 57 L.N. è quella di rendere inequivocabilmente accertata la circostanza che la persona priva della parola e dell'udito, la quale ovviamente non ha potuto seguire la lettura dell'atto, abbia potuto leggere il testo e lo dichiarare per iscritto in maniera esplicita; la norma appare rispettata, in quanto la dichiarazione è stata scritta di pugno e sottoscritta; ritenere non osservata la norma perché la sottoscrizione delle persone prive di parola non è stata apposta immediatamente dopo la rispettiva dichiarazione o pretendere addirittura che la norma si possa ritenere osservata solo con una doppia sottoscrizione (la prima apposta dal sordomuto in calce alla propria dichiarazione e la seconda in calce all'atto assieme a quella delle altre parti) appare frutto di una interpretazione eccessivamente formalistica della norma e non giustificata né dalla "ratio" né dalla "lettera" dell'art. 57 L.N.. Quanto poi al fatto che la sottoscrizione delle persone prive della parola e dell'udito debba precedere quella delle altre parti, l'art. 57 L.N. recita "il muto o sordo-muto, che sappia leggere e scrivere, deve egli stesso leggere l'atto e scrivere, alla fine del medesimo, prima delle sottoscrizioni, che lo ha letto e riconosciuto conforme alla sua volontà"; non è detto nell'art. 57 che la sottoscrizione dei sordomuti debba precedere la sottoscrizione delle parti, ma che la loro dichiarazione deve precedere la sottoscrizione». La Commissione ha quindi prosciolto il notaio dall'addebito in quanto la condotta da lui tenuta è risultata conforme alle prescrizioni dell'art. 57 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

³¹ In due precedenti la CoRe.Di. n. 141/2010 del 6 maggio 2010 e n. 121/2016 del 5 febbraio 2014, per la violazione dell'art. 55 l. not., ha condannato il notaio alla sanzione pecuniaria in presenza delle attenuanti di cui all'art. 144 l. not.

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*³². 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

32 S. Monticelli, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Studi e Materiali*, Ipsoa, 3/2009, 976.

costruito la sua offerta commerciale, ha una funzione di deterrenza maggiore rispetto alla nullità dell'intero contratto che impedirebbe la sua esecuzione³³.

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 danno³⁴.

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»³⁵.

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'ordinamento³⁶.

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

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

34 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.

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

36 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.

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 validità³⁷.

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'indebitato. 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*³⁸. 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 mercato³⁹.

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 professionale conferito dalle parti al notaio ed esplicitati nel codice deontologico dell'attività notarile⁴⁰.

6. Il rischio di invasione della competenza dell'autorità giudiziaria.

Un tema particolarmente delicato nell'attività notarile è il confine della competenza del notaio rispetto all'attività del giudice; è noto che l'atto notarile ha una funzione di "prova

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

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

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

40 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».

privilegiata” nell’ambito processuale per la particolare affidabilità e forza probatoria dell’atto notarile. È però vietato al notaio abusare della forza probatoria dell’atto notarile per preconstituire prove da utilizzare in un eventuale processo.

In base al disposto dell’art. 2700 c.c. l’atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Va sottolineato che la fede privilegiata dell’atto pubblico, che può essere vinta solamente dalla querela di falso, riguarda esclusivamente il fatto storico che certe dichiarazioni sono state rese al notaio da quel determinato soggetto, in conformità all’attestazione che il notaio ne fa nell’atto pubblico, ma *non riguarda il merito, cioè il contenuto delle dichiarazioni che è liberamente valutabile dal giudice.*

È stato chiaramente affermato in dottrina che, in ultima analisi, il documento notarile è un “verbale di constatazione”⁴¹. «Visto dalla visuale notarile il documento è la verbalizzazione di tutto quanto avvenuto in relazione all’attività documentale, comprese le dichiarazioni rese dai comparenti che sono accadimenti da registrare nel verbale, non fedelmente, ma in sintesi giuridica.

L’atto ridotto ai minimi termini è come se dicesse: “Io notaio attesto che il giorno... nel luogo... il signor A ha dichiarato... il signor B ha dichiarato...; inoltre è stato compiuto questo e fatto quest’altro... La pubblica fede copre solamente le attestazioni dei fatti che il notaio dichiara avvenuti in sua presenza, non anche la corrispondenza a verità delle dichiarazioni rese»⁴².

La pubblica fede non si estende al contenuto delle dichiarazioni rese dalla parte: mentre è di immediata percezione del notaio il fatto storico della dichiarazione resa davanti a lui non altrettanto può dirsi circa la corrispondenza a verità della dichiarazione resa; pertanto non occorrerà querela di falso per dimostrare che i fatti dichiarati non corrispondono a verità.

In definitiva, la fede pubblica che assiste l’atto notarile non impedisce al giudice di svolgere la normale attività istruttoria sul merito delle dichiarazioni rese al notaio.

Particolare prudenza è consigliabile al notaio nel ricevere atti di notorietà e altre dichiarazioni giurate, fuori dai casi in cui essi siano espressamente previsti da norme di legge, onde evitare che siano considerate come assunzioni di testimonianze a futura memoria.

Nel caso deciso da Co.Re.Di. Emilia Romagna n. 23/2009 del 27 giugno 2008 il Conservatore dell’Archivio notarile ha contestato al notaio l’invasione della competenza dell’autorità giudiziaria ed il mancato rispetto della normativa della *privacy*, avendo il notaio allegato ad un atto una relazione neuropsichiatrica redatta da un medico specialista relativa alle condizioni di salute mentale *di un soggetto diverso dal richiedente*, in cui la diagnosi conclusiva risultava essere un giudizio di “demenza di grado moderato”. La Commissione ha escluso la violazione del divieto di istruzione preventiva in quanto l’atto di deposito ha il solo fine della conservazione del documento, senza alterarne contenuti o qualsiasi altro profilo. Infatti, il giudice conserva il potere di utilizzare o meno tale documento nell’attività istruttoria oppure di ordinare a chi detenga il documento, compreso il notaio, di produrlo nel processo. Quanto alla presunta violazione della legge sulla *privacy*, la Commissione ha affermato che la documentazione allegata,

41 G. Santarcangelo, *La forma degli atti notarili*, Roma, 1988, 23.

42 G. Santarcangelo, *op. cit.*, 23 e 24.

avente carattere medico specialistico, non è intrinsecamente contro la legge né è vietata; inoltre non è vietata la diffusione e la divulgazione di ogni tipo di documentazione a carattere medico. Nella fattispecie in considerazione alcuni soggetti (medico o parenti) possono avere violato norme imperative ma ciò non era manifestamente rilevabile dalla richiesta di deposito effettuata al notaio. Chi rilascia la documentazione o chi ne fa cattivo uso può essere responsabile di una violazione di legge ma ciò non limita il potere-dovere del notaio di ricevere e conservare in deposito documenti a lui consegnati dai cittadini. Vi può essere un problema di coordinamento di norme di legge ma di questo non può essere chiamato a rispondere il notaio a livello disciplinare.

7. Il nuovo art. 147, l. not. ⁴³

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 parte⁴⁴. 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

⁴³ Dispone l'art. 147, l. not. «1. È 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:

a) compromette, in qualunque modo, con la propria condotta, nella vita pubblica o privata, la sua dignità e reputazione o il decoro e prestigio della classe notarile;

b) viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato;

c) fa illecita concorrenza ad altro notaio, con riduzioni di onorari, diritti o compensi, ovvero servendosi dell'opera di procuratori di clienti, di richiami o di pubblicità non consentiti dalle norme deontologiche, o di qualunque altro mezzo non confacente al decoro ed al prestigio della classe notarile.

2. La destituzione è sempre applicata se il notaio, dopo essere stato condannato per due volte alla sospensione per la violazione del presente articolo, vi contravviene nuovamente nei dieci anni successivi all'ultima violazione».

⁴⁴ V. Tenore - G. Celeste, *La responsabilità professionale del notaio ed il relativo procedimento*, Milano, 2008, 95.

difesa (art. 24 Cost.), il quale sarebbe svuotato di contenuto se le condotte punibili non fossero *ex ante* precisamente individuate dal legislatore⁴⁵

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 storico⁴⁶.

7.1. Una “tipica” violazione dell’art. 147 l. not.

Un caso di violazione dell'art. 147, lett. c), l. not. è stato accertato e sanzionato dalla Corte d'Appello di Bologna 29 luglio 2014 cron. n. 2903/2014 su iniziativa del Consiglio notarile.

Nella fattispecie al vaglio della Corte d'Appello è risultato che il notaio incolpato si è avvalso di un “procacciatore d'affari a titolo oneroso”; ha spersonalizzato il proprio ministero affidando ad una struttura esterna al notariato, nella specie ad un avvocato, le attività preliminari e preparatorie rispetto agli atti da stipulare; ha compromesso la dignità, il prestigio e il decoro della classe notarile accettando di rivestire un ruolo subordinato e di mero certificatore al servizio di una struttura esterna al notariato. La sentenza elenca le seguenti circostanze di fatto ritenute significative dell'esistenza del rapporto di “procacciatore di affari”: la diversità dei caratteri degli atti redatti nella sede del notaio e di quelli redatti nella sede dell'avvocato; la rilevanza dei compensi corrisposti dal notaio all'avvocato per le attività preliminari e propedeutiche agli atti, genericamente descritte nelle fatture emesse dall'avvocato; l'indicazione “notaio” sul campanello dell'avvocato; le ammissioni rese dal notaio secondo cui i clienti erano dell'avvocato che prendeva i primi contatti e curava gli adempimenti preliminari e vi era tra i due professionisti un accordo in base al quale il notaio versava all'avvocato circa la metà dei propri compensi. Tali indizi sono stati considerati sufficienti per ritenere violato l'art. 31 del *Codice deontologico notarile*.

7.2. Una “atipica” violazione dell’art. 147 l. not. “mediante la stipula di un atto annullabile”.

Nella decisione n. 49/2008 dell'11 febbraio 2008, che ha definito un procedimento avviato dal Presidente del Consiglio notarile competente, il notaio incolpato aveva stipulato un atto di mutuo ipotecario nel quale il mutuatario, pur essendo comproprietario in regime di comunione legale del cespite cauzionale, interveniva in atto per concedere la garanzia ipotecaria sull'immobile senza la moglie. Come aggravante della condotta del notaio, è stato accertato che lo stesso notaio era ben consapevole che quell'immobile era di comproprietà dei coniugi in regime di comunione legale per avere ricevuto lui stesso l'atto di acquisto ed avere indicato il regime di comunione legale nella nota di trascrizione; una collega del notaio incolpato lo aveva contattato telefonicamente e gli aveva rappresentato la necessità che al contratto di mutuo ipotecario intervenisse anche la moglie del mutuatario, al fine della corretta iscrizione ipotecaria a garanzia del mutuo. La decisione ha affermato che «un simile modus operandi, oltre a produrre un gravissimo danno alla collega diligente (dalla quale quel cliente si asterrà in futuro dall'andare) produce altresì un ulteriore

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

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

gravissimo danno all'immagine, alla credibilità ed all'autorevolezza del notariato e quindi va sanzionato».

8. I rapporti tra l'azione dei Conservatori dell'Archivio notarile e quella dei Presidenti del Consiglio notarile.

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.)⁴⁷.

8.1. Un'applicazione nella Co.Re.Di. Emilia Romagna: mancata sottoscrizione finale del notaio e pretesa violazione dell'art. 147, l. not.

Nel caso esaminato dalla decisione n. 147/2009 del 30 giugno 2009 era stata omessa ogni sottoscrizione, in calce ed a margine dell'atto, da parte del notaio e l'atto era stato regolarmente registrato e trascritto, come risultava dalle annotazioni poste nel margine dell'atto da parte del notaio. Il Conservatore ha chiesto la condanna del notaio alla sospensione per violazione sia degli articoli 28 e 47 (*“Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto”*) sulla base dell'assunto che l'art. 58 l. not. prevede la nullità degli atti se non furono osservate le disposizioni del n. 10) dell'art. 51, sia per violazione dell'art. 147 l. not., che sanziona i comportamenti del notaio deontologicamente scorretti, poiché il notaio avrebbe realizzato “comportamenti omissivi che tradiscono la fiducia, l'affidamento risposto dai terzi nell'operato del Notaio quale garante della certezza della pubblicità data dai pubblici registri”. La Commissione ha rilevato la incompetenza del Conservatore a contestare la violazione dell'art. 147 l. not. poiché tale fattispecie disciplinare, di natura evidentemente residuale, può essere rilevata e contestata al notaio dal Presidente del Consiglio notarile – eventualmente su proposta del Conservatore dell'Archivi notarile – vertendo su fatti e circostanze comportamentali che non possono in alcun modo rilevarsi e dedursi dall'esame ispettivo degli atti e registri notarili, sui quali verte l'esame del Conservatore, con conseguente carenza di autonoma legittimazione attiva nell'ambito del predetto art. 147 l. not. Inoltre l'art. 147 l. not. non può ricorrere quando la fattispecie concreta ha una propria autonoma previsione normativa ed una sua specifica sanzione. Né la mancanza della sottoscrizione finale del notaio comporta violazione dell'art. 47 l. not. che attiene all'esigenza dell'indagine da parte del notaio della volontà delle parti fino alla stesura dell'atto, sotto il profilo sostanziale, a prescindere da vizi formali che hanno una loro diversa e specifica previsione normativa con apposita sanzione. La Commissione ha, quindi, dichiarato inammissibile

⁴⁷ In senso conforme, G. Petrelli, *Art. 28 della legge notarile*, cit., 1235.

la richiesta di procedimento disciplinare in ordine alla violazione dell'art. 147, lett. a), l. not e non sussistente la violazione dell'art. 47 l. not.

Alessandro Torroni