

Responsabilità del Notaio e articolo 28 della Legge Notarile

di Roberto Marazzi

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, 1 febbraio 2001 n. 1394

GIULIANO – Presidente – SEGRETO Relatore – CAFIERO P.M. – Adriano Sella (avv. Simili) –
Procuratore Generale Corte d'Appello di Brescia.

Responsabilità disciplinare del Notaio – Nullità assoluta e relativa – Nullità espressa - Nullità formale e sostanziale – Inefficacia – Interpretazione analogica – Convalida dell'atto nullo (L. 16 febbraio 1913, n. 89, art. 28; C.C. art. 1418; L. 26 giugno 1990, n. 165, art. 3, c. 13 ter; L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40; C.C. art. 1423; Disp. Prel. C.C., art. 14)

L'articolo 28 della Legge Notarile n. 89/1913, vietando al Notaio di ricevere atti "espressamente proibiti" dalla legge, intende riferirsi a tutti gli atti affetti da vizi che diano luogo a nullità assoluta, senza che rilevi sul punto la distinzione tra norme proibitive e precettive e la differenza tra nullità espressa e non espressa o tra nullità formale e sostanziale; un atto di compravendita immobiliare, privo della dichiarazione dell'alienante prevista a pena di nullità dall'articolo 3 comma 13 ter della legge 26 giugno 1990 numero 165, dev'essere considerato atto "espressamente proibito" ai sensi dell'articolo 28 della Legge Notarile e quindi suscettibile di essere sanzionato ai sensi della stessa.

La sentenza in esame affronta ancora una volta, in senso adesivo rispetto all'orientamento giurisprudenziale più recente, la questione della tipologia di vizi idonei a qualificare un atto notarile come "espressamente proibito" ai sensi dell'articolo 28 della Legge Notarile numero 89/1913 e quindi a giustificare l'applicazione a carico del notaio rogante delle gravi sanzioni previste dall'articolo 138 della stessa legge.

La vicenda esaminata si riferisce all'avvenuta stipulazione di un atto notarile di compravendita di immobile privo della dichiarazione resa dall'alienante ai sensi dell'articolo 3 comma 13 ter della legge 26 giugno 1990 numero 165 riguardo l'avvenuta dichiarazione del relativo reddito fondiario nell'ultima dichiarazione di redditi, omissione cui la stessa disposizione normativa collega la nullità dell'atto.

Con sentenza del Tribunale di Bergamo, confermata in sede di impugnazione dalla Corte d'Appello di Brescia, il notaio rogante veniva condannato, per violazione dell'art. 28 citato, al pagamento di un'ammenda dell'importo di lire 4.000; la decisione viene confermata dalla Suprema Corte che rigetta il ricorso del notaio e ribadisce così come tra gli atti "espressamente proibiti", che il pubblico ufficiale deve rifiutarsi di ricevere a norma del primo comma dell'articolo 28 L. 89/1913, sia compresa la compravendita affetta dal vizio formale consistente nella omessa dichiarazione di cui all'articolo 3 comma 13 ter della legge 165/1990.

La problematica relativa all'ambito di applicazione del primo comma dell'articolo 28 citato è stata oggetto di una lunga e controversa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, di cui sarà utile dare brevemente conto, che ha portato a ricomprendervi non più tutti gli atti inefficaci o annullabili, ma solamente quelli

nulli; sarà poi utile soffermarsi più diffusamente sulle opinioni dottrinali intese a negare la completa identificazione tra atto nullo ed atto vietato ex art. 28 L.N. ed in particolare sulla tesi che, a fini sanzionatori, sia irrilevante la distinzione tra nullità formale e nullità sostanziale. (sul tema vedi Casu "Funzione notarile e controllo di legalità" Rivista del Notariato, 1998, 4, p. 561 ss.)

Le più risalenti pronunce della Corte di Cassazione avevano avallato la tesi per la quale dovessero considerarsi "espressamente proibiti", quindi non ricevibili da parte del notaio, tutti gli atti che per qualunque ragione non fossero oggettivamente idonei a produrre gli effetti giuridici ad essi collegati: in particolare l'estensione dell'articolo 28 L.N. agli atti inefficaci veniva affermata in relazione alla vendita di bene pignorato (Cass. 1 agosto 1959 n. 2444 in Foro It. 1960, I, 1, p. 100) e, in altra pronuncia della Suprema Corte, veniva motivata con la circostanza che il notaio in qualità di pubblico ufficiale è investito di un dovere di diligenza, in riferimento al rispetto della legalità, maggiore degli altri professionisti (Cass. 11 marzo 1964 in Foro It. 1964, I, p. 960); già dal 1972 la Corte di Cassazione ha, peraltro, modificato il proprio orientamento negando che la vendita di bene pignorato, negozio inefficace, sia in contrasto con l'articolo 28 della Legge Notarile (Cass. 25 ottobre 1972 n. 3256 in Giur. It. 1974, I, 1, p. 422) ed affermando anzi che il notaio abbia il dovere di riceverlo, per non incorrere in violazione dell'articolo 27 L.N.

Ancora più numerose risultano le pronunce che estendono l'ambito di applicazione dell'articolo 28 L.N. agli atti suscettibili di annullamento (fra le tante vedi le più recenti Cass. 10 novembre 1992 n. 12081 in Vita Notarile 1993, p. 951, Cass. 22 ottobre 1990 n. 10256 in Vita Notarile 1991, p. 697 e Cass. 19 dicembre 1993 n. 11404 in Vita Notarile 1994, p. 405), evidenziando espressamente la sentenza n. 12081/1992 come la citata disposizione normativa "vietando al notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, ha inteso riferirsi non solo agli atti vietati singolarmente e specificamente, ma a tutti gli atti comunque contrari a disposizioni della legge stessa, ossia non aderenti alla normativa legale, di ordine formale o sostanziale, per essi prevista a pena di inesistenza, nullità o annullabilità".

La rigorosa posizione giurisprudenziale appena esposta veniva in particolare modo a svilupparsi con riferimento agli atti compiuti in violazione dell'articolo 54 Regolamento Notarile, norma che proibisce il rogito di contratti nei quali intervengano persone non autorizzate o assistite nei modi di legge e che quindi allude ad atti sanzionabili con l'annullamento, come previsto ad esempio dall'art. 322 C.C. per quelli stipulati in violazione delle norme sull'esercizio della rappresentanza da parte di genitori nei confronti del figlio.

In generale la dottrina, soprattutto negli ultimi anni, ha ritenuto di non condividere il descritto orientamento della Corte di Cassazione, opponendovi una grande quantità di considerazioni di diversa natura (sul punto Angeloni "Responsabilità del Notaio e clausole abusive" Giuffrè, 1999, p. 2-3).

Dal lato storico si è osservato che nell'iter parlamentare che condusse all'approvazione della legge notarile si evitò di recepire la proposta del Ministro Fani diretta ad imporre al notaio di "informare le parti sui vizi di impugnabilità dell'atto" in modo da non gravarlo di un compito tipicamente giudiziale quale la valutazione di eventuali vizi di impugnabilità (sul punto Andò "Premesse storiche per l'interpretazione dell'art. 54 del Regolamento Notarile" in Notariato Italiano 1938, p. 185 e Condò e Fabroni "Contributo alla interpretazione dell'art. 28 n.1 della legge notarile" in Rolandino, 1967, p. 237).

Dal lato sostanziale si è poi osservato che non è possibile considerare vietato un atto che, in quanto annullabile, è medio tempore produttivo di effetti (Boero "La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza", Torino 1993, I, p. 185), mentre dal lato formale si evidenzia che l'articolo 58 del Regolamento notarile sanziona con la semplice ammenda il compimento di alcune violazioni formali che conducono alla nullità, circostanza che rende incongruente punire con la sospensione determinata dal combinato disposto degli articoli 28 e 138 L. N. il ricevimento di atti solo annullabili (Triola "Ancora in tema di atti espressamente proibiti dalla legge ai sensi dell'art. 28 n. 1 legge notarile" in Giust. Civ., 1986, I, p. 2934). Nemmeno si è ommesso di rilevare come la norma proibitiva di cui all'art. 28 L.N. sia eccezionale rispetto alla generale prescrizione di cui al precedente art. 27., che obbliga il notaio a prestare il proprio ministero, e quindi da interpretarsi restrittivamente (D'Orazi Flavoni "La responsabilità e le responsabilità del Notaio" in Rivista del Notariato 1961, p. 398)

Un'ultima serie di critiche si fonda infine sul ruolo che la Legge in generale assegna al notaio, lucidamente individuata da D'Orazi Flavoni non solo nella funzione pubblicistica di certificazione, consistente nella attribuzione della pubblica fede, ma anche nella funzione di adeguamento dell'intento empirico manifestato dalle parti ai paradigmi offerti dall'ordinamento positivo (vedi Di Fabio "Manuale di Notariato" Giuffrè,

1981, p. 86): il notaio di tipo latino, diversamente dal collega anglosassone, è investito di un compito di consulenza a carattere privatistico, funzione che può condurlo, per assecondare le volontà delle parti, a consigliare la stipulazione di negozi affetti da vizi che tuttavia la legge consideri disponibili e quindi meramente annullabili (sul punto Casu "Funzione notarile e controllo di legalità" già cit. p.582).

Negli ultimi anni l'orientamento della Corte di Cassazione sul punto in questione si è totalmente modificato (in via esemplificativa Cass. 11 novembre 1997 n.11128 in Notariato 1998, p.7 ss. e Cass. 4 maggio 1998 n.4441 in Rivista del Notariato 1998, p.717 ss.), accogliendo in maniera quasi integrale le critiche sopra ricordate e giungendo a quell'equiparazione tra atto "espressamente proibito" e atto nullo accolta dalla pronuncia in esame la quale, in proposito, testualmente riporta la soluzione già proposta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza numero 2084/1989; la medesima affermazione circa la coincidenza dell'ambito di applicazione dell'articolo 28 L. N. con il concetto di nullità è proposta dalla dottrina largamente maggioritaria (Molinari "Nullità, art. 58 L.N. e altri argomenti" in Federnotizie, maggio 1999).

Non si deve peraltro dimenticare che, per essere determinante della responsabilità disciplinare in esame, la nullità debba riferirsi ad elementi strutturali e quindi essenziali del negozio (Di Fabio "Manuale di Notariato" già cit. p. 94)

Una volta chiarito il presupposto, ormai accettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che per atto proibito ex art. 28 L.N. debba intendersi l'atto nullo, le opinioni dottrinarie divergono sull'ulteriore questione della totale equiparazione tra nullità rilevante per l'applicazione dell'articolo 28 L. N. e nullità risultante dalla definizione di cui all'articolo 1418 C. C.; in altre parole a fronte dell'opinione di chi considera che ogni ipotesi di nullità sia idonea a determinare la responsabilità disciplinare del notaio rogante, alcune autorevoli voci propongono una diversa impostazione diretta a distinguere, tra i vizi sanzionati con la nullità, la più ristretta categoria di quelli cui consegue l'ulteriore applicazione dell'articolo 28 citato.

Un primo criterio di differenziazione consiste nell'individuazione, quale determinante della responsabilità disciplinare, della sola ipotesi di illiceità del contratto; l'opinione viene diffusamente esplicita da Tondo (Tondo "Responsabilità notarile nel controllo di legittimità degli atti" Milano, 1998, p. 929) il quale ritiene che l'articolo 28 citato non sia che un'espressione dell'art. 1343 C.C., piuttosto che dell'art. 1418 C.C., e che quindi sia diretto a proibire solo quella categoria di negozi che, in quanto illeciti, esprimono una "contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico più forte di quella espressa dalla sua contrarietà a norme imperative" (Galgano "Diritto civile e commerciale" Volume II, Le obbligazioni e i contratti, Cedam, Padova, 1993, p. 286); la medesima soluzione viene accolta da Detti (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 Rivista del Notariato, 1964 p. 187) il quale individua nella sola causa illecita la fonte della responsabilità disciplinare in esame e collega invece alle altre ipotesi di nullità la responsabilità professionale nei confronti delle parti.

Già abbiamo evidenziato peraltro come la sentenza in esame e la giurisprudenza di legittimità dominante (Angeloni "Responsabilità del Notaio e clausole abusive" già cit. p. 13) accolgano in modo pieno l'equiparazione tra art. 28 L.N. e art. 1418 C.C. senza distinguere in ragione dell'ulteriore illiceità dell'atto.

Un secondo criterio di differenziazione viene esplicito da Angeloni, il quale distingue tra nullità espressa e non espressa, ricordando che il comma 2 dell'art. 1 della legge 24 dicembre 1981 n. 689 dispone che "le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati" e che pertanto consentire l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 138 L.N. in tutti i casi di nullità e non solo in quelli di nullità espressa condurrebbe ad un'illecita estensione della portata della norma in violazione del suddetto principio di tassatività (Angeloni, già cit. p. 17) Il ricorrente, nel procedimento in esame, ha ritenuto di proporre il medesimo criterio ritenendo che l'art. 28 L.N., parlando di "proibizione espressa", intenda riferirsi ai soli atti compiuti in violazione di norme che contengano un'esplicita previsione di nullità.

Anche questo secondo tentativo di distinguere tra atto genericamente nullo e atto proibito ex art. 28 citato non ha ottenuto tuttavia né l'avallo della Cassazione in esame, la quale ha specificato che "...ove anche la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe pur sempre ritenersi espressa per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed il primo comma dell'art. 1418 c.C., che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa...", né quello dell'orientamento giurisprudenziale dominante, considerato che le Sezioni Unite della Cassazione, nella già

citata sentenza numero 11128/1997, sono precise nell'affermare che "... debbano considerarsi vietati ai sensi dell'art. 28 comma 1 L.N. (.....) anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 C.C. comma 1." ;la stessa pronuncia, ed in termini adesivi anche quella in esame, interpreta pertanto il termine "espressamente" contenuto nell'art. 28 L.N. con il significato di "inequivocamente", utilizzabile perciò anche in occasione di contrasti tra atto e norma imperativa cui la sanzione di nullità sia applicabile in forza della sola disposizione generale "in bianco" di cui all'articolo 1418 C.C. primo comma e non per espressa previsione della norma violata; ancora la sentenza numero 11128/1997 specifica infine che l'univocità del contrasto dell'atto rispetto alla legge possa anche risultare da un "consolidato orientamento interpretativo dottrinale" e non da un'espressa previsione normativa.

L'opinione dominante, e con essa la pronuncia in esame, non accolgono nemmeno un ulteriore tentativo di dissociare la proibizione di cui all'art. 28 L.N. dal concetto di nullità quale emerge dall'articolo 1418 C.C.; propone infatti il ricorrente, insieme a parte della dottrina, che la sola nullità rilevante sarebbe quella sostanziale e non quella formale. L'articolo 1418 citato collega tuttavia la nullità di un contratto alla mancanza degli elementi essenziali quali vengono indicati dall'art. 1325 C.C., comprensivi pertanto anche della forma; non vi è ragione per dubitare del fatto che il notaio - pubblico ufficiale, a maggior ragione delle parti, non sia legittimato a derogare a formalità che la legge o le parti convenzionalmente ritengano essenziali per la completezza del negozio (in merito alla rilevanza della forma ad substantiam quale elemento costitutivo del contratto vedi tra le tante Cass. 7 giugno 1966 n. 1495).

Sulla idoneità del vizio formale a determinare la responsabilità disciplinare ex art. 28 L.N. del notaio rogante è necessario soffermarsi ancora brevemente segnalando alcune ipotesi di nullità formale cui parte della dottrina e della giurisprudenza non collegherebbero tale conseguenza disciplinare. Si tratta in particolare delle violazioni formali previste dalla legge notarile, dal momento che l'art. 138 L.N. sanziona in maniera distinta gli atti ricevuti in violazione dell'art. 28 L.N. e quelli che risultino contrari ad altre specifiche disposizioni della legge stessa quali gli articoli 54-57 (in senso conforme a tale interpretazione vedi la giurisprudenza non recente del Trib. Milano 11 giugno 1965 in Riv. Not. 1965, p. 505 e App. Milano 17 novembre 1961 in Riv. Not. 1962 p. 602). Diversa è invece la soluzione comunemente accolta in merito alle ipotesi di nullità di cui all'art. 58 L.N., dal momento che dopo un periodo in cui è stato fortemente controversa la possibilità di applicare l'art. 28 L.N. anche a dette ipotesi di nullità (Molinari "Nullità, art. 58 L.N. e altri argomenti" già cit. p. 4), opinione accolta ancora da parte di alcuni autori (Malaguti "Regolarità formale dell'atto e art. 28 L.N." in Studi e Materiali Vol. 2, Milano 1990, p.71, Casu "Funzione notarile e controllo di legalità" già cit. p. 589), è ormai invece prevalente la recente tendenza giurisprudenziale intesa a non scorgervi particolari obiezioni, considerata l'estrema chiarezza delle pronunce già citate nell'affermare che "... tra gli atti nulli rilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie disciplinare di cui all'art. 28 L.N. vi sono anche quelli indicati dall'articolo 58 L.N.. Anzi proprio dal combinato disposto di quest'ultima norma con il citato art. 28 emerge che il divieto per il notaio di ricevere atti investe tutti gli atti comunque affetti da nullità. Infatti il divieto per il notaio di ricevere atti in cui il coniuge, i parenti o affini siano parti (art. 28, comma 1 n.2), ovvero atti in cui gli stessi siano interessati (art. 28, comma 1 n.3), si riferisce ad atti che non sono espressamente proibiti dalla legge e neppure affetti da nullità secondo le norme codicistiche, ma che sono sanzionati di nullità solo per effetto dell'art. 58 comma 1 n.3 L.N...." (Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, Cass. 19 febbraio 1998 n. 1766 e Cass. 9 luglio 1998 n. 7665).

Merita un'ultima annotazione il fatto che, omissa la dichiarazione prevista dall'art. 3 comma 13 ter L. 165/1990, non sarà possibile integrare l'atto in analogia con quanto invece permesso dall'art. 40 L. 47/1985: la Corte ricorda in proposito che ai sensi del generale principio di cui all'art. 1423 C.C. "Il contratto nullo non può essere convalidato se la legge non dispone altrimenti", che pertanto la possibilità concessa dall'art. 40 citato ha carattere eccezionale e che quindi sarà insuscettibile di applicazione analogica (art. 14 disp. prel. C.C.); nemmeno si potrà eccepire l'incostituzionalità dell'art 3 comma 13 ter in esame per violazione dell'art. 3 Cost., ipotesi che infatti la Corte ritiene manifestamente infondata, laddove non prevede la possibilità di confermare il negozio nullo, possibilità ammessa invece dall'art. 40 L. 47/1985: la materia tributaria e quella urbanistica sono profondamente differenti e comunque sarà il legislatore a valutare l'opportunità di prevedere specifiche eccezioni al divieto di convalida degli atti nulli.

