

# LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEL NOTAIO TRA NULLITÀ PARZIALE, RELATIVITÀ DELLA LEGITTIMAZIONE E NULLITÀ INEQUIVOCA: A PROPOSITO DI CASS. N. 24867/2010 E DI CASS. 5913/2011 (CON UNA POSTILLA)

Di Stefano Pagliantini  
Professore Ordinario di Diritto civile

**SOMMARIO:** 1. Osservazioni preliminari: la lettura ancipite dell'art. 34, 2 co. d. lgs. n. 5 del 2003 ed il contrasto (?) in Cassazione. - 2. Il viluppo argomentativo -in quattro Leitmotive- di Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867. - 3. La pretesa esimente notarile della nullità relativa. Analisi di una massima dottrinale (e giurisprudenziale) mentitoria. - 4. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 2 co.: spunti su due casi controversi (l'art. 540 c.c. e l'art. 778 c.c.). Il canone di un'argomentazione orientata alle conseguenze. - 5. La responsabilità disciplinare del notaio nei casi di nullità parziale oggettiva. Quid iuris per la nullità assoluta sanabile? - 5.1. Segue: l'art. 1419, 2 co. in un trittico di casi. - 6. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 1 co. ed il caso della severability clause nei contratti tra professionisti. - 7. Lo ius novum della Cassazione ed il problema della nullità testuale equivoca: per una responsabilità del notaio nei casi di annullabilità incerta? - 8. Il decisum 5913/2011 come prologo implicito (o inespresso) ad un bouleversement della giurisprudenza anteriore? I rischi di un parametro eventuale: i casi dell'illecito amministrativo e di quello fiscale. - 9. L'art. 34, 2 co. come un (possibile) caso di ortopedia contrattuale? - Postilla: Il decisum di Cass. 20 luglio 2011, n. 15892: self-restraint o vincolo del diritto vivente per il notaio?

## 1. Osservazioni preliminari: la lettura ancipite dell'art. 34, 2 co. d. lgs. n. 5 del 2003 ed il contrasto (?) in Cassazione.

Il notaio non è un professionista preposto alla «nuda registrazione» della volontà delle parti, bensì un soggetto tenuto a svolgere il proprio operato affinché non venga turbata «la certezza dei rapporti giuridici»<sup>1</sup>. Orbene, il notaio che abbia rogato l'atto

costitutivo di una società di persone, includendovi una clausola compromissoria che contravviene all'art. 34, 2 co. del d. lgs. n. 5 del 2003, incorre in responsabilità per violazione dell'art. 28 l. not. ?

C'è, al riguardo, un conflitto tra le diverse sezioni della Cassazione: per la terza<sup>2</sup>, infatti, la nullità

ziale, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 1051 ss.

2 V. Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Notaio*, n. 49 ed in *Giust. civ.*, 2011, p. 348 ss. In dottrina, in modo parzialmente adesivo, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza dell'arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2011, II, pp. 233-236. Si consulti però anche Cass., 3 febbraio 2011, n. 2558, ivi, 2011, p. 612 (con nota di F. Della Rocca), ove di

1 Sono parole che si leggono in Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1106 ss. e v. poi, per tutti. P. RESCIGNO, *Interesse all'atto del notaio rogante e nullità nego-*



comminata dall'art. 34, 2 co., per il caso in cui il potere di nomina di tutti gli arbitri non sia rimesso a soggetto estraneo alla società, è testualmente univoca: col risultato, se l'avverbio "espressamente" figurante nell'art. 28, comma 1 n. 1, l. not. va ormai *estensivamente* inteso come "inequivocamente", che il notaio risponde in via disciplinare. Secondo la sesta sezione -sottosezione terza<sup>3</sup>- così invece non è, viste le contrastanti letture dei giudici di merito sul fatto che quello endosocietario costituisca, in deroga all'art. 806 c.p.c., la sola forma di arbitrato ammessa. E siccome, così si prosegue, la *ratio* e la storia dell'art. 28 escludono che possano imputarsi al notaio «compiti ermeneutici, ... in presenza di incertezze interpretative oggettive», è da escludere che l'art. 34, 2 co., documenti una nullità inequivoca. Donde l'escludersi di una responsabilità disciplinare del notaio che abbia autenticato due scritture private, relative alla costituzione di società in accomandita semplice, con annessa clausola compromissoria rinviante alla disciplina di diritto comune<sup>4</sup>, se è vero che il divieto di ricevibilità di cui all'art. 28 è inoperante quando la nullità opposta non è *manifesta*. Formula, questa, che se da un lato si iscrive nella giurisprudenza consolidata della Corte, pare dall'altro sottendere lo stesso convincimento su cui per vero si impernia il *decisum* della terza sezione: e cioè che quando la nullità parziale, oggettiva ed as-

nuovo veniva in rilievo, sempre ai fini dell'art. 28 l. not., la questione se l'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 contempli, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato, senza tuttavia impedire alle parti l'utilizzo delle clausole compromissorie di diritto comune (per arbitrato libero o rituale). Questione che non viene però trattata in quanto assorbita dal primo motivo di ricorso, subito accolto, poggiante sull'allegazione di un vizio squisitamente processuale (la qualità del Consiglio dell'ordine, cui appartiene il notaio incolpato, di litisconsorte necessario, essendo portatore di un interesse alla esatta applicazione della sanzione disciplinare).

3 V. Cass. 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1537 ss., con nota di L. FELLETTI, *Nullità della clausola compromissoria societaria e responsabilità del notaio ex art. 28, n. 1, l. n.: finalmente la questione approda in Cassazione ... ed è già contrasto*. In dottrina, sulla formulazione inequivoca dell'art. 34, 2 co., mostrano di insistere F. CORSINI, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 872 e L. SALVANESCHI, *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune: una specie che stenta a raggiungere la dovuta estinzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 548 ss. Per una diffusa disamina delle decisioni emesse, nell'ultimo triennio, dalle C.Re.Di. v. S. MIRANDA, *La clausola compromissoria: applicazione ed invalidità*, in *Società*, 2010, p. 294 ss.

4 Mentre nel caso deciso da Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, lo statuto prevedeva una clausola compromissoria con nomina di un arbitro unico da parte dell'assemblea dei soci. Ma v. *Postilla*.

soluta, è inequivoca, il notaio rogante *incontestabilmente* risponde.

Quindi una divergenza, se si eccettua l'opposta valutazione sull'evidenza invalidante dell'art. 34, 2 co., solo apparente? Non è da escludere. Onde però evitare l'impressione di un ragionamento che procede per notazioni prolettiche, bisogna compulsare la motivazione della prima sentenza<sup>5</sup>. Che, rispetto al *decisum* della sesta sezione, mostra un *iter* argomentativo assai più articolato.

## 2. Il viluppo argomentativo -in quattro Leitmotive- di Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867.

Richiamandosi a tutta una serie di precedenti assai poco inclini, se li si vaglia con attenzione, a veicolare delle interpretazioni liberalizzanti<sup>6</sup>, la terza sezione ha modo infatti di statuire,

-che l'art. 28 involge qualsiasi vizio, formale e sostanziale, determinante la nullità assoluta del contratto;

-che, nel comparto delle nullità assolute, sono da annoverare sia le testuali che le virtuali inequivoche;

-che, ove sia assoluta, non rileva poi, ai fini della configurabilità di un illecito disciplinare, che la nullità sia totale o parziale; e, sebbene quest'ultimo enunciato costituisca un *obiter*,

-che l'esonero da responsabilità per le fattispecie di nullità relativa è da ritenersi circoscritto alle ipotesi in cui questa risulti «rilevabile solo da chi vi abbia interesse e non d'ufficio». Col risultato, perciò, di fondare *a contrario* un illecito disciplinare quando di questa nullità relativa sia prescritta *ex lege* la rilevabilità *ope iudicis*. Il che, particolare solitamente trascurato<sup>7</sup>, non è poi una notazione così

5 Sulla quale, in termini che solo in parte sono adesivi, v. *amplius* per i riflessi processuali dell'art. 34, 2 co., E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del 'doppio binario'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 629 ss.

6 Fugando così i timori palesati da C. DONISI, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, Milano, 2002, p. 303 s. e da G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 822.. Tra le sentenze più restrittive, espressamente o implicitamente richiamate, sono da annoverare, nel silenzio della dottrina, quelle rese da Cass. 12 aprile 2000, n. 4657, in *Vita not.*, 2000, p. 1064 ss. e, con una motivazione alquanto elaborata, da Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 1599 ss., con nota di R. MARAZZI, *Responsabilità del notaio ed art. 28 legge notarile*.

7 Tranne che per un'osservazione incidentale di N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*,



sorprendente, se è vero che, già nella sentenza n. 21493 del 2005<sup>8</sup>, la Cassazione aveva *incidenter* definito la nullità relativa come una *species* invalidante non rilevabile d'ufficio, «ipotesi strutturalmente simile all'annullabilità o all'inefficacia, pur conservando poi profili tipici della nullità, quali l'imprescrittibilità dell'azione e, secondo alcuni, anche l'irrinunciabilità e l'insanabilità». E, va aggiunto, la sentenza n. 1394 del 2001<sup>9</sup>, relativa ad un atto pubblico di compravendita carente della dichiarazione prescritta dall'art. 3, co. 13-ter, l. n. 165/1990, era nello stesso senso. Dunque un consolidato giurisprudenziale parzialmente difforme, in realtà, dalla rappresentazione che, nel corso di questo decennio, ne ha comunemente offerto la dottrina prevalente.

Ciò posto, però, che dire? La prima impressione infatti è che, a pieno titolo, il *decisum* della terza sezione sia catalogabile tra le pronunzie che pongono più problemi di quanti in realtà sono in grado di risolverne: e non solo per la lettura, fin troppo affrettata, che il Supremo Collegio ha offerto della nullità relativa *seu* di protezione. Una nullità, è vero, che in tutti i precedenti succedutisi al *grand arrêt* del 1997 è sempre stata espunta dall'ambito di operatività dell'art. 28<sup>10</sup>: ma, si badi<sup>11</sup>, per effetto di altrettanti *obiter dicta* e soprattutto, giova ripeterlo, sempre e solo in virtù dello sviante postulato di una nullità relativa quale figura *spuria* con una qualificazione sospesa tra l'annullabilità e l'inefficacia. Che significa, sebbene la tendenza a riquilibrare la nullità di protezione nei termini di una peculiare *species* di annullabilità rafforzata affiori qua e là in giurisprudenza<sup>12</sup>, «trascurare tutta la più recente

meditazione sul tema»<sup>13</sup>. Per fare un solo esempio: se un notaio riceve un contratto di cessione di ramo d'azienda nel quale figura la clausola disponente che, ove il cessionario non paghi una rata inferiore all'ottava parte del prezzo, il contratto si risolve, si ha oppure no responsabilità? La clausola evidentemente viola il disposto dell'art. 1525 c.c. ed è priva d'effetto: d'altra parte, è vero<sup>14</sup>, ove la si dovesse intendere come nulla, in quanto pattuizione contraria ad una prescrizione imperativa -l'art. 1525- avente la precipua funzione di limitare l'autonomia privata<sup>15</sup>, soltanto il cessionario potrebbe avere interesse ad impugnare. Quindi una figura (*codicistica*) di nullità relativa, per l'essere l'art. 1525 dettato nell'esclusivo interesse dell'acquirente<sup>16</sup>: ma, visto che officiosità e relatività possono coesistere<sup>17</sup>, rilevabile d'ufficio?<sup>18</sup>

13 Così, incisivamente, G. DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzioni disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 634. Sul fatto che il proliferare di una vasta gamma di *species* di nullità abbia avuto l'effetto di far perdere il «senso, più che il significato originario, di quello che un tempo era la nullità, precisa categoria formale, non dogma», v. G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, p. 5. Sull'opportunità di evitare l'impiego di «clausole generali di incerta estensione» v., invece, il puntuale ammonimento di P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, Milano, 2003, p. 26. Il che, sia detto per inciso, rende ancor più claudicanti certe asserzioni della Cassazione.

14 V. Co. Re. Di Lombardia, 10 marzo 2010, in *Notariato*, 2011, p. 220.

15 Almeno così l'hanno intesa, prospettando un'invalidità della clausola risolutiva espressa, Cass., sez. un., 26 marzo 1993, n. 11718, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1252 ss. L'autonomia contrattuale, vi si legge, «trova un limite nella eteroregolamentazione legale che richiede, affinché la vendita possa risolversi su domanda del venditore rimasto creditore del prezzo, che il compratore non sia inadempiente per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo».

16 Così già Cass. 14 luglio 2000, n. 9356, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 561 (secondo la quale, poi, l'art. 1525 c.c. non è «invocabile da soggetti diversi dalla parte acquirente») e, prima ancora, Cass. 1 marzo 1995, n. 2347, *ivi*, *Rep.*, 1995, voce cit. n. 450.

17 Dato ormai acquisito. Da ultimo v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 117 e sia consentito pure il rinvio a S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 407 ss.

18 Interrogativo, si prenda nota, che può ripetersi con riguardo, come si avrà modo di evidenziare (*infra* § 4, testo e nt nn. 37 - 38), all'art. 540 c.c., per l'ipotesi di una disposizione testamentaria lesiva del diritto di godimento vitalizio riservato *ex lege* al coniuge superstite. Non a caso chi rimanda all'azione di riduzione, escludendo che la disposizione lesiva possa dirsi «nulla in senso tecnico», fa nel contempo notare -dato ancor più suggestivo- che qui poi

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 373, il quale parla di una giurisprudenza della Cassazione veicolante un'«apparente riduzione dell'ambito di rilevanza della sanzione».

8 La sentenza, datata 7 novembre 2005, si legge in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 149 ss. ed il passo riferito è il 3.3. della motivazione. In termini del tutto consimili v. Trib. Torino, 6 ottobre 2006, inedita ed App. Bologna, 4 gennaio 2010, in *Notariato*, 2010, p. 211.

9 Consultabile anche in *Riv. not.*, 2001, p. 892 ss.

10 La sentenza che ribalta un precedente indirizzo, costante nel configurare una responsabilità del notaio anche per gli atti annullabili ed inefficaci, è Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, consultabile, *inter alia*, in *Notariato*, 1998, p. 7 ss., seguita dalla pronuncia, gemella per motivazione, di Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, cit.

11 Il rilievo si deve a A. A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 76. V. poi G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, n. 89, cit. p. 822.

12 Emblematico quanto si legge, seppur con riguardo alla nullità per vizio di forma di cui all'art. 23, 3 co., T.U.F., in Trib. Verona, 1 ottobre 2009 (ined.), che, per conseguenza, ammette la convalida tacita del contratto.



Dopo di che, *sic stantibus rebus*, quell'impressione, cui si faceva cenno, di una sentenza -la 24867- che dinamicamente reitera, per il medio di rilievi controvertibili, un'interpretazione, tutt'altro che problematicamente restrittiva, dell'art. 28 si rinalda: e, va detto, lo scarno periodare argomentativo della sesta sezione -nella succedanea 5913 - non la fa scemare.

### 3. La pretesa esimente notarile della nullità relativa. Analisi di una massima dottrinale (e giurisprudenziale) mentitoria.

Intanto, se fosse vero che la lettera dell'art. 28 comprende tutte le forme di nullità cd. relativa rilevabile d'ufficio, se ne dovrebbe dedurre che, dopo la parentesi evasiva della sentenza n. 3526 del 2008<sup>19</sup>, la Corte ha voluto rinserrare -e non riscrivere- l'area della responsabilità disciplinare del notaio. Non solo infatti, già si potrebbe far notare, si hanno ben due fattispecie di nullità relativa ove la rilevabilità d'ufficio è espressamente disposta (artt. 67-*octiesdecies*, 1 co. e 134, 1 co., c. cons.), ma poi non risulta vi sia un *solo* caso nel quale il legislatore abbia mai testualmente provveduto ad escludere che ciò possa avvenire. Né devono trascurarsi altri due dati che viceversa la Corte superficialmente omette: la rilevabilità d'ufficio è un *obbligo*, stando ad una giurisprudenza più che consolidata della Corte di giustizia<sup>20</sup>, quand'è questione di clausole vessatorie

si avrebbe una nullità azionabile «*esclusivamente dal coniuge lesa*»: v. G. GABRIELLI, *sub art. 540 c.c.*, in *Comm. dir. it. fam.*, diretto da G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, Padova, 1992, V, p. 63 (c.vo. aggiunto).

19 Ove si legge -compendiosamente ma senza alcuna specificazione- che l'art. 28 «*attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione dei vizi che comportano la mera annullabilità od inefficacia dell'atto stesso, ovvero la sua nullità relativa*». La pronuncia -della terza sezione e datata 14 febbraio 2008- è consultabile in *Vita not.*, 2009, p. 715 ss. con ampio commento di G. La Marca, *Intorno agli atti espressamente proibiti al notaio: rilevanza della nullità relativa e della nullità sanabile* ed in *Riv. not.*, 2008, p. 1414. V. anche A. FUSARO, *Nullità speciali nell'attività notarile*, in *Vita not.*, 2009, p. 1041 ss.

20 V., almeno, C. giust. 4 giugno 2009, causa C-243/08, causa C- Pannon GSM Zrt. c. E. S. Győrfi; C. giust. 17 dicembre 2009, causa C-227/08, Eoa Martín Martín c. EDP Editores SL; C. giust., 9 novembre 2010, causa C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt (ove la statuizione di un obbligo del giudice di procedere persino ad un'istruttoria d'ufficio della vessatorietà di una data clausola) e, da ultimo, quanto alla rilevabilità per difetto di trasparenza, C. giust., 16 novembre 2010, causa C-76/10, Pohotovost' s.r.o. c. Iveta Korčková. Sull'argomento sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuo-*

e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali perché gli artt. 6 (dir. 93/13) e 5, n. 1 (dir. 85/577/CEE) sono norme imperative di ordine pubblico. Donde l'esclusione di una qualsiasi esimente per tutte le fattispecie di cui agli artt. 36, 3 co.- 47 c. cons. e poi, per il principio che, in seno allo stesso sistema normativo, non possono coesistere due significati diversi per il medesimo concetto, pure per i casi di cui agli artt. 117 e ss. t. un. bancario: se è vero che la lettera riformata dell'art. 127, 2 co. contempla delle nullità operanti «*soltanto a vantaggio del cliente*» e rilevabili d'ufficio. A tacer del fatto che la Cassazione sembra pure ignorare come, a voler riconoscere la qualifica di *norma generale* all'art. 36, 3 co., c. cons., l'attributo della rilevabilità d'ufficio diventi analogicamente una *costante* integrativa quanto meno per tutte le fattispecie consumeristiche di nullità di protezione virtuale (artt. 52, 3° co., 67, 5° co., 72-bis, 3° co., 78, 124, 134, 3° co. e 143, 1° co., c. cons.; artt. 44, 3 co. e 45, 2 co. c. tur.). Mentre a voler seguire l'opposta idea<sup>21</sup>, tutt'altro però che singolare, di un art. 36, 3 co. quale disposizione formalizzante non una legittimazione soggettivamente limitata bensì una nullità ad effetto unidirezionale, in quanto solo espressiva di una parzialità dell'effetto caducatorio, si avrebbe per conseguenza che in ogni invalidità denominata di protezione è da ritenersi implicita, in realtà, una nullità assoluta: rilevabile *ex se* d'ufficio, come lo sono le fattispecie, queste sì propriamente di nullità relativa, di cui agli artt. 67-*octiesdecies*, 1 co., 134, 1 co., c. cons. e, *ope interpretationis*, 2, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, riguardo alla fideiussione a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (vista l'evidente finalità preventiva di una norma dettata per ovviare al fallimento *in itinere* del costruttore)<sup>22</sup>.

*ri dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di giustizia*, Torino, 2010, p. 2 ss.

21 Suggesta, com'è noto, da A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 432. Vi aderisce R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità cd. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 339 ss. Di recente sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 407 ss.

22 Se infatti lo scopo della norma, dettata per neutralizzare forme di dissesto finanziario di grande allarme sociale, è di garantire all'acquirente (almeno) la restituzione di tutte le somme ch'egli abbia versato al costruttore, ove costui, prima che l'immobile venga ultimato, fallisca, non ci si può non orientare per una rilevabilità officiosa. V., nel dettaglio, F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*. Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Milano, 2006, 115. Ampia disamina in A. RIZZIERI, *Art. 2 d.lgs.*





Risultato, delle due l'una: o la sentenza, di là dal formale richiamo del *revirement* del 1997, vuol rafforzare la coerenza dell'art. 28 nella prospettiva (inconsapevole) che, come in effetti è, le nullità protettive salvaguardano una razionalità dell'agire negoziale a garanzia di un mercato concorrenziale efficiente<sup>23</sup>, oppure la Corte, con un eccesso di disinvoltura, ha ommesso di considerare che, nonostante la rilevanza, la stessa clausola abusiva (art. 9 l. n. 192/1998) o vessatoria (art. 33, 2 co., c. cons.) merita solitamente una qualificazione ancipite. Con una nullità che, infatti, trasmuta in validità allorché risulta documentata l'esistenza di una trattativa (art. 34, 4 co. c. cons.) ovvero la reale possibilità, per chi abbia subito l'abuso, di rinvenire, sul mercato di riferimento, delle alternative soddisfacenti. Ed al notaio, in assenza di indici certi di riconoscibilità, non si può domandare, visto che l'accertamento della vessatorietà implica il rimando alle circostanze esistenti al momento della stipula e la valutazione di un eventuale collegamento contrattuale (art. 34, 1

122/2005, in DE CRISTOFARO - ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1237 ss. Per di più neanche si potrà dire che lo (*stringente e non eventuale*) rifiuto del notaio di ricevere l'atto (mancante della fideiussione) abbia l'effetto di impedire all'acquirente di conseguire il bene. Qui, infatti, la nullità è comminata per l'intero contratto: e, va aggiunto, il notaio neanche potrebbe confidare sull'eventuale possibilità per l'acquirente di tutelarsi *ex post* visto che l'eventuale dissesto del costruttore rappresenta una variabile aleatoria idonea a frustrarne *in toto* le aspettative. Che poi, sia detto di passata, tutto questo ragionamento non abbia come corollario necessario l'insanabilità del contratto, è vero: si pensi al promissario acquirente che eccipisce la nullità del contratto per mancata prestazione della garanzia fideiussoria allorché l'immobile promesso, pur se non ancora trasferito, risulti però integralmente edificato (cfr. A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*. Appendice a *La compravendita*, 4 ed., Torino, 2005, p. 17). Ma è questione diversa. Per quale ragione, infatti, se la *ratio* della garanzia (e dell'ancillare) nullità risiede nell'esigenza di assicurare la restituzione delle somme versate ove il costruttore dovesse incorrere in una situazione di crisi, si dovrebbe accordare protezione ad un interesse di tutt'altro segno, conclatamente speculativo (nel caso l'azione risulti promossa per stipulare aliunde una compravendita più vantaggiosa) o, comunque, per conseguire un maggior saldo (contabile) non dovuto (si immagini un'azione intentata allo scopo di ottenere una riduzione del prezzo inizialmente pattuito) ? V., comunque, per altri sviluppi *infra* nt. 64.

23 È quindi, è esatto, *nullità miste*, perché «in parte di interesse privato» (seppur seriale), «in parte d'interesse pubblico»: così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, p. 297. Ma v. pure M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi mat.*, 2009, p. 104 ss.

co., c. cons.), «di fare il *detective*»<sup>24</sup>. Quindi, una responsabilità che si schiude per effetto di una valutazione poggiate sul contingente intersecarsi di due elementi: la riconoscibilità (del vizio) e la diligenza professionale (del notaio)<sup>25</sup>. Pur se, va aggiunto, la serialità contenutistica dei contratti con i consumatori è destinata ad evocare, col tempo, delle *Fal-lgruppen*, sinonimo di clausole contrattuali tipo (ed insieme) di un accertamento semplificato.

Non solo. Neanche può dirsi esatto sostenere che l'art. 28, in quanto innescato da fattispecie di nullità assoluta, legittima un'indiscriminata esclusione di responsabilità per l'intera classe delle nullità operanti soltanto a vantaggio del consumatore (o del cliente)<sup>26</sup>. Per almeno tre motivi:

-la regola della nullità parziale necessaria è espunta allorché si abbia una declaratoria di vessatorietà o di intrasparenza della clausola principale. Se è vero, infatti, che la lettera dell'art. 34, 2 co. delimita ed integra il disposto conservativo dell'art. 36, 1 co., è da credere che la nullità parziale si converta in totale -v. art. 6, § 1 dir. 93/13 e soprattutto art. 125-bis, 8 co. t. un. bancario- allorché il caducarsi della clausola compromette la struttura del contratto per carenza di un requisito essenziale, neppure surrogabile per il tramite di una norma di legge dispositiva<sup>27</sup>;

-se al notaio non può ragionevolmente imputarsi una responsabilità per le clausole presuntivamente vessatorie soggette ad un accertamento complesso (art. 33, 2 co.), difficilmente però potrà dirsi lo stes-

24 Così, finemente, A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 299 che evidenzia come si possa «tutt'al più discutere della misura di ragionevoli domande che il notaio rivolgerà alle parti per chiarirsi e chiarire opportunità e rischi». Di clausole vietate «a certe condizioni» discorre M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit.

25 Sicché, in un contesto così articolato, è esatto dire che la complessità di accertamento è destinata ad avere la rilevanza di una «causa di giustificazione a posteriori»: così G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie*, *A margine dell'art. 28*, l. 16 febbraio 1913, n. 89, cit. p. 841.

26 Così invece, seppur con articolata argomentazione, G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, pp. 139 - 141.

27 V., già diffusamente, S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 e ss. e C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle cl. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 38. Di recente A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 11 e p. 232. Sull'ineoperabilità dell'art. 1419, 1 co., ed il contestuale operare di una sostituzione (non contemplata ma) necessaria «per non frustrare la finalità protettiva della norma che commina la nullità della clausola», v. per tutti G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, pp. 486 - 489.



so per quelle ipotesi di vessatorietà tipizzata, quantunque vi sia stata trattativa, figuranti nell'elenco dell'art. 36, 2 co. ll. a - c<sup>28</sup>. Casi sì di nullità parziale necessaria, in quanto non essenziali, ma innegabilmente predicate di un tasso di *evidenza oggettiva*. *Quid iuris*, perciò, per la clausola che, in sede di stipula di un contratto preliminare, attribuisce al costruttore-venditore l'incarico di redigere il regolamento condominiale? Qui, infatti, il promissario acquirente si trova ad accettare, ora per allora, un regolamento del quale non è edotto: e il su citato art. 36, 2 co., lett. c) commina la nullità per le clausole che prevedano l'adesione del consumatore come estesa a pattuizioni che costui non ha avuto, di fatto, «la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto»<sup>29</sup>. Tanto, si prenda nota, che potrebbe persino arrivarsi a pensare, sulla scorta di un noto *decisum* che ebbe a riconoscere come inefficace la clausola del regolamento condominiale, cui facevano espresso rinvio tutta una serie di successive vendite, circa il risolversi dell'originario acquisto di alcuni locali di proprietà condominiale, ad una nullità che si propaga alla clausola «a sorpresa»: tale perché totalmente estranea al contenuto *tipico* del negozio richiamato<sup>30</sup>;

- vi sono, infine, forme di nullità protettiva, importanti caducazione dell'intero contratto, per omissione di una singola clausola, non ad accertamento complesso (artt. 67-*septies decies*, 4 co. c. cons. e 30, 7 co., t. un. finanziario). Fattispecie *manifeste* per le quali, non foss'altro a motivo di una valutazione in termini di negligenza<sup>31</sup>, il notaio che riceva

28 Lo ha ben messo in risalto M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit., del quale non risulta semmai convincente il rilievo sull'ambivalenza valutativa delle clausole contenute nella cd. lista nera: che, secondo una certa interpretazione (v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 10), potrebbero risultare non vessatorie ove il professionista dimostri, pur senza l'argomento della trattativa, che non importano alcun significativo squilibrio. Stando infatti al più recente orientamento della Corte di giustizia -v.C. giust. 4 giugno 2009, causa C-243/08, causa C- Pannon GSM Zrt. c. E. S. Györfi, cit.- per le clausole della lista nera è da ipotizzarsi una presunzione assoluta di vessatorietà. Sicché, per il notaio, il divieto di ricevere un atto che le documenti pare davvero incontrovertibile.

29 V., in special modo, Trib. Monza, 14 luglio 2004, inedita e Trib. Firenze, 19 febbraio 2003, in *Foro tosc.*, 2003, p. 155.

30 Clausola, quindi, in questo senso *atipica*. La vicenda, che i giudici di legittimità ebbero a decidere più di trent'anni fa, si legge in Cass. 14 febbraio 1981, n. 908, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2497 ss., con nota di L. FRANCIOSI, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia privata (a proposito della "relativa" nei negozi formali)*.

31 Un insistito riferimento alla «gravità della negligenza o imperizia del notaio», quale parametro orientativo del

un atto dev'essere chiamato a rispondere. Nè il rilievo deve sorprendere. Risiede anche qui infatti, cioè nella decisa sottolineatura di un approccio caso per caso, il significato della (corretta) notazione, ormai invalsa nell'uso, secondo cui è da escludere che la classe (aperta) delle nullità di protezione sia composta di figure isoformi.

#### 4. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 2 co.: spunti su due casi controversi (l'art. 540 c.c. e l'art. 778 c.c.). Il canone di un'argomentazione orientata alle conseguenze.

Seconda riflessione: la questione, su cui i giudici di legittimità erano chiamati a statuire, della nullità parziale di diritto comune. Questione assai insidiosa e che, *per incidens*, non è detto sia sempre e solo di stampo contrattuale. Si pensi al testamento pubblico nel quale, su espressa indicazione del *de cuius*, all'unico figlio sia stata attribuita, a titolo di erede, la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare, sebbene, stante la lettera dell'art. 540, 2 co., c.c., il coniuge superstite sia legatario *ex lege* dei diritti di abitazione (della stessa) e di uso (dei mobili che la corredano)<sup>32</sup>.

Ebbene, secondo una discussa ma ancora incontrastata sentenza della Cassazione<sup>33</sup>, ove l'erede, trascritto l'atto di accettazione ex art. 2648 c.c., costituisca ipoteca volontaria sull'immobile a favore della banca quale garanzia del mutuo concessogli, il conflitto che così si innesca tra il coniuge superstite ed il terzo creditore dell'erede, verrà risolto con la disciplina dettata dall'art. 534, 2 e 3 co., c.c. Per la Cassazione, infatti, il diritto di godimento vitalizio è invocabile a prescindere dall'azione di riduzione in quanto il coniuge superstite acquista automaticamente, come qualsiasi altro legatario di specie, all'apertura della successione (art. 649, 2 co., c.c.)<sup>34</sup>.

suo agire, si legge in G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 463.

32 V., per tutti, G. GABRIELLI, *sub art. 540 c.c.*, cit. p. 55 ss. e L. MENGONI, *Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1999, p. 31 ss.

33 V. Cass. 24 giugno 2003, n. 10014, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3063 ss. Per un attento esame critico delle (molte) questioni originate dalla sentenza v. R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 15 ss.

34 V., tra le più recenti Cass. 15 maggio 2000, n. 6231, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Successione ereditaria*, n. 121 e Cass. 6 aprile 2000, n. 4239, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 33. In dottrina si mostrano dello stesso avviso L. FERRI, *Dei legittimari*, *sub artt. 536 - 544*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja



Donde, in un contesto ove l'erede ed il legatario *ex lege* sono ambedue aventi causa dal testatore di diritti compatibili, il ricorso all'art. 534 c.c., con gli annessi corollari

-di un mutuatario concedente l'ipoteca che figura nella duplice veste di erede vero (quanto alla nuda proprietà) ed apparente invece (per la piena) giacché *non dominus* del diritto di abitazione<sup>35</sup>;

-di un terzo creditore, avente causa *inter vivos* dall'erede, destinato a soccombere salvo per il caso di una procedura esecutiva già intrapresa prima della morte del debitore<sup>36</sup>; e, per finire, se è vero che questo legato (intrascrivibile) di abitazione si acquista *ex lege contra testamentum*,

-di una (eccezionale)<sup>37</sup> nullità parziale (per di più *relativa*) della scheda testamentaria ex art. 1419, 2 co. c.c.<sup>38</sup>. e/o del successivo atto costitutivo di ipoteca<sup>39</sup>. Che significa, considerato che al notaio è fatto divieto di ricevere un atto contrastante con l'ordinamento, una responsabilità disciplinare del medesimo ex art. 28, «essendo irrilevante, se non ai fini

della determinazione della sanzione, se [poi] detto contrasto investa tutto l'atto o solo parte di esso»<sup>40</sup>.

E' esatto opporre, l'obiezione vien facile, che nello specifico esiste un altro modo di declinare la fattispecie sunteggiata, immaginando nel dettaglio

-che il terzo creditore ipotecario acquisti da un erede, che è vero proprietario, in quanto il coniuge superstite, quale riservatario, può solo agire in riduzione contro quest'ultimo e

-che poi il coniuge superstite, esercitata vittoriosamente l'azione di riduzione, potrà domandare la restituzione dell'immobile, nei limiti del diritto di abitazione spettantegli, libero da ogni peso o ipoteca, ai sensi dell'art. 561 c.c.<sup>41</sup>. Di là però dal diverso ordinare i termini della questione, di questa lettura interessa qui ciò che essa interpretativamente pare sottendere: ovvero la propensione per una tecnica valutativa che da subito scarta la logica dell'invalidità onde così arginare forme di nullità striscianti, rispetto alle quali persino l'argomento di una diligenza professionale del notaio ex art. 2236 c.c., quale parametro delimitante l'operatività dell'art. 28, potrebbe rivelarsi spuntato. L'idea di una colpa lieve, quale criterio idoneo a purgare la nullità delle singole clausole ma utile per «esonere il notaio dalla responsabilità ex art. 28»<sup>42</sup>, non può infatti servire quando il contrasto riguarda disposizioni (manifeste) come l'art. 540 c.c.: rispetto alle quali sembra semmai valere (e mostrare più presa) un discorso ermeneutico che mitighi una troppo drastica qualificazione delle singole vicende col medio di un'argomentazione orientata alle conseguenze. Pro-

e G. Branca, Bologna - Roma, 1981, p. 52 ss. e C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia - Le successioni*, Milano, 1989, p. 501.

35 Per la Corte, infatti, «l'erede, al quale perviene per testamento la proprietà dell'immobile già adibito a residenza familiare, acquista su tale immobile un diritto di proprietà gravato dal diritto reale limitato di abitazione». Nello stesso senso M. C. LUPETTI, *Concessione di ipoteca dall'erede in parte apparente e diritto di abitazione del coniuge superstite: un importante monito per le banche*, in *Riv. not.*, 2004, p. 548 ss.

36 Così Cass. 13 gennaio 2009, n. 463, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 681 ss.

37 Eccezionale perché, facile la replica, solitamente la disposizione testamentaria pretermisiva, in tutto o in parte, della quota di legittima, non è invalida ma diviene inefficace, ove il giudice accerti la lesione del diritto riservato al legittimario, dopo l'utile esperimento dell'azione di riduzione.

38 L'intuizione originaria si deve a L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 120. Sul fatto, invece che, se si trattasse di una nullità relativa, si avrebbe poi l'effetto di un «carattere lesivo del testamento ... rilevato dal giudice officiosamente» (così G. GABRIELLI, *sub art. 540, cit. p. 63*), non c'è troppo da sorprendersi: attesa la compatibilità tra legittimazione relativa e rilevanza. Quindi, a quanto parrebbe, un altro caso di nullità protettiva *ante litteram* dopo quello divisato art. 527 c.c., da A. ZACCARIA, *La rinuncia all'eredità manifestata successivamente alla sottrazione o all'occultamento di beni ereditari: un caso 'primigenio' di nullità relativa?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, II, p. 2497 ss. Diverso è poi ragionare, come di seguito nel testo, in termini di argomentazione orientata alle conseguenze.

39 Per un precedente, anche se nei termini di una (discutibile) responsabilità aquiliana del notaio che aveva autenticato una scrittura privata di concessione di un'ipoteca (nulla per mancata indicazione del credito garantito), v. Cass. 7 novembre 2005, n. 21495, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1223 ss.

40 Così Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, cit. § 4. 1 della motivazione.

41 V. G. GABRIELLI, *sub art. 540, cit.*, p. 62 (nonché ID., *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, p. 119) e L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1992, p. 169. Anche se le obiezioni formulabili - non a caso si parla di *un'azione di riduzione speciale* - sono molte e di non marginale rilievo. Bisogna infatti tener conto della circostanza che questa azione di riduzione viene ad avere dei tratti un po' singolari visto che è esperibile nei soli riguardi dei titolari *mortis causa* del diritto di abitazione e per una attribuzione gravante, come si legge nell'art. 540, 2 co., primariamente sulla disponibile. Si aggiunga che la può promuovere esclusivamente il coniuge superstite, anche se rinunziante all'eredità: che significa perciò, in deroga all'art. 564, 1 co., senza che si renda necessaria la previa accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Quindi un complicato viluppo di controdeduzioni.

42 Cfr. G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, cit. p. 464 e, a seguire, G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 847.





prio quell'argomentazione, viceversa, che sembra assente nel periodare di chi propugna una visione del notaio quale «garante della conciliabilità tra ciò che i contraenti hanno pattuito e i fini complessivi dell'ordinamento»<sup>43</sup>.

Pur se *prima facie* condivisibile, la stringente notazione, che si è testé riferito, pare infatti percorsa dal limite di sovraccaricare l'art. 28 di una funzione *stricto sensu* punitiva difficile da giustificare. Sostenere che il notaio deve vagliare «l'atto in funzione degli effetti che esso è in grado di produrre» di per sé, invero, è corretto: abbisogna però, in un contesto dominato da un eccesso di nullità virtuali, del correttivo di una *folgenorientierte*<sup>44</sup> onde consentire all'interprete di orientarsi per l'ipotesi dell'inefficacia ove questa realizzi, per il valore in gioco, una protezione simile a quella garantita dalla nullità. Si pensi, per fare un esempio concreto e non libresco, al notaio che riceva un atto contemplante una clausola nella quale figura una procura generale attributiva della facoltà di costituire un fondo patrimoniale senza però la previa designazione dei beneficiari né una predeterminazione dell'oggetto del fondo. Fattispecie che, in prima battuta, può ed è stata assimilata ad un mandato a donare: nulla, perciò, ai sensi dell'art. 778, 1 co., c.c. in quanto costitutiva della facoltà per il procuratore di predisporre un fondo patrimoniale, composto dai soli beni del rappresentato, ad esclusivo vantaggio di terzi<sup>45</sup>; ma che, *in dubio*, intendendo l'art. 778, 1 co. come una disposizione riferita esclusivamente al mandato e non ad un atto unilaterale di tipo preparatorio quale la procura, potrebbe pure leggersi, in modo assai meno *tranchant*, come inefficace.

Di qui, allora, due rilievi d'insieme ed una prima conclusione.

Allorché c'è congruenza con lo scopo della norma violata<sup>46</sup>, questo il primo rilievo, meglio una qualificazione in termini di inefficacia, per la quale notoriamente non si pone un problema di responsa-

bilità disciplinare<sup>47</sup>, in luogo di una stringente (e straripante) nullità: che, non a caso, quando si fa questione di godimento vitalizio ex art. 540 c.c. torna ad imporsi se risulta che il testatore ha attribuito ad un terzo la casa familiare a titolo di assegno divisionale. E' vero infatti che l'art. 549 c.c., non compromettendo l'operatività degli artt. 733 e 734 c.c., riconosce il potere del testatore di formare le quote dei legittimari: se non fosse, come la migliore dottrina insegna<sup>48</sup>, che l'art. 540, 2 co., è prescrittivo al riguardo di un limite cogente. Donde la nullità parziale (e di nuovo *relativa*) della divisione: quale, a differenza che nell'ipotesi pregressa, giusto rimedio<sup>49</sup>.

D'altro canto, ecco il secondo rilievo, in un'ottica di interpretazione orientata sistematicamente, la nullità *a fortiori* sarà da escludersi recisamente ogni qual volta si profili una fattispecie documentante la violazione di una regola di comportamento. Ad una responsabilità disciplinare, per violazione della regola di buona fede oggettiva,<sup>50</sup> osta infatti la (pervasiva) circostanza che, per un principio di stretta legalità<sup>51</sup>, non sono configurabili delle nullità virtuali

47 In dottrina, in luogo di tanti, G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, n. 89, cit. p. 821 e, per la giurisprudenza, Cass. 11 giugno 2007, n. 13690, in *Riv. not.*, 2008, p. 635 ss.

48 Così L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit. p. 357. Ed è da credere, in ragione dei rilievi pregressi, che si tratterà di una nullità relativa.

49 V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011, I, p. 1 ss., spec. p. 8.

50 Sotto questo aspetto sorprende allora, a leggerlo nell'ottica di una ammessa nullità virtuale di protezione, il *decisum* di Cass. 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Mutuo*, n. 5, ove è stata dichiarata la nullità della clausola di rinuncia del mutuatario ad opporre, nei riguardi del mutuante, l'eccezione di mancata consegna del veicolo da parte del venditore, per contrarietà a buona fede. Il *decisum*, è vero, ricorda Cass. 11 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 ss. (ripresa a sua volta da Cass. 29 settembre 2007, n. 20592, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 356 ss.) e, nella fattispecie decisa, il contratto era stato concluso per scrittura privata. Se fosse vero, però, che la nullità della clausola origina dal fatto che, siccome la somma mutuata potrebbe ripetersi dal venditore, «non [sussiste allora] alcun interesse del mutuante diverso da quello di favorire il venditore», ove la negoziazione avvenisse per atto pubblico ovvero per scrittura privata autenticata, va da sé che il notaio sarebbe chiamato a rispondere ex art. 28. Con tutto quello, la notazione è scontata, che ne consegue a svolgere un elementare ragionamento in termini di costi/benefici.

51 V., con persuasiva dimostrazione, G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione. (Variazioni sulla nullità)*, in AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini S., Torino, 2009, p. 14 s.. Sia consentito anche il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1044 s.

43 Così N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 367 (pure per la citazione che segue).

44 V., per tutti, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss. e L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 91 ss.

45 Così App. Venezia, 3 aprile 2010, in *Notariato*, 2010, p. 591, in riforma di Co.Re.Di. Trentino -A.A. Friuli Venezia Giulia e Veneto, 19 gennaio 2009, *ibid.*, espressosi correttamente per l'inefficacia dell'atto.

46 D'altronde è lo stesso N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 367 a rilevare che il controllo di legalità dev'essere «verificato a posteriori con riferimento al modo in cui gli effetti di quell'atto hanno inciso su sfere di interesse che l'ordinamento non può non tutelare».





di protezione. Né totali né parziali. Ad argomentare in senso opposto, com'è stato fatto acutamente notare, si corre d'altronde il rischio di una nullità decretata senza rendersi conto «del costo che pronunce» di un certo tipo «arrecano al mondo economico»<sup>52</sup>.

E si arriva così alla prima conclusione, sintetizzabile in questo modo. In un contesto applicativo ove la nullità *pro parte* è sempre più ricorrente, non c'è -è vero- nessuna massima stereotipata che definisca il tipo di rapporto intercorrente tra gli artt. 28 (l. Not.) e 1419, 2 co., c.c.: ma, pur se spesso obliqui, i riferimenti ad una nullità assoluta quale sinonimo di atto proibito, con la parzialità degradata a fattore quantitativo (e non qualitativo) rilevante solo «ai fini della determinazione della sanzione»<sup>53</sup>, rappresentano in realtà, al contrario di quanto è abituale credere<sup>54</sup>, un *continuum* nel periodare dei nostri giudici, sia di legittimità che di merito. Sicché, pure sotto questo profilo, il *decisum* della Terza sezione non rappresenta un *quid novi*.

### 5. La responsabilità disciplinare del notaio nei casi di nullità parziale oggettiva. *Quid iuris* per la nullità assoluta sanabile?

Tornando alla narrativa della prima sentenza, se si sta al periodare della Terza sezione, l'illecito disciplinare del notaio è indipendente dalla griglia dei rimedi confezionati *ex lege* per conservare «l'atto a fini privatistici» in quanto la struttura di detto illecito si consuma istantaneamente. E di qui allora, con una motivazione ricalcante l'unico precedente specifico apparso sull'argomento<sup>55</sup>, una responsabilità *ex art.* 28 giacché è col redigere una clausola nulla che l'infrazione disciplinare si consuma in maniera definitiva ed irreversibile.

Noto è l'apparato argomentativo che più abitualmente si oppone:

-l'art. 28 vieta di ricevere atti che siano proibiti nel loro complesso (e non *pro parte*)<sup>56</sup>,

-quand'è questione di nullità parziale necessaria a legittimazione assoluta sono proibite delle clausole (non l'atto in sé) e, per di più,

-nelle fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., il sostituirsi automaticamente della clausola viziata con quella prescritta dalla legge, sortisce l'effetto di far apparire quel contratto valido sin dall'inizio. Di talché, siccome la clausola imposta figura nel contratto già nella sua cd. fase genetica, «non vi sarebbe motivo, per il notaio, di rifiutarne l'accoglimento»<sup>57</sup>. Donde, per questo meccanismo di una integrazione che previene la nullità<sup>58</sup>, nessuna responsabilità disciplinare.

Orbene, già si potrebbe discutere -e molto- sulla circostanza che il capoverso dell'art. 1419 c.c. formalizzi davvero una *inqualificazione* della clausola sostituita anziché, come più persuasivamente sembra, una nullità la quale, in ragione della sostituzione cogente, vien poi a derogare alla disciplina ordinaria sul propagandarsi al tutto del vizio<sup>59</sup>. Anche ad ammettere però che il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, 2 co., c.c. rimandi ad un fenomeno di «irrelevanza, come fatto storico, delle clausole» contemplanti una vicenda effettuale difforme (da) o contraria (a) quella prevista da una norma cogente<sup>60</sup>, resta il fatto che un periodare così articolato sconta il limite di non neutralizzare l'assunto principale dei giudici di legittimità: per i quali, gio-

te contenga clausole nulle, ancorché in minima parte alcune di esse siano valide».

57 V. M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit. (la clausola nulla «ed imperativamente sostituita non va riguardata alla stessa stregua di una clausola del tutto priva di effetti»). Sebbene poi questo stesso a. reputi il rilievo non «incontrovertibile».

58 Secondo la classica ricostruzione suggerita da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 53 e, seppure con argomenti *pro parte* differenti, da P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 156. Di recente v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 869.

59 Di clausola inqualificata discorrono G. PASETTI, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova, 1970, p. 338 e, successivamente, *per extenso*, M. NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975, p. 136. Per un più convincente inquadramento del fenomeno nell'area della nullità v., in luogo di tanti, B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, p. 157; G. PATTI-S. PATTI, *sub art.* 1339, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, p. 267 ss. e le belle pagine di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2007, p. 5 e p. 53 s.

60 Il rilievo si legge in R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica*, a cura di F. Vassalli e G. Visintini, Milano, 1980, p. 291. *Contra* M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 509.

52 COSÌ P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, cit. p. 26.

53 V. già Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, *loc. cit.* Nello stesso senso G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 849.

54 V. A. FUSARO, *Clausola compromissoria "statutaria" e responsabilità notarile*, p. 8 (del manoscritto). Non dissimile il ragionamento di S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010, p. 686 ss.

55 Cioè la già citata Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, *Ma v. pure*, con una motivazione analoga, Trib. Torino, 6 ottobre 2006, cit.

56 Sebbene, come osserva M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit., se così fosse, dovrebbe riconoscersi che può riceversi un contratto «che per la gran par-



va sottolinearlo, la *ratio* dell'art. 28 non risiede nella tutela di un *interesse privato*, essendo piuttosto funzionalmente organica alla professione esercitata. E se non è un problema di garantire la validità dell'atto, dovendosi invece assicurare il *superiore interesse pubblico* ad un esercizio il più corretto possibile dell'attività notarile, diviene poi consequenziale ammettere che il conservarsi del negozio, per effetto dell'integrazione correttiva di cui all'art. 1419, 2 co., non può mondare il fatto 'comportamento lesivo' del notaio: per il quale, se il dovere è quello di ricevere atti conformi all'astratto schema tipico, prescritto *ex lege* a pena di nullità, neanche può avere evidentemente un senso distinguere tra norme ordinarie (con annesso onere) e norme proibitive<sup>61</sup>. Il tutto di là dal configurare, nel caso di specie, una responsabilità *contrattuale* del notaio per gli eventuali danni cagionati ai soci ignari.

Già, se non fosse -verrebbe da dire- che un ragionamento siffatto, corroborando oltremodo quella funzione punitiva dell'art. 28 che prima si è inteso rigettare, si presta persino, sebbene i giudici non lo sentenzino, ad avallare una responsabilità del notaio che provveda a confezionare *clausole ambigue*: nel senso di clausole suscettibili di una pluralità di significati, uno dei quali apprezzabile in termini di nullità.

Dopo di che però, con una nullità declassata al rango di circostanza da vagliare ai fini della sanzione da irrogarsi al notaio, il problema divien per certo quello di appurare se mai può esservi una compatibilità tra questo modo di intendere l'attività notarile, trasmutata di nuovo in rigida garanzia di legalità, ed un art. 28 declinato invece come necessaria appendice delle sole ipotesi di nullità assoluta. Che siano poi sostanziali o formali, al servizio di un scopo proprio «dello Stato Comunità o all'opposto dello Stato amministrazione»<sup>62</sup>.

Se infatti la correzione eterointegrativa del contratto presuppone il compimento di un illecito disciplinare «sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva» l'una o l'altra forma di recupero (della nullità) coniata *ex lege*, allora bisognerà riconoscere che una questione di responsabilità del notaio rogante deve ammettersi sia per le fattispecie, rilevabili d'ufficio, di *nullità protettiva convalidabile* sia per quelle di *nullità assoluta confermabile*. Per le prime, a motivo del fatto che, secondo il periodo dei giudici comunitari, il diritto di interpellare riconosciuto al consumatore funge da contrappunto

ad una disapplicazione inoperante, non a caso, ove il consumatore, reso edotto della nullità, opponga che non intende eccepire la natura abusiva della clausola. Da cui la convalida giudiziale di una clausola nata come nulla che però, a seguire il ragionamento della terza sezione, dovrebbe annoverarsi tra i rimedi legali inidonei ad esperire un'efficacia ablativa della punibilità, salvo -ovviamente- il ricorrere di una prescrizione testuale nell'escludere che il ricevimento di un atto nullo convalidabile costituisca violazione dell'art. 28. Quel tipo di prescrizione, giova evidenziarlo, che infatti non manca -v. art. 47, 1 co. t. un. edil.- per le fattispecie nominate di confermabilità *formale*, anche ad opera di una sola delle parti o dei suoi aventi causa, documentate dagli artt. 30, 4 co-*bis* e 46, 4 co. t. u. edil.<sup>63</sup>: ma di cui, invece, non è dato trovare traccia, anche ad ammettere che il legislatore le tratti alla stregua di tre forme di nullità (totale) sanabile<sup>64</sup>, nella trama rispettivamente

-dell'art. 2, 1 co. del d. lgs. n. 122 del 2005 (per il mancato rilascio all'acquirente di una fideiussione di importo corrispondente alle somme che il costruttore ha riscosso o riscuoterà prima del trasferimento della proprietà),

-nell'ordito dell'(abrogato) art. 3, 13 co.-*ter* della l. n. 165 del 1990 (per l'omessa dichiarazione dell'a-

63 Ed infatti entro questi limiti, per effetto di un plausibile argomento *a contrario*, è Cass. 14 febbraio 2008, n. 3526, cit.

64 Sebbene l'art. 6, 1 co., lett. g, d. lgs 122/2005, diversamente dall'art. 72-*bis*, 3 co., c. cons., non commini testualmente la nullità, è da credere infatti che sia nullo il contratto preliminare carente degli estremi della fideiussione rilasciata ai sensi dell'art. 2. E pur tuttavia, se la garanzia documentalmente omessa è stata rilasciata, perché mai si dovrebbe ammettere che il promissario acquirente possa slealmente esercitare, per il tramite di una pretestuosa *exceptio nullitatis*, uno *ius se poenitendi contra* o *praeter legem*? Ed ancora: siccome non v'è alcuna illiceità sostanziale, ma solo un vizio documentale, su quali argomenti si può coonestare l'idea di una preclusione all'operare d'una conferma successiva, modellata sullo schema dell'integrazione formale di cui all'art. 46, 4 co., d. p. r. 380/2001? Almeno per chi crede che, nel sistema vigente, la nullità mostri la doppia veste di tecnica ancillare all'essere del contratto come atto e di strumento congeniale allo svolgersi di questo nella veste di «rimedio di regolamento, quale mezzo tecnico cioè di gestione e controllo [dell'operazione economica]» (così V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in in *Riv. dir. civ.* 2006, I, p. 244 s. che iscrive il fenomeno in una «prospettiva di *oltrepassamento* della teorica della fattispecie» (corsivo nel testo). Di «intrinseca flessibilità delle nuove nullità formali» parla U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 720. V. poi S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, *passim*.

61 Per questa classica bipartizione v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, rist. Napoli, 1994, p. 116 s. e S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, p. 116.

62 Così Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, cit. che affronta *ex professo* la questione di una possibile *summa divisio* tra norme imperative e norme ordinarie.



liante di aver ottemperato agli obblighi fiscali)<sup>65</sup> e, per finire,

-nel corpo dell'art. 10, 1 co., l. 353/2000 (quanto all'obbligo di richiamare la destinazione preesistente negli atti di compravendita di aree ed immobili situati nelle zone incendiate, stipulati nel quindicennio successivo all'evento causativo dell'incendio)<sup>66</sup>. Senza che il dato, all'evidenza, suoni sorprendente.

Se infatti l'idea portante è che la *ratio* dell'art. 28 postuli indefettibilmente una contrarietà (alla legge) operante sul piano del divieto, ha innegabilmente più di un senso riconoscere che le tre figure citate in realtà congegnano una vicenda -la confermabilità o l'integrabilità dell'atto- rispetto alla quale si può ben dire che, per mano del notaio, si consuma la violazione di norme proibitive<sup>67</sup>. Del resto, come si è avuto modo di statuire<sup>68</sup>, la circostanza che gli

eredi possano confermarla o darvi volontaria esecuzione ai sensi dell'art. 799 c.c., è disciplinarmente ininfluenza per il notaio che abbia ricevuto una donazione nulla, in quanto stipulata dal donante a mezzo di procuratore, in violazione dell'art. 778 c.c. E lo stesso vale per l'atto di scissione, che determini il trasferimento di diritti reali su alcuni terreni, privo delle allegazioni prescritte dalla normativa edilizia, dopo che sia stato iscritto nel registro delle imprese: se è vero che, ferma restando la responsabilità disciplinare del notaio, l'invalidità della scissione non può più essere pronunziata (artt. 2504-*quater* e 2506-*quater* c.c.)<sup>69</sup>.

*Quid iuris* allora? C'è indiscutibilmente del vero nell'evidenziare che, se il legislatore contempla una forma di sanatoria volontaria dell'atto nullo, è poi poco plausibile pensare ad una responsabilità disciplinare del notaio incentrata su quello stesso giudizio di disvalore di cui le parti possono invece disporre.<sup>70</sup> Ma allora, di nuovo, delle due l'una: o si rimette casisticamente la questione all'interprete o si identificano gli 'atti proibiti dalla legge' con quelli illeciti, in quanto contrari a norme imperative proibitive<sup>71</sup>, con esclusione perciò degli atti nulli per difetto strutturale o di forma (giacchè non sono illeciti), onde così suffragare l'assunto escludente una responsabilità del notaio che sia disgiunta da una confermabilità (o convalidabilità) dell'atto, notoriamente irrecuperabile se provvisto di causa od oggetto illeciti (artt. 2126 e 1972, 2 co., c.c.). L'alternativa, si diceva, è ricostruire il giudizio di legalità dell'art. 28 nei termini di un sindacato che legge il divieto in termini relativi, escludendo cioè la sanzione allorché l'interesse finale, protetto dalla norma violata, risulta comunque soddisfatto (o, almeno, non pretermesso)<sup>72</sup>. Dunque, verrebbe da dire, in termini di riduzione teleologica o di interpretazione restrittiva

65 *Contra*, per altro, Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, cit., in forza dell'assunto, per la verità controvertibile, che la chiusa dell'art. 1423 configuri «un'ipotesi normativa eccezionale», rispetto alla regola generale dell'inconvalidabilità, per la quale «non è possibile l'interpretazione analogica». Per una rilettura della chiusa eccezionale dell'art. 1423 c.c., nel senso che è dato riscontrarvi una riserva di legge, ma non una espressa in quanto l'inciso *-se la legge non dispone diversamente-* lungi dal significare che occorra un'espressa previsione di convalida, deve spiegarsi come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo (o dallo scopo) della previsione *risulti altrimenti*, sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit. p. 200 ss.

66 Per una illustrazione di questa disciplina v. F. PARENTE, *Incendi boschivi e vincoli legali ai poteri di contrattazione e di utilizzazione dell'area*, in *Riv. not.*, 2010, p. 941 ss. Sulla confermabilità ai sensi della l. 31 luglio 2010, n. 122, v. invece M. CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel D.L. 31 Maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 Luglio 2010, n. 122) e il problema della nullità degli atti*, in *Riv. Not.*, 2011, I, P. 335 SS.

67 Se è vero che l'art. 28 «configura la responsabilità disciplinare del notaio con riferimento ad una condotta sua propria», la quale, «una volta realizzata», va indenne dalla possibile «rilevanza retroattiva [di] comportamenti altrui, futuri ed eventuali»: così, non a caso, Cass. 12 gennaio 2001, n. 383, in *Vita not.*, 2001, p. 949, relativa alla violazione dell'allora art. 2476, 2 co. -ora 2464, 5 co.-, prescrivente, a pena di nullità, il versamento dell'intero capitale sociale all'atto della costituzione di società unipersonali. Una nullità che, essendo stata rifiutata l'omologazione, era stata emendata, modificando l'atto, con il versamento integrale del capitale sociale. Nello stesso senso Trib. Pesaro, 23 maggio 2002, in *Vita not.*, 2002, p. 1342 (per l'atto costitutivo di una s.p.a. con un unico socio). In dottrina v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 96 ss.

68 V. Co. Re. Di. Toscana, 19 maggio 2008, in *Notariato*, 2010, p. 591 e Co. Re. Di. Toscana, 27 novembre 2010, *ivi*, 2011, p. 220. V. anche Cass. 1 febbraio 2010, n. 2234, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 842 ss. (fattispecie nella quale due soggetti avevano donato a se stessi, agendo in nome e per

conto del donante, sulla base di un mandato nullo ex art. 778).

69 Ma per una fattispecie in cui è stata decretata la nullità parziale, v. Trib. Firenze, 7 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 461 ss., con nota di P. LUCARELLI, *Nullità parziale della fusione*.

70 Lo sostiene, tra gli altri, S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, studio 106-2009/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi mat.*, 2009, p. 975 ss.

71 Mostra di prediligere questa interpretazione A. GENTILI, *Atti notarili 'proibiti' e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 274 ss.

72 Si pensi, volendo esemplificare, al caso in cui l'eventuale azione di nullità, con annessa responsabilità disciplinare ex art. 28, per omesso rilascio della garanzia fideiussoria, sia promossa dall'acquirente dopo l'acquisto della proprietà. E si consideri pure l'ipotesi del rilascio della fideiussione *in itinere*.





della norma imperativa disapplicata. *Tertium*, in ogni caso, *non datur*.

### 5.1. Segue: l'art. 1419, 2 co. in un trittico di casi.

E per la nullità parziale oggettiva? Ebbene, nonostante il contrario avviso di una parte della dottrina, l'impressione è che debbano tenersi ben distinte tre fattispecie.

Ove infatti -prima ipotesi- la nullità parziale si mostri testualmente evidente ed assoluta, non sembra che residuino margini per immaginare che il combinato disposto degli artt. 2236 e 1176, 2 co. c.c. possa funzionare da esimente, almeno senza vulnerare la funzione di pubblica fede del ministero notarile. Si pensi ad una clausola che contempli un divieto convenzionale di concorrenza, per l'amministratore di una società per azioni, di durata superiore a cinque anni (art. 2596, 2 co., c.c.) oppure, continuando nell'esemplificazione, si potrebbe immaginare l'ipotesi della clausola risolutiva espressa, figurante in un contratto di credito fondiario, in forza della quale la banca sia ammessa a risolvere il mutuo ai sensi dell'art. 1456 c.c., quand'anche il mutuatario abbia omesso di versare una sola rata. Nulla la clausola, *non il contratto*, per evidente violazione di quell'art. 40, comma 2, T.U.B., che inderogabilmente deroga, a tutela del mutuatario inadempiente, alla disciplina generale sulla risolvibilità del contratto in caso di ritardo o di mancato pagamento<sup>73</sup>. E, sempre in quest'ottica, qualche utile spunto può venire pure da quel *dictum* della Cassazione che, seppur a titolo di *obiter*, ha mostrato di voler intendere l'art. 1938 alla stregua di una norma imperativa di ordine pubblico, col risultato che sarebbe perciò nulla la clausola del contratto di garanzia atipica sprovvista dell'indicazione di un importo massimo garantito<sup>74</sup>. A pensare infatti che l'art. 1938 rilevi come una norma imperativa transtipica, si avrà ch'essa troverà applicazione, in quanto norma materiale, direttamente e non per via analogica, in tutta la variegata classe delle garanzie autonome.

<sup>73</sup> Che, nell'economia della disposizione, rileva infatti solo quando il ritardato pagamento «si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive»: v., poi, nel senso del testo, Trib. Salerno, 4 febbraio 2011, inedit.

<sup>74</sup> Così Cass. 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 663 ss., con nota di P. E. Corrias. Ma v. anche, giacché indirettamente corrobora il ragionamento sopra svolto, Cass. 4 marzo 2009, n. 5044, ivi, 2011, II, p. 287 ss., secondo la quale deve escludersi che la nullità della clausola contemplante la pattuizione di interessi ultralegali si comunichi all'intero contratto visto che, eccezion fatta per l'ipotesi degli interessi usurari, «non è contraria all'ordinamento».

Se poi -seconda ipotesi- la nullità espressa, seppur relativa ma rilevabile *ex officio*<sup>75</sup>, si sostanzia non in una *sostituzione* bensì in una *riduzione* del contenuto pattizio difforme (es. artt. 120-ter, 1 co., 120-quater, 6 co., 125-bis, 6 co. t. un. bancario e 1354, 2 co., c.c.)<sup>76</sup>, manca in realtà persino il presupposto per asserire che il contratto nasce valido. E, si prenda nota, nel caso di cui agli artt. artt. 120-ter, 1 co., 120-quater, 6 co. neanche può essere d'ostacolo (alla responsabilità) la circostanza che il mutuatario o il debitore, obbligati a versare un compenso *seu* una penale ovvero un altro genere di indennità, siano degli imprenditori. Entrambe le disposizioni richiamate proteggono, invero, il mutuatario o il debitore *tout court*, con semmai la variante per l'art. 120-ter, 1 co. che si tratti di una persona fisica: il che poi origina la peculiarità, sulla quale ci sarebbe da riflettere, di una validità -delle clausole penali ancillari ad un mutuo contratto inizialmente da una *società*- che si converte in *nullità sopravvenuta* a seguito dell'accollo ad opera di una persona fisica che negozi per gli scopi normativamente prescritti dall'art. 120-ter, 1 co.<sup>77</sup>.

Diverso infine, terza ipotesi, è il caso del notaio che, appurato il ricorrere di clausole affette da nullità parziale necessaria, constati la ferma intenzione del cliente (o del consumatore) di stipulare, ciò nondimeno, il contratto. E' vero che l'ipotizzare un rifiuto del notaio di ricevere *questo* contratto avreb-

<sup>75</sup> Di talché errano coloro che -da ultimo C. RADICE, *Estinzione anticipata del mutuo e clausole sulle prestazioni del mutuatario*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Padova, 2009, p. 153 s. e Co. Re. Di. Calabria, 8 marzo 2010, in *Notariato*, cit. p. 219 s.- dall'essere la nullità relativa, «secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità», escludono la responsabilità del notaio. La giurisprudenza della Cassazione, come poc'anzi osservato, distingue, infatti, le nullità in merito alla rilevanza: e poi l'attuale formulazione dell'art. 127, 2 co.- «le nullità operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice»- spazza via ogni equivoco. Anche quelli che aveva ritenuto di formulare S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. pp. 987 - 989.

<sup>76</sup> Sulla distinzione tra le due vicende si rinvia a A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 196 ss. Per una rassegna ragionata P. DUVIA, *La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, 2 co.*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 789 ss.

<sup>77</sup> E, per la verità, un problema di cd. nullità sopravvenuta si pone anche per le clausole compromissorie confezionate prima del d. lgs. n. 5 del 2003 e non adeguate nei tempi e nei modi previsti dall'art. 41. Problematica sulla quale si rinvia, sebbene l'apparato argomentativo non convinca sempre a pieno, a V. CORRIERO, *La nullità sopravvenuta della clausola compromissoria tra interpretazione letterale e sistematica*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, I, p. 358 s.





be l'effetto di convertire in totale una nullità parziale, col risultato per di più di spogliare la parte del suo «interesse primario alla ... conclusione»<sup>78</sup>. Epperò, intanto un contratto parzialmente nullo non è meno riprovevole di uno viziato *in toto*, ipotizzare una ricevibilità dell'atto così confezionato fa d'altronde pensare ad una repressione virtuale dell'abuso, accrescendo molto il tasso di litigiosità, senza trascurare, di là dai problemi connessi al reale accertamento di una volontà genuinamente adesiva del cliente<sup>79</sup>, che spesso talune clausole -v. art. 71, 1 co., allegati sub ll. a, b, c, d c. cons.- sono testualmente imposte e valgono in termini di contenuto minimo prescritto. In soccorso dell'interprete neanche potrebbe venire, d'altra parte, una prospettiva che scambi la ferma acquiescenza del consumatore con una coeva forma di convalida ex art. 1423 (e non, com'è frequente trovar scritto, ai sensi dell'art. 1444 c.c.)<sup>80</sup>. Pure ad ammettere infatti, come per la verità si è inclini a credere, che l'art. 143, 1 co., c. cons. non precluda al consumatore di rinunciare o disporre dei propri diritti, è indubbio che queste forme di rinuncia valgono se posteriori alla stipula dell'atto, non quando antecedenti o contestuali alla conclusione<sup>81</sup>.

## 6. La fattispecie della nullità parziale ex art. 1419, 1 co. ed il caso della *severability clause* nei contratti tra professionisti.

C'è -altra notazione- una responsabilità del notaio allorché si profili una nullità parziale ex art. 1419, 1 co. c. c. ? La dottrina prevalente è incline a riconoscerla giacché, questo è quanto si osserva<sup>82</sup>, il *favor* del legislatore verso la conservazione del contratto, mandato della clausola nulla, non può costituire un convincente motivo di esonero per il notaio laddove faccia difetto un preminente interesse *ex lege* di necessaria parzialità a tutela del consumato-

78 È l'avviso di S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. p. 990.

79 Che dimidia, comunque, la «funzione promozionale» del notaio: così G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie, A margine dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 814.

80 V., ampiamente, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 10 e p. 39.

81 Sicché, ad es., sarebbe nullo -ed irricevibile- il patto col quale costruttore ed acquirente convenissero di escludere l'obbligo di rilascio della fideiussione.

82 V., specialmente, S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. p. 991 s. ma spunti anche in M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit.

re o del cliente. Né, in effetti, avrebbe molto più senso osservare che, per giurisprudenza consolidata<sup>83</sup>, la nullità totale, per vizio di singole clausole, costituisce un'eccezione per di più non rilevabile d'ufficio. Se infatti il tratto tipico dell'attività notarile è la «funzione antiprocessuale»<sup>84</sup>, rogare un contratto, che le parti non avrebbero stipulato senza quella parte del suo contenuto sospetta sin dall'inizio di nullità, mina evidentemente quella «certezza dei rapporti giuridici» alla cui tutela l'agire del notaio è costitutivamente servente. E l'ipotesi di una nullità virtuale, che non sia manifesta *seu* inequivoca, potrebbe così costituire l'unica eccezione plausibile ad una irricevibilità dell'atto altrimenti stringente.

Tutto vero, ma con un'obiezione a fare da contrappunto, potendosi invero opporre che il notaio potrebbe trovarsi a ricevere un atto, *tra professionisti*, nel quale figurì una *severability clause*<sup>85</sup>, con l'annessa così parzialità della nullità per il caducarsi di una qualsiasi clausola del regolamento contrattuale. La critica solitamente opposta, incentrata sulla dubbia validità di ogni *salvatorious clause* nella misura in cui scinde il giudizio di essenzialità della clausola da una valutazione in termini di equilibrio causale e, a cascata, di buona fede del regolamento contrattuale<sup>86</sup>, non sembra infatti del tutto pertinente: almeno se si pone mente al fatto che, non potendo la nullità totale rilevarsi d'ufficio<sup>87</sup>, ove le parti

83 V., principalmente, Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 252 ss; Cass., 27 febbraio 2003, n. 1189, in *Contratti*, 2003, p. 682; Cass., 5 maggio 2003, n. 6756, *ivi.*, 2003, p. 998; Cass., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 467 e Cass., 27 febbraio 2008, n. 5203, *ivi.*, 2008, *Professioni intellettuali*, n. 99 (fattispecie nella quale si è ritenuto che la prestazione fosse stata convenuta come eseguibile collegialmente ed indivisibilmente dal collegio di professionisti incaricato di redigere il progetto di una costruzione civile). In dottrina rimane essenziale lo scritto di V. ROPPO, *Poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 1106 s.

84 Così, nel segno di una consolidata dottrina, S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, cit. p. 992 e M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit. (ivi il riferimento ad una «azione cautelativa»). Da ultimo v. G. CASU - G. SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, p. 154.

85 Per le quali v. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 59; ID., *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 270.

86 E' l'avviso di V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 866.

87 Naturalmente, ove abbia constatato l'essenzialità della clausola denunziata, il giudice avrà il potere di provocare il contraddittorio delle parti ex art. 183, 4° co., c.p.c. sulla questione di una (possibile) caducazione integrale del contratto. Ma il fatto è che la lettera dell'art. 1419, 1° co., c.c. salvo che di rimando non venga proposta domanda di



di un cd. contratto alieno abbiano consapevolmente voluto circoscrivere gli effetti dell'eventuale nullità di una singola clausola, plausibilmente non faranno poi valere in giudizio l'estensione all'intero contratto del vizio inficiante *pro parte* l'autoregolamento d'interessi.

Insomma, vero che la *severability clause* si presenta come una clausola a rischio di nullità in quanto confezionata in sospetta violazione di una norma imperativa dell'ordinamento (art. 1419, 1 co. c.c.): ma, accantonata la logica liberalizzante di una volontà ipotetica<sup>88</sup>, la circostanza che le parti, nei limiti della liceità, abbiano inteso definire un'essenzialità convenzionale non può non indurre a pensare che «qui la funzione del notaio, quale pubblico ufficiale», sia da intendere in ragione di quello stesso interesse *negativo*<sup>89</sup> che i contraenti hanno inteso documentare per iscritto. Che significa, in luogo dell'irricevibilità, obbligo per il notaio, sanzionabile a norma dell'art. 136 l. not., di avvertire le parti dell'esistenza del vizio, rendendole edotte dei loro diritti. Con annessa, poi, responsabilità civile dello stesso ove il suddetto scambio dialogico con le parti venga invece a mancare<sup>90</sup>.

accertamento incidentale di una nullità totale, non formalizza alcuna deroga al principio dispositivo: e, come si fa notare, in caso di nullità totale, il «*petitum* dell'azione dichiarativa [è] diverso e più ampio» (così C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 981).

88 E, quindi, di un giudizio di essenzialità condotto sulla scorta di parametri rigorosamente soggettivi: così, specialmente, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*, Milano, 1959, p. 232.

89 Sono le parti stesse infatti ad aver escluso di voler ricorrere in giudizio a causa di un vizio parziale del contratto. Sicché, se hanno inteso predisporre una oggettiva scindibilità delle singole clausole, si deve assumere che ricorra non una *voluntas hypothetica* presunta *iuris tantum* bensì una reale volontà contrattuale incondizionata. Né, verrebbe da chiosare, va sottaciuta la circostanza che, se una delle parti muta in itinere l'originario, è assai probabile che verrà negoziato, onde ovviare allo squilibrio, un'offerta di riequilibrio, ad opera della parte avvantaggiata, ricalcata sullo schema degli artt. 1432, 1450 e 1467, 3 co. c.c. V., pur se con qualche dubbio, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 868. Insomma, non sono clausole escludenti l'operare dell'art. 1419, 2 co., bensì pattuizioni che evitano «le incertezze del giudizio di scindibilità...»: così, acutamente, G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, ora in *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit. p. 95.

90 Un appiglio si può trovare -v. *infra* Postilla- in Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, cit. laddove si legge - § 5. 1 della motivazione- che, quanto all'opzione interpretativa personale, questa rileva «ai fini del rapporto professionale con il cliente»: il quale, «dell'opinabilità della ... ricostruzione e della ... scelta», dev'essere avvisato.

In questa prospettiva, anche la distinzione, assai fine ma fortemente discussa<sup>91</sup>, tra *atto disapprovato*, in quanto confezionato in violazione di un divieto, ed *atto rifiutato*, per il quale è solo questione di autorevolezza delle parti, potrebbe riacquistare un preciso significato, se è vero che un'interpretazione troppo rigorosa dell'art. 28 può sortire l'effetto di innescare un «inevitabile isterilirsi della prassi»<sup>92</sup>, specie con riferimento a contratti tendenzialmente autosufficienti, corredati di rimedi invalidanti spuri, «fortemente inclinat[i]... a protezione degli interessi di parte»<sup>93</sup>. E l'art. 27 l. not., giova rammentarlo<sup>94</sup>, contempla un dovere di rogare l'atto rispetto al quale il successivo art. 28 si pone come un'eccezione da intendersi restrittivamente.

### 7. Lo *ius novum* della Cassazione ed il problema della nullità testuale equivoca: per una responsabilità del notaio nei casi di annullabilità incerta?

L'ultima notazione, la più intrigante, riguarda il modo in cui ha più senso leggere il sintagma nullità inequivoca, coniato dal *leading case* del 1997<sup>95</sup>: che, in entrambi i *dicta*, funge da limite all'irricevi-

91 L'allusione, va da sé, è al saggio di N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 1996, p. 47 ss. Una panoramica delle numerose -e talora aspre- critiche rivolte a questa interpretazione - di un notaio 'custode della parola' e garante della 'legalità linguistica' - si legge diffusamente in G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 821 ss.

92 L'interessante notazione è di A. FUSARO, *La responsabilità del notaio*, in G. Visintini (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale, II, I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009, p. 591 ss. e v., in special modo, R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in *Diritto civile tra principi e regole, I*, Milano, 2008, p. 607 ss. e soprattutto p. 612.

93 Così, significativamente, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 868.

94 Di un «notaio stretto tra il dovere di rogare dell'art. 27 e il dovere-diritto di rifiutare dell'art. 28» discorre A. GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema delle invalidità*, cit. p. 265.

95 Secondo cui «è sufficiente che la nullità», da reputarsi comunque 'espressa' se si combina la singola norma imperativa violata e l'art. 1418, 1 co., «risulti in modo inequivoco». Anche se, forse, sarebbe più corretto parlare di un sintagma ripreso: se è vero che di una nullità così strutturata già si discorre in App. Catanzaro, 24 novembre 1953, in *Foro pad.*, 1954, I, c. 526 s., mentre per App. Napoli, 30 gennaio 1958, in *Foro nap.*, 1958, p. 175, il contrasto giurisprudenziale poteva solo rilevare alla stregua di una circostanza attenuante. Un richiamo all'interpretazione dottrinale si legge pure in Trib. Reggio Emilia, 14 novembre 1980, in *Riv. not.*, 1981, p. 193.



bilità dell'atto. E, va detto, in prima battuta sembra più convincente il periodare della sesta sezione, non foss'altro per il fatto che il vivace contrasto giurisprudenziale, sull'intendere l'arbitrato endosocietario come esclusivo o concorrente con quello di diritto comune (art. 806 e ss. c.p.c.)<sup>96</sup>, pare davvero costituire la rappresentazione emblematica di cosa integra quel dubbio interpretativo che, per i giudici di legittimità, vale da esimente per il notaio. Vero infatti che, *sub specie naturae*, non è dato registrare una differenza qualitativa tra norme imperative perfette ed imperfette. Epperò, per quanto qui la legge non disponga diversamente, è esatto che non può bastare una *littera legis* controversa a trasmutare in univoco *seu* indiscutibile quel che i *savants* reputano controverso<sup>97</sup>.

Questione allora, almeno «per chi crede nel diritto vivente più che [in quello] vigente»<sup>98</sup>, archiviata? Non proprio e, in ogni caso, non in modo esauriente. Problematica infatti, sebbene si tratti di una

formula sperimentata<sup>99</sup>, resta la nozione stessa di nullità inequivoca dottrinale, quale *tertium genus* sospeso tra la nullità testuale e quella virtuale. E non solo perché, come già si è fatto notare<sup>100</sup>, trattasi di un sintagma talmente duttile ed insidioso da rendere incerto sia capire quand'è che un orientamento dottrinale può dirsi consolidato sia comprendere se abbia davvero un senso, visto che *tempus regit actum*, legare la responsabilità disciplinare del notaio ad un fattore mutevole come il formarsi di un'opinione dottrinale incontrastata. Che, al momento del rogito, potrebbe non esserci più, complice l'esistenza di contrasti giurisprudenziali, per ricomparire poi in un momento successivo. Quesiti che neanche il rinvio, mai viceversa apparso nei *dicta* precedenti, ad un «giudizio di valore condiviso»<sup>101</sup>, per ciò stesso dottrinale e giurisprudenziale, riesce davvero a risolvere. Senza contare che potrebbe manifestarsi pure l'ipotesi di un acceso contrasto tra l'opinione consolidata della dottrina ed il contrario avviso costante della giurisprudenza. Si pensi, per fare soltanto due esempi, al contratto di trasferimento, a titolo oneroso, del possesso di terreni gravati da un uso civico di natura demaniale: nullo, stando all'opinione della Cassazione, per impossibilità dell'oggetto<sup>102</sup>, ma valido, in quanto

96 Esemplicato, nella prospettiva di un'ammissibilità del cd. doppio binario, da Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2006, p. 500; Trib. Bologna, 9 febbraio 2006, n. 344, in *Il merito*, 2007, p. 34; Trib. Bari, 5 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 1329; App. Torino, 29 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2237 ss. ed App. Genova, 25 febbraio 2010, in *Notariato*, 2011, p. 219 nonché Trib. Prato, 15 giugno 2010, in *Soc.*, 2010, p. 1504 ss. ed in dottrina, *inter alios*, da G. DE NOVA, *Controversie societarie. Arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, p. 847; A. ZOPPINI, *I diritti disponibili relativi al rapporto sociale nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1173 ss.; S. RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 771 ss. e T. GALLETTO, *Linee evolutive dell'arbitrato societario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 489. *Contra*, in special modo, Trib. Torino, 6 ottobre 2006, cit., Trib. Torino, 29 aprile 2008 (ined.), App. Bologna, 4 gennaio 2010, cit.; App. Bologna, 6 marzo 2009, in *Notariato*, 2010, p. 474 (che ragiona in termini di specialità della nuova disciplina e, nell'ipotesi di una società di capitali, prospetta persino una responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 138-bis l. nt., giustificata «in ragione della funzione di controllo di legalità... che [costui] è ora chiamato a svolgere sugli atti delle società di capitali da iscrivere nel Registro delle imprese») e Trib. Parma, 11 aprile 2008, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1004 ss. Ma soprattutto -v. *amplius Postilla-* è per Cass. 20 luglio 2011, n. 15892 cit. che il disposto dell'art. 34 è da intendere come «prescrittivo di una forma necessaria ed esclusiva di clausola compromissoria nell'ambito societario indicato dalla norma stessa».

97 Il francesismo, calzante nel rendere l'idea di una dottrina che conia regole operative in funzione *lato sensu* nomofilattica, si legge in A. DI MAJO, *La nullità*, ne *Il contratto in generale*, T. VII, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2002, p. 140 ss.

98 Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 292.

99 Che ricorre, in un modo fin troppo assertivo, pure in Cass. 21 gennaio 2000, n. 675, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1153 ss. e nell'interessante Cass. 6 luglio 2006, n. 15351, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 432, dove si potevano nutrire non pochi dubbi sull'inequivocità della prescrizione imperativa imperfetta figurante nell'allora vigente art. 2 della legge 1815/1939 (quanto al divieto di costituire una s.r.l. avente ad oggetto l'esercizio di attività riservata ai consulenti del lavoro). In dottrina una valutazione positiva della formula si incontra in E. BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*, in *Notariato*, 1998, p. 12 e, prima ancora, in Trib. Vercelli, 21 aprile 1997, in *Riv. not.*, 1997, p. 1221, con nota di G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*.

100 V., in special modo, P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore*, cit. p. 26 e P. ZANELLI, *La nullità 'inequivoca'*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1253 ss.

101 Così, a margine del precedente orientamento, A. DI MAJO, *La nullità 'non equivoca'*, nota ad App. Milano, 5 febbraio 1999, n. 329, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1164. e, in termini consimili, T. GAETA, *Riassetto della invalidità negoziale e controlli notarili*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, cit. p. 368 s.

102 V., in special modo, Cass. 13 ottobre 2010, n. 21168, inedita; Cass. 28 settembre 2005, n. 18787, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Agricoltura*, n. 141; Cass. 14 aprile 1999, n. 3670, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2561 ss.; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Corr. giur.*, 1997, p. 315; Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, in *Contratti*, 1997, p. 468 ss. nonché Cass. 17 gennaio 1994, n. 363, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1059 ss. V. pure Co. Re. Di. Lazio, 9 settembre 2008, in *Notariato*, 2010, p. 334. In dottrina, per una panoramica d'insieme, F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 149 ss.





promessa traslativa atipica, per una parte della dottrina. Oppure, prima che l'art. 41 *sexies*, 2 co., l. n. 1150/1942 innesca un fenomeno di validità sopravvenuta, alla vendita di unità immobiliari separata da quella degli spazi di parcheggio: che la giurisprudenza tutta ma assai meno la dottrina, col medio di una norma imperativa virtuale, assoggettava al combinato disposto degli artt. 1374 e 1419, 2 co., con l'attribuzione *ex lege* ai proprietari condomini di un diritto reale d'uso (sull'area di parcheggio) condizionato al versamento di un'integrazione del prezzo<sup>103</sup>.

Ciò che di più sorprende però è il modo, del tutto diverso dal passato, con cui la sesta sezione declina la nozione di nullità inequivoca: conia, è bene rammentarlo, per meglio raccordare l'avverbio *esspressamente* (dell'art. 28) con i casi in cui la sanzione della nullità (dell'atto) derivi solo dal disposto dell'art. 1418, 1 co. Un'inequivocità, quindi, come fattore idoneo a selezionare, nel *genus* delle nullità virtuali, la *species* di quelle inesprese ma univoche, valutate per ciò stesso motivo di irricevibilità dell'atto.

Ebbene, l'art. 34, 2 co. del d. lgs. n. 5 del 2003 non appartiene al novero delle norme imperative imperfette in quanto la nullità della clausola, che non conferisca «il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società», è comminata testualmente. Donde una nullità ai sensi dell'art. 1418, 3 co. e non in virtù del primo. Ciò però comporta che, nell'argomentare della sesta sezione, la nozione di nullità inequivoca non vale più *soltanto* ad ampliare il raggio di operatività dell'art. 28, servendo piuttosto *anche* a circoscrivere l'area delle nullità testuali causa di responsabilità<sup>104</sup>. Le quali, a quanto è dato capire, se il divieto non può dedursi «in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto» non danno *ex se* ragione dell'irricevibilità dell'atto. Stipulativamente, quindi, delle nullità denominabili come *assolute incerte*, col diritto vivente a fungere da «strumento misuratore della (in)certezza»<sup>105</sup>.

103 V., tra i tanti, F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 477 ss.

104 Per l'idea che, col medio della consolidata opinione, si fosse voluto fare riferimento «al coinvolgimento degli stessi oggetto e/o causa dell'atto nel giudizio di contrarietà (alla legge)», v. A. DI MAJO, *La nullità 'non equivoca'*, cit. 1164.

105 L'espressione, seppure formulata ad altro fine, si legge in A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, cit. p. 89.

Il che, sia detto per inciso, visto che ogni interpretazione è sempre sistematica e la chiarezza (di un enunciato normativo) sempre un *posterius*<sup>106</sup>, può pure esser vero, con l'argomento di una *nullità flessibile*, prevalente nel tempo odierno «sui valori della certezza»<sup>107</sup>, che senz'altro lo corrobora: ma è un periodare che, nel momento in cui parametrizza l'interpretazione notarile sul diritto vivente, si presta a molti -fors'anche troppi- corollari. Tutti, lo si vedrà, connessi alla natura costitutivamente ancipite (e non *ex uno latere*) del diritto vivente.

Dopo aver negato implicitamente qualsiasi rilevanza al canone dell'*in claris non fit interpretatio*, la sesta sezione compie infatti un'operazione interpretativa opposta e speculare a quella che si conduce allorché è dubbio se la finalità perseguita dal legislatore, comminando una certa sanzione, possa dirsi soddisfattivamente attuata «con la relativa irrogazione»<sup>108</sup>. Cioè il criterio del cd. minimo mezzo. Sicché, primo interrogativo, *quid iuris* allorché il notaio si trovi a ricevere un atto proibito dalla legge per il quale, in conformità a quanto si legge nella chiusa dell'art. 1418, 1 co., la legge disponga sì inequivocamente una sanzione diversa dalla nullità (artt. 428 e 1439 c.c.), ma sia dubbia la congruità, rispetto allo scopo protetto, di questo disporre diversamente? Casi di annullabilità testuale che, per effetto di un consolidato quanto discutibile orientamento interpretativo<sup>109</sup>, si convertono in una manifesta nullità inespressa ex art. 1418, 1 co. sono, nonostante le fondate perplessità delle Sezioni Unite<sup>110</sup>, il contratto integrante gli estremi del delitto di

106 Sul fatto che il brocardo *in claris non fit interpretatio* sia «falso» ed «inaccettabile», v., per tutti, P. PERLINGIERI - P. FEMIA, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, 6 ed., Napoli, 2007, p. 97 ss.

107 Secondo l'autorevole prospettiva, significativamente consonante, suggerita da N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 368 (ove poi il rilievo sull'assenza di un «criterio legislativo unificante cui rapportare il finale giudizio di validità»).

108 Cfr., per tutti, G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, ora in *Il contratto*, cit. p. 269.

109 Può bastare il richiamo a Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1094; Cass. 23 maggio 2006, n. 12126, in *Il civilista*, 2009, fasc. 6, p. 73 e, in senso conforme, a Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Giur. it.*, 2004, I, p. 2290 (nonché in *Contratti*, 2005, 997 ss., con nota di A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*). In dottrina, criticamente, v. U. BRECCIA, *Contratto illecito*, in *Trattato di diritto priv. dir. da Bessone, Il contratto in generale*, XIII, t. 3, Torino, 1999, p. 130 (nt. 19) e G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, 2011, p. 711.

110 V. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, c. 784 (che invitano a rimeditare sull'attitudine di una condotta penalmente rilevante a determinare la nullità virtuale del contratto). Ma, in senso contrario, sempre





circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.) e, se si segue una recente giurisprudenza<sup>111</sup>, pure quello concluso in forza di una tangente. Non lo è, notoriamente, quello stipulato per effetto di truffa di un contraente in danno dell'altro, ritenuto annullabile ai sensi dell'art. 1439 c.c., in virtù del legittimo rilievo che il dolo del delitto di truffa non è diverso da quello viziante il consenso negoziale<sup>112</sup>. Ma, come si è fatto opportunamente rilevare, è difficile pensare che, in termini di disvalore, rogare un atto nel quale l'immobile sia identificato con un numero di particella erroneo sia meno grave che rendere «indiscutibile la capacità delle parti quando è assente»<sup>113</sup>. Il che introduce un secondo interrogativo.

Forse l'equivocità che ancora attanaglia qualsiasi interpretazione dell'art. 28 l. not. origina dal fatto che non serve, per identificare la classe degli atti ricevendo i quali il comportamento del notaio si mo-

---

ragionando in termini di un art. 643 c.p. quale disposizione preposta alla tutela della libertà di agire negoziale dei soggetti incapaci, Cass. pen., sez. IV, 23 aprile 2008, n. 27412, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 38, p. 103 e Cass. pen., sez. II, 22 aprile 2008, n. 19665, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2908. In dottrina, per un riesame critico, v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, pp. 21 - 24 e p. 35 s.

111 L'allusione è a Cass., 16 dicembre 2010, n. 3672, in *Danno e resp.*, 2010, p. 790 ss., relativa ad un caso di licitazione privata conclusasi con l'aggiudicazione del contratto d'appalto ad una società in forza della corresponsione di tangenti a taluni amministratori dell'ente pubblico committente. E' vero che i giudici non chiariscono quali sarebbero le prestazioni contrattuali illecite: ma resta il fatto che, per la Corte, il combinato disposto 'illiceità e elusione delle norme -inderogabili- a presidio dell'interesse pubblico alla scelta del contraente più affidabile (nonché meglio tecnicamente organizzato) importa indiscutibilmente la nullità del contratto. V. anche (pressoché iterativa) Cass. 5 maggio 2008, n. 11031, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 1066 ss. e G. BARALIS, *L'art. 8 d. lgs. 122/2005: obblighi e responsabilità notarili*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive. Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, cit. p. 93 s. (pur se con un apparato esemplificativo opinabile).

112 E' il motivare di Cass. 31 marzo 2011, n. 7468, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 70 e di Cass. 26 maggio 2008, n. 13566, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 472. Diffusamente M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit. pp. 36 - 40.

113 Così G. DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, cit. p. 635. E v. pure F. P. CLAPS, *Le clausole generali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2009, p. 655 (ove il richiamo alla menzione circostanziata «della vicenda negoziale... con riferimento indiscusso ai comportamenti dei suoi autori ed alle rispettive imputabilità»). Interessante, ma misconosciuta, Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 1999, n. 1399, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3432, per la quale incorre nel reato di falso ideologico il notaio che riceve un atto attestando una capacità inesistente.

stra così grave da meritare la sanzione della sospensione da sei mesi ad un danno (art. 138, 6 co.), ragionare sempre e solo in termini di pena civilistica comminata. La gravità infatti, nella trama dell'art. 28, pare piuttosto rilevare come «un predicato del ricevere l'atto»<sup>114</sup>. La nullità delle intese restrittive della concorrenza è assoluta e rilevabile d'ufficio (art. 2, 3 co. l. n. 287/1990): ma, in assenza di indici di evidenza lessicale, potrebbe non rivelarsi riconoscibile al notaio. E «l'irriconeoscibilità», è vero, «vale come esimente» per il notaio diligente ex art. 2236 c.c.<sup>115</sup>. Al contrario, non v'è chi non lo veda, il notaio che roghi un contratto annullabile nonostante sia edotto o possa riconoscere le determinanti circostanze illecite sottese alla stipula, abdica senz'altro alla sua funzione pubblica di verifica della legalità sostanziale dell'atto<sup>116</sup>. In quest'ottica, diversamente da quanto asseriscono reiteramente i giudici di legittimità<sup>117</sup>, la circostanza che il contratto annullabile possa convalidarsi, nulla aggiunge e nulla toglie alla gravità di una condotta che sempre si consumerà istantaneamente per il fatto stesso di ricevere un atto così formatosi. E, va aggiunto, neanche l'eventuale obiezione che, fin quando il contratto annullabile non è bilateralmente eseguito, la sua inefficacia danneggia di più la controparte dell'incapace (o di chi abbia subito il vizio), potendo quest'ultimo sempre opporre l'eccezione imprescrittibile di annullamento, è pertinente. A tacer d'altro, infatti, il rilievo non vale ove l'esecuzione, pur se *pro parte*, sia già avvenuta e, in ogni caso, il difetto di tutela si palesa macroscopico allorché, compiutasi l'esecuzione, la prescrizione dell'azione di annullamento abbia fatto *medio tempore* il suo corso<sup>118</sup>.

---

114 Cfr. G. DE NOVA, *op. ult. cit.* p. 633.

115 Cfr. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 299.

116 V., in luogo di tanti, C. DONISI, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, cit. p. 304.

117 Che sembrano trascurare -già lo fa notare A. GENTILI, *Atti notarili proibiti e sistema delle invalidità*, cit. p. 273- l'esistenza di cause di annullabilità costitutivamente connesse alla violazione dell'ordine pubblico. Si pensi, nel settore dell'intermediazione finanziaria, agli artt. 21, 1-bis (a e b) T.U.F. e 23, 3 co. Reg. congiunto Consob -Banca d'Italia n. 16190 del 2007.

118 Per quest'ultima notazione v. già A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 600.



**8. Il *decisum* 5913/2011 come prologo implicito (o inespresso) ad un *boulevardissement* della giurisprudenza anteriore? I rischi di un parametro eventuale: i casi dell'illecito amministrativo e di quello fiscale.**

114 Quand'è così, si deve dunque pensare che, nel periodare della sesta sezione, si annidi un potenziale *boulevardissement* surrettizio della regola operativa espressa nell'*overruling* del 1997, con una nullità (assoluta o relativa) rilevabile d'ufficio, quale criterio orientativo mobile della responsabilità disciplinare, corretta ed integrata da una valutazione del singolo caso concreto? A tutta prima, visto che per la sesta sezione l'interpretazione del notaio foggia la norma sulla scorta di «indici desumibili dal concreto atteggiarsi dell'esperienza»<sup>119</sup>, è più di un'impressione. D'altronde è un approccio che premia la funzione del notaio quale «affidabile filtro» preposto a garantire «un adeguato sindacato preventivo [sulla] liceità e moralità ... degli atti da rogare»<sup>120</sup>. Epperò, se così fosse, con un orientamento interpretativo consolidato a fare da «fattore di riconoscimento» (della nullità) e di «propulsione» (di un moderno agire del notaio)<sup>121</sup>, si dovrebbe riflettere meglio su almeno tre questioni.

La prima. *Quid iuris*, ad esempio, per il contratto configurante un grave illecito amministrativo? È vero infatti che la connessione tra «norma proibitiva e invalidità è rar[a], ma esiste»<sup>122</sup>. La più recente si riscontra nell'art. 1, co. 23-bis, del decreto legge 194/2009, convertito dalla l. 25/2010, che sancisce la nullità per ogni contratto di locazione di immobili, di proprietà dello Stato, non stipulato dall'agenzia

del demanio<sup>123</sup>. Ma si potrebbe fare pure il caso della nullità -v. art. 3, 59 co., l. n. 224/2007- dei contratti di assicurazione con i quali l'ente pubblico assicura i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi all'incarico da costoro ricoperto.

La seconda. *Quid iuris* poi, stante la circostanza che l'art. 28 mostra di voler distinguere tra un giudizio di legalità ed uno di liceità<sup>124</sup>, per il contratto che realizzi un illecito fiscale? La *communis opinio* propensa ad escludere la nullità del contratto conosce, infatti, l'eccezione della nullità, financo parziale (v. art. 13, 1 co. l. 431/98, per il caso della pattuizione fissante un importo del canone locativo superiore a quello documentato)<sup>125</sup>, testualmente comminata (art. 1418, 3 co.) e l'ipotesi contigua della nullità per mancanza di causa in concreto (art. 1418, 2 co.) allorché il contratto -es. costituzione di un diritto di usufrutto su partecipazioni azionarie in favore di una società residente nel territorio dello Stato italiano- risulti stipulato, in assenza di un qualsiasi vantaggio economico per l'usufruttuario, al solo scopo di far ottenere un vantaggio d'imposta al nudo proprietario (la società estera titolare del pacchetto)<sup>126</sup>. E, va aggiunto, la nullità spuria (e sanabile)<sup>127</sup>

123 Sull'argomento, con riguardo già all'art. 2, co. 222, della l. 191/2009, v. *AdC*, 2009, p. 454.

124 Lo fa notare C. DONISI, *Il notaio e il 'controllo di liceità' del regolamento negoziale*, in *ID.*, *Ricerche di diritto civile*, rist. Napoli, 2002, p. 159: ed è un fatto incontrovertito che la Cassazione, legando sempre la nullità alla violazione di norme imperative, sopprime la distinzione, svuotando di un significato autonomo le «clausole generali» del buon costume e dell'ordine pubblico (così pure G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit. p. 823).

125 Ovviamente nel contratto scritto e registrato. Sulla fattispecie v., in luogo di tanti, V. CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 357 ss.

126 V., rispettivamente, Cass. 7 marzo 2002, n. 3328, in *Foro pad.*, 2003, I, c. 71 ss., con nota di FRANCESCHIN, *Nullità del contratto per violazione di norme fiscali*, ove la statuzione che la clausola del contratto preliminare con la quale si convenga di indicare, nel contratto definitivo di compravendita, un prezzo inferiore a quello pattuito, è nulla per violazione degli artt. (non più vigenti) 62 e 72 d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131, e, se di carattere essenziale, determina la nullità dell'intero contratto e Cass., sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 310 ss., sui contratti finalizzati al cd. *dividend washing*. Se non constano *dicta* iterative della prima, anticipa per contro la seconda Cass, sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Corr. trib.*, 2005, p. 3729 ss. (con riguardo all'ipotesi dell'acquirente di azioni da un fondo comune d'investimento il quale, dopo averne percepito i dividendi, provveda a rivendere i titoli al fondo stesso per finalità elusive). Ma v. pure, più di recente, pur nella diversa prospettiva dell'inopponibilità all'erario, le notissime Cass., sez. trib., 21



ma testuale (del contratto di locazione immobiliare) di cui all'art. 1, comma 346, l. n. 311/2004, per l'omesso adempimento di quell'onere di registrazione cui è connessa l'obbligazione tributaria, è un altro caso di norma fiscale, avente il rango di un precetto imperativo, che contravviene alla previsione contenuta nell'art. 10, comma 3°, ult. inciso, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (sul cd. *statuto dei diritti del contribuente*), apparentemente univoca nello statuire che «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto»<sup>128</sup>. Qui infatti, non v'è chi non lo veda, la nullità, lungi dall'essere dettata a tutela del conduttore, è inequivocamente preposta a finalità recuperatorie del gettito fiscale.

Se si muove perciò dall'idea di una responsabilità disciplinare che è tutt'uno col manifestarsi di una nullità assoluta inequivoca, ove per talune fattispecie di evasione fiscale l'invalidità rappresenti una costante giurisprudenziale, indotta da una lettura

---

gennaio 2009, n. 1465, in *Dialoghi trib.*, 2009, p. 300 ss., se è vero che il divieto di comportamenti abusivi non vale più allorché le operazioni negoziali si possano intendere altrimenti (e non solo all'esclusivo fine di conseguire dei risparmi d'imposta); Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Corr. trib.*, 2009, p. 415 ss. (ancora sulla prassi del cd. *dividend washing* e *stripping*) e Cass, sez. un., 23 dicembre 2008, n.30057, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2131 ss. (con specifico richiamo all'art. 53 Cost.). In dottrina, per l'opinione prevalente, v. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 64 ss. e, di recente, A. C. PELOSI, *Riflessioni su recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto e di abuso del diritto*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, p. 50 ss.

127 Almeno secondo quanto ha ritenuto di statuire Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, (in *Notariato*, 2010, p. 170 ss. con nota di R. MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*) che ipotizza una nullità convalidabile, con effetto *ex nunc*, per effetto di una registrazione, assimilata alla conferma, che rende valido il contratto di locazione. Per una qualificazione, invece, in termini di inopponibilità al Fisco, v. V. CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, cit. p. 467.

128 Segno, come si è intelligentemente scritto, che «sulla base di questa disposizione *in sé considerata* l'interprete non è in condizione di stabilire *immediatamente* in quali casi la nullità debba essere esclusa, tutto ruotando intorno all'estensione che si dia alla formula (in larga misura "tautologica") *disposizioni di rilievo esclusivamente tributario*»: così G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. p. Com'è da qualificarsi, ad es., il rogito, avente ad oggetto il trasferimento *inter vivos*, di beni provenienti da una successione non dichiarata, nel quale alienante sia l'erede (o il legatario)? Con ogni probabilità, si prenda nota, il contratto è da intendere come valido (se il notaio allega documentalmente la circostanza che il bene proviene da una vicenda successoria occulta): ma in via interpretativa.

ra in senso solidaristico dell'art. 53, 1 co., Cost. quale norma imperativa inderogabile legittimante previsioni aventi una funzione punitiva a protezione di un interesse generale<sup>129</sup>, è da credere che potrebbe fondatamente prospettarsi l'applicabilità dell'art. 28<sup>130</sup>. Non foss'altro, verrebbe da chiosare, per il fatto che il notaio, ove l'orientamento giurisprudenziale sia affidabilmente sicuro, non potrà opporre che i «casi dubbi»<sup>131</sup> non possono venire affidati (al e risolti dal) suo ministero.

La terza, a mo' di prima chiusa. *Quid iuris* se un notaio, anziché stipulare un atto di compravendita relativo ad un terreno, reso edotto dalle parti, già obbligate per effetto di contratti preliminari, dell'esistenza di un terzo confinante con diritto di prelazione all'acquisto del medesimo, suggerisce alle stesse di stipulare simulatamente una permuta, in quanto vicenda ostativa all'esercizio della prelazione di cui alla l. n. 890/1965? Stando infatti ad una isolata, ma non datata, sentenza della Cassazione<sup>132</sup>, il notaio che invita le parti a formalizzare diversamente la loro precedente intesa, «attestando falsamente nell'esercizio delle sue funzioni fatti non veridici rispetto al loro contenuto intrinseco», incorre nei reati di abuso d'ufficio e di falso ideologico. E' vero che il contratto, in quanto simulato, è inefficace anziché nullo<sup>133</sup>: e da tempo, notoriamente, costituisce un dato acquisito che possa mancare una

---

129 Riecheggiata -discutibilmente- per la questione dell'accollo di imposta da Cass. 5 gennaio 1985, n. 5, in *Giur. it.*, 1986, I, c. 953 (quanto alla nullità dei negozi ove dalle parti sia pattuito il trasferimento sui terzi degli effetti della tassazione). Ma v. anche Corte cost., 16 marzo 1990, n. 134, in *Giur. cost.*, 1990, p. 751 che, in una prospettiva di rafforzamento degli obblighi di registrazione, ricollega la nullità all'esigenza di «assicurare la prevenzione e la repressione dell'evasione».

130 Prevista poi nell'ipotesi di cui all'art. 29, co. 1-bis., l. 27 febbraio 1985, n. 52, *giacché gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, esclusi i diritti reali di garanzia, devono contenere, a pena di nullità, per le unità immobiliari urbane, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie. Prima della stipula dei predetti atti, prosegue la norma, «il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari». Per un primo diffuso commento v. A. BUSANI - U. MORELLO, *Passaggio in catasto per i nuovi requisiti di forma ad substantiam degli atti immobiliari*, in *Contratti*, 2010, p. 918 ss.*

131 L'espressione è di A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, cit. p. 601.

132 V. Cass. pen., sez. V., 6 giugno 2008, n. 38338, in *Riv. pen.*, 2009, p. 700, con nota di DE BELLIS, *Responsabilità del notaio per rogito di contratto simulato ed abuso d'ufficio*.

133 V., in luogo di tanti, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XII ed., Napoli, 2006, p. 973.





corrispondenza tra illiceità penale (della condotta) e l'invalidità civile (dell'atto)<sup>134</sup>. A ragionare, però, in termini di gravità della condotta -qui il dolo- o di un sicuro elemento di colpevolezza, il dubbio sull'applicabilità dell'art. 28 si instilla. Soprattutto se poi si ritiene che il giudizio di nullità sempre debba basculare tra una componente strutturale ed una, decisamente più vischiosa, di carattere comportamentale<sup>135</sup>.

C'è spazio, perciò, per un'ultima chiosa. In una pratica degli affari mostrante sempre più una contaminazione spinta tra validità ed invalidità, il primo effetto conseguente è una funzione notarile stretta tra due polarità di segno specularmente opposto<sup>136</sup>: irricevibilità dei soli atti illeciti per un notaio quale libero professionista, soggetto alla responsabilità di diritto comune per tutte le altre irregolarità, oppure notaio come attore vigile «dell'esperienza»? La sensazione, a seguire il motivare di Cass. 5913/2011, è che, per una singolare eterogeneità dei fini, una figura -le *nullità assolute incerte*- conosciuta per restringere le ipotesi di illecito disciplinare, sia destinata a fungere da parametro che amplia (e non circoscrive) il raggio di azione dell'art. 28, moltiplicando così i fattori di incertezza. E se è vero che la *ratio* di questo articolo non è più declinabile per il solo tramite di «equilibrismi esegetici interni al suo dettato»<sup>137</sup>, neanche va sottovalutato il pingue florilegio di incertezze che lo *ius novissimum* della Cassazione, letto in senso forte, è destinato ragionevolmente ad innescare. A meno di non tradurre tutto, s'intende, in una questione di «buon senso (tecnico e di esperienza)»<sup>138</sup>.

134 V., in special modo, G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. p. 15 e G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit. p. 145 (ed ivi il rilievo che l'idea di una complementarietà tra illiceità penale e nullità rappresenta una posizione *agée* «sul terreno teorico e smentita dallo stesso ordinamento, che conosce casi di coesistenza della sanzione penale e del vincolo giuridico negoziale»).

135 Che aleggia nelle pagine di N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 371.

136 La prima notazione è di A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit. p. 302 mentre la seconda è di N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 378.

137 Così N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, cit. p. 374.

138 V., rispetto al precedente periodare della Cassazione, A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, cit. p. 93 (nt. 39).

## 9. L'art. 34, 2 co. come un (possibile) caso di ortopedia contrattuale? *Postilla: Il decum di Cass. 20 luglio 2011, n. 15892: self-restraint o vincolo del diritto vivente per il notaio?*

Come si è visto, stando al periodare della terza sezione, la nullità della clausola compromissoria è parziale, involgendo esclusivamente la modalità di nomina. Il risultato è un'operazione di ortopedia contrattuale che salva la clausola binaria<sup>139</sup>. Il che però, sia detto per inciso, può destare più di una perplessità.

Se si muove infatti dall'assunto che, per l'operare della sostituzione automatica, deve aversi una norma imperativa che imponga inderogabilmente un contenuto alla clausola difforme, vien facile osservare che l'art. 34, 2 co. si limita a comminare la nullità, senza contemplare alcuna modalità di nomina alternativa operante in sostituzione. Quella dell'art. 34, 2 co., a voler riprendere una suggestiva immagine carneluttiana<sup>140</sup>, è un'imperatività che si esplica solo in negativo, non anche in positivo: di conseguenza, non potendosi prospettare una «circoscrivibilità del vizio» per il limitarsi della legge ad una qualificazione in termini di non meritevolezza dell'interesse<sup>141</sup>, dovrebbe piuttosto concludersi nel senso di una clausola arbitrale che cade, scomparendo dallo statuto (o dall'atto costitutivo) della società. In senso contrario varrebbe ben poco obiettare che, per giurisprudenza consolidata della Cassazione<sup>142</sup>, l'art. 1419, 2 co. si applica quand'an-

139 Ma, in tutt'altra prospettiva, volta ad evidenziare come la nullità non predichi la sola clausola di nomina, essendo «riferita alla clausola compromissoria come tale», di talché «*vitiatur et vitiat* la stessa previsione dell'arbitrato», v. Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, cit.: per la quale *amplius infra* Postilla.

140 V., in una celebre pagina, F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 240 s. E v. pure M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 29 SS. E 185 SS.

141 Decisive rimangono le considerazioni di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 166 s. (ove poi il rilievo che il presupposto per l'operare dell'art. 1419, 2 co. è «che la norma imperativa esprima, essa stessa, una regola che possa sostituirsi alla regola negoziale»). V. anche A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 3 ed., Torino, 2009, p. 305 ss. La citazione è tratta invece da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del 'doppio binario'*, cit. p. 635.

142 V. le notissime v. Cass., sez. un., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2739 ss., con nota di MATASSA e Cass. sez. un., 17 febbraio 1984, n. 6602, ivi., 1985, I, 710, anch'essa con nota di Matassa. Consolidata non vuol dire, però, incontrastata: basta infatti leggere Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, in *Contratti*, 2001, p. 236 ss., con nota di





che difetti un'esplicita previsione eterointegrativa. Anche ad ammettere infatti, nonostante qualche *decisum* diversamente orientato<sup>143</sup>, che la formula codicistica dell'art. 1419, 2 co. "sono sostituite di diritto" sia da intendere nel senso di una atipica automaticità (e non di una testualità) della singola sostituzione, per via del fungere dell'art. 1339 c.c. da norma cornice<sup>144</sup>, comunque dovrebbe convenirsi su di una circostanza: che per gli elementi essenziali o tipici, destinati a calarsi o a versarsi automaticamente nel contenuto del regolamento in luogo della clausola contrattuale difforme, la legge deve avere *necessariamente* apprestato uno statuto inderogabile. E, all'evidenza, l'art. 34, 2 co. non indica né contempla, «con criteri predeterminati, l'elemento destinato a sostituirsi alla clausola nulla»<sup>145</sup>.

Il discorso cambia, è vero, ove si provveda a richiamare l'art. 1419, 1 co., immaginando così che trovi applicazione analogicamente l'art. 809, 3 co., c.p.c.<sup>146</sup>: per quanto, pure qui, la caducazione parziale della clausola compromissoria (con coeva salvezza della stessa quanto all'opzione volontaria per il rimedio arbitrale) postula che si appuri previamente la non essenzialità, per le parti, del sistema - progettato- di nomina convenzionale degli arbitri<sup>147</sup>. Diversamente, l'intera clausola è destinata a cadere *hic et nunc*: di là dalla circostanza che, al pari dei giudici della terza sezione<sup>148</sup>, si intenda la «nomina

*eterodeterminata*» dell'art. 34, 2 co. come funzionale ad assicurare una miglior garanzia di imparzialità del giudice.

Quand'è così, *quid iuris* allora? Senz'altro, infatti, è da escludere una lettura che rinvii ad una applicazione in via analogica dell'art. 1339 c.c., per il difetto di una fattispecie che regoli un caso simile: mentre, va detto, all'idea di un'integrazione giudiziale osta l'assorbente rilievo che quella disposta dall'art. 1339 è *costitutivamente* una sostituzione legale.

Epperò, come si è fatto acutamente notare<sup>149</sup>, l'art. 34, 2 co. si presenta come una disposizione che mira a spogliare le parti del potere di nomina, mentre le è estranea la definizione del soggetto che, *in concreto*, debba poi procedere alla designazione. E siccome, si prosegue, la disciplina generale dettata per l'arbitrato di diritto comune è applicabile, salvo che non sia disposto diversamente, all'arbitrato societario, si potrebbe immaginare che sia il Presidente del Tribunale a provvedere alla designazione. Quindi un ricorso diretto all'art. 810 c.p.c., con l'art. 34, 2 co. elevato così a disposizione che «suggerisc[e]» interpretativamente il criterio dal quale può dedursi la regola sostitutiva<sup>150</sup>: che, è bene evidenziarlo, ricorda molto da vicino quella pagina carneltuttiana ove, onde consentire comunque l'operare della sostituzione automatica, veniva suggerito di leggere l'art. 1419, 2 co. nel senso di una disposizione che si *deve* azionare allorquando si *possa* assumere che il singolo divieto, pur se espresso solo in negativo, contiene il rinvio implicito ad una integrazione da condursi col medio delle regole generali (inderogabili) della singola materia<sup>151</sup>. Col risultato, nella pagina carneltuttiana, di una sostituibilità della clausola 'oro valore' nulla, convenuta per eludere il principio nominalistico, con la disposizione sul «valore legale della lira», mentre nella vicenda attuale, di un rimando indiretto, *seu* «in qualche guisa»<sup>152</sup>, alla lettera dell'art. 810, ultimo comma, c.p.c.

Chi, nel segno di una lettura comunque ampliata dell'art. 1419, 2 co., preferisce ipotizzare un'in-

---

GIOV. TUCCI. (in una fattispecie relativa ad una clausola di un contratto preliminare ov'era pattuito di dichiarare, in sede di rogito notarile, non il prezzo reale ma la minor cifra indicata dal venditore: clausola nulla per violazione dell'art. 60 d.p.r. n. 634/1972, in quanto patto elusivo degli obblighi fiscali) per avvedersi che il diritto applicato è ben più fluttuante.

143 V., in special modo, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit. p. 35 e poi, almeno, E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 50 e A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 239. In giurisprudenza v. Cass. 11 febbraio 1982 n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1081 ss.; Cass. 2 settembre 1995 n. 9266, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 1055 ss. e, più di recente, *ex professo*, Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, cit. *Incidenter* Cass. 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 827.

144 Così, con diffusa motivazione, Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce Contratto in genere, n. 464.

145 Così, in motivazione, Cass. 28 giugno 2000, n. 8794, cit. e, seppur *obiter*, Cass. 29 settembre 2005, n. 19156, in *Vita not.*, 2006, I, p. 280 ss.

146 E' l'avviso di M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 489.

147 Puntualmente G. GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 90.

148 Lo fa notare E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del 'doppio binario'*, cit. p. 636.

149 E' la tesi di F. P. LUISSO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 717.

150 La felice espressione, seppur riferita al tema contiguo dell'integrazione conseguente a nullità protettive, è di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 240.

151 V., incisivamente, F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, cit. c. 241. Adombra un ragionamento consimile, di recente, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2001, p. 640 s.

152 Cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 238, nt. 16. (mentre la citazione pregressa è di F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*).



tegrazione dedotta -e che si dipana<sup>153</sup>- dalla *ratio* della disposizione, segue magari un altro percorso argomentativo: ma, all'evidenza, non sembra ragionare troppo diversamente. E, va aggiunto, nella misura in cui non deve procedersi ad una operazione giudiziale di determinazione del prezzo né si tratta di un contratto di cui sia parte la P.A., fattispecie ambedue ove la giurisprudenza esclude recisamente che una sostituzione automatica possa avere luogo in mancanza di una espressa disposizione di legge<sup>154</sup>, l'idea di una norma imperativa, prefigurante implicitamente i criteri per la determinazione della normativa in sostituzione (della clausola illegittima), ha forse il pregio di palesarsi come la soluzione interpretativa plausibilmente più acconcia.

### Postilla.

Quando questo scritto era già in corso di stampa è apparsa la sentenza del 20 luglio 2011, n. 15892: la quale, estrapolando dalla motivazione, fa mostra di avallare «il principio di diritto di cui a Cass. n. 5913 del 2011, ma, nel contempo considera fondata la ricostruzione fatta da Cass. n. 24867 del 2010 a proposito della natura della nullità derivante dalla violazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 5 del 2003»<sup>155</sup>. Quindi una pronunzia che, senza profili di pregnante novità, si limita a comporre il conflitto? Non proprio.

Intanto non è del tutto vero che, rispetto alla lettura offerta dalla terza sezione, ci sia una piena consonanza di vedute. La nullità -assoluta- della clausola, si legge, «comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto davanti all'a.g.o., restando escluso [invece] che possa trovare applicazione la disciplina generale della clausola compromissoria prevista dal codice di procedura civile»<sup>156</sup>. Quindi, nell'ottica di un art. 34 come disposizione espressiva di un limite per l'autonomia privata, una nullità *totale*<sup>157</sup>, anziché *parziale*. E non è un distinguo da poco giacché, col sentenziare che l'ammettere due forme diverse di arbitrato confligge con lo statuire che una

delle due venga osservata a pena di nullità, la Corte evita di pronunciarsi sulle (molte) questioni pendenti a margine di una responsabilità disciplinare del notaio quando si profila l'applicazione dell'art. 1419, 1 e 2 co., c.c.

Riguardo invece a come debba intendersi l'art. 28, la sentenza -è vero- si mostra iterativa del principio di diritto proclamato dalla sesta sezione. Sicché, quando è dato registrare un «rilevante contrasto sia in seno alla dottrina sia nella giurisprudenza di merito circa la ricostruzione della nullità»<sup>158</sup>, allora deve escludersi il ricorrere di un illecito disciplinare perché la comminatoria non è inequivoca<sup>159</sup>. Ergo, come si è prima detto nel testo, esistono delle nullità assolute che, seppur testuali, possono rivelarsi incerte.

Ma c'è un'altra, più saliente, novità.

Con un procedimento argomentativo, sempre meno infrequente<sup>160</sup>, il *decisum* si autoproclama infatti atto di interpretazione autentica e sancisce che, a far data da quando lo stesso diverrà «not[o] al pubblico, eventuali atti costituiti rogati da notai con previsione di clausole compromissorie difformi [da quanto dispone] l'art. 34, comma 2, diverranno sanzionabili sul piano disciplinare»<sup>161</sup>, in quanto che, così pare corretto sunteggiare la sentenza, il notaio di regola deve *astenersi* da una (seppur motivata) interpretazione personale del dato normativo ed attenersi al significato che ad esso riserva dapprima il prevalente formante dottrinale e giurisprudenziale (di merito) poi, ove questo non assicuri una ricostruzione univoca dell'atto come proibito, al significato suggerito dalla Cassazione. Donde un primato, parrebbe incontrastato ed a pieno titolo, del diritto vivente, rilevante alla stregua di un fattore assicurante una *prevedibilità* di massima al sindacato giu-

158 Cfr. il § 5.1 della motivazione.

159 Così già App. Catanzaro, 2 febbraio 2011, ined. e CO. RE. DI. Calabria, 11 giugno 2010. Nella dottrina specialistica, già prima, G. LAURINI, *Diniego di omologazione e responsabilità del notaio ex art. 28 legge notarile*, in *Riv. not.*, 1987, p. 820.

160 V., da ultimo, Cass. 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1075 ss.

161 Cfr. il § 5.2 della motivazione e, già prima, il 4.1 (*in fine*). E senza, si badi, che un'omessa pubblicazione tempestiva della sentenza nelle riviste specializzate possa valere da esimente, giacché allo scopo supplisce la pubblicazione «nel Servizio novità del sito *web* della Corte di cassazione, accompagnato da un *abstract* di presentazione, curato dall'Ufficio del Massimario della Corte, con il quale il mutamento di indirizzo giurisprudenziale [viene] segnalato agli utenti»: così Cass. 7 febbraio 2011, n. 3030, cit. (ove poi il rilievo che l'anzidetto Servizio novità è «istituzionalmente rivolto, secondo il decreto istitutivo del Primo Presidente, proprio a dare risalto alle più importanti decisioni di legittimità»).

153 E' la tesi di M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, cit.

154 Secondo il periodare di Cass. 11 febbraio 1982, n. 835, cit.

155 Così il § 4.1 della motivazione.

156 Così il § 4.5 della motivazione (corsivo aggiunto).

157 Non foss'altro per il fatto che «la salvezza della clausola sia pure come clausola di diritto comune» non è «prevista dal legislatore delegato» (§ 4.4 della motivazione). Nello stesso senso, in precedenza, Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1790; App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 312 e Trib. Milano, 12 marzo 2009, n. 3432, in *Giust. a Milano*, 2009, 4, p. 30.



diziale di responsabilità del notaio ex art. 28: anche se, a voler ragionare un pò più rigorosamente, visto che il criterio identificativo di questo sintagma ha natura qualitativa e non quantitativa, come sinonimo di diritto vivente dovrebbe intendersi non una giurisprudenza *costante*, la quale può essere costituita «anche dall'orientamento concorde dei giudici merito»<sup>162</sup>, quanto e piuttosto una giurisprudenza *consolidata* della Suprema corte. E, a tal riguardo, se può esser vero che, allorquando si registri un contrasto interpretativo, anche una sola sentenza della Cassazione, ove resa per es. a sezioni unite, è sufficiente a far maturare «il vincolo del diritto vivente»<sup>163</sup>, c'è invece molto da riflettere sul fatto che possa produrre l'effetto specularmente opposto un isolato e repentino *decisum* della Cassazione che decampi da un *trend* interpretativo, formulato dagli stessi giudici di legittimità, fino ad allora «netta-mente prevalente»<sup>164</sup>.

Di là però da ciò, e non potendo, nell'economia di questo scritto, interrogarsi sulla *vis legis* che si riconosce una sentenza vocata a dirimere un contrasto annoso<sup>165</sup>, rimane la questione del rinnovato binomio illecito disciplinare del notaio – proibizione *chiara ed indiscussa* dell'atto. E, sulla scorta di quanto già detto, deve osservarsi, a mo' di integrazione argomentativa, che sì l'argomento *ab auctoritate*, innervando quell'art. 42, lett.a), del codice deontologico che vuole il notaio tenuto ad informare «le parti sulle possibili conseguenze della prestazione richiesta, in tutti gli aspetti della normale indagine giuridica demandatagli..., anche con la proposizione di impostazioni autonome rispetto alla loro volontà e intenzione»<sup>166</sup>, può fungere da parametro interpretativo di riferimento. Epperò, come la più attenta dottrina fa rilevare, il vincolo che promana dal diritto vivente «ha natura diversa» e soprattutto è «più debole» del limite originato «dalla costruzione linguistica del testo [normativo]»<sup>167</sup>. Il che, riferito alla sentenza, sta a significare che, per ovviare ad una responsabilità per stipula in violazione degli artt. 28 (l. not.) e 34, 2 co. (d. lgs.

5(2003), dovrebbe bastare un successivo *dictum* corredato di una controdeduzione argomentativa con motivi «seri e adeguati»<sup>168</sup>.

Non solo.

Un art. 28 letto alla luce del *diritto vivente* significa un art. 28 che si modella sul perimetro del diritto *vigente* così come inteso ed applicato dalla prassi giurisprudenziale consolidata, la quale innerva l'interpretazione notarile plasmandone, nel senso e nei modi poc'anzi riferiti, la valutazione circa la ricevibilità dell'atto. Sicché, pur essendo indiscutibilmente vero che il dettato testuale di una previsione normativa ha sempre e solo una valenza euristica<sup>169</sup>, gli interrogativi prima esposti sulla sequenza di corollari concatenati che sviluppa questa *flessibilità* della responsabilità notarile, a motivo di una concretizzazione giurisprudenziale dell'art. 28, rimangono. A meno di non ritenere, come un passo della sentenza potrebbe pure far adombrare, che la regola di un conformarsi della proibizione al diritto vivente entra in gioco «in presenza di una nuova norma»<sup>170</sup>. Ma si tratterebbe, rilievo difficile da confutare, di un approccio valutativo a dir poco minimalista.

162 V. L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit. p. 159 e, recentemente, V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 156.

163 Così L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 160.

164 Sono ancora parole di L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

165 Ma v., per un'ampia disamina, l'incontro di studi, tenutosi a Roma il 24 maggio 2011, "Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza", consultabile in [www.cortedicassazione.it/documenti/Repor](http://www.cortedicassazione.it/documenti/Repor).

166 L'art. 42, lett.a), del codice deontologico, approvato con deliberazione del Consiglio Nazionale del Notariato n. 2/56 del 5 aprile 2008 può leggersi in G.U.n. 177 del 30 luglio 2008.

167 Cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 153.

168 Cfr. L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.* (ed ivi poi il rilievo secondo cui «a chi intende rompere la continuità con i *praeiudicia* incombe l'onere di giustificare la pretesa di superamento»). In questo senso, quindi, il diritto giurisprudenziale vivente comprime il potere di reinterpretare una disposizione. E v., per una meditata notazione, Cass., Sez. U penali, 21 gennaio 2010, n. 18288 (che ragiona di una «la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima»).

169 Finalizzata alla «ricerca della regola di decisione»: v. L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 149.

170 V. § 5.1 della motivazione.

