

Cassazione civile sez. III, 11 novembre 1997, n. 11128

in Notariato 1998, 7 (nota di: BRIGANTI), Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1998, 493

L'art. 28 comma 1 n. 1 l. 16 febbraio 1913 n. 89, imponendo il divieto di ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge", si riferisce ai soli vizi che diano luogo, in modo inequivoco, alla nullità assoluta dell'atto per contrarietà a norme imperative.

La violazione dell'art. 54 r.d. 10 settembre 1914 n. 1326 (che vieta al notaio di rogare contratti nei quali intervengano persone non assistite o autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito), comporta, per il notaio, la mera assoggettabilità alle sanzioni generiche di cui all'art. 136 l. not., non essendo applicabili gli art. 28 e 138 l. 16 febbraio 1913 n. 89.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE III CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

Dott. Franco	BILE	Presidente
" Paolo	VITTORIA	Consigliere
" Luigi Francesco	DI NANNI	"
" Giovanni Battista	PETTI	"
" Antonio	SEGRETO	Rel. "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

BARLETTA VINCENZO, elettivamente domiciliato in ROMA VIA VAL DI LANZO 107, presso lo studio dell'avvocato ACHILLE SANTORO, difeso dall'avvocato BIAGIO GRASSO, giusta procura speciale per Notar Vincenzo DI CAPRIO di Santa Maria Capua Vetere del 23-12-96 n. 116.135 di rep.;

Ricorrente

contro

PROCURATORE GENERALE PRESSO CODAPPELLO NAPOLI;

Intimato

avverso la sentenza della Corte d'Appello di NAPOLI, emessa il 13-11-96 e depositata il 14-11-96 (R.G. 239-96+259-96);

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio il 07-11-97 dal Consigliere Dott. Antonio SEGRETO;

udito l'avvocato Dott. Biagio GRASSO;

lette le conclusioni scritte dal Sostituto Procuratore Generale Dott.

Massimo FEDELI, confermate in camera di consiglio dal Dott. Vincenzo MACCARONE, che ha concluso per il rigetto del ricorso con le pronunce di legge.

Svolgimento del processo

Con sentenza del Tribunale di S. Maria Capua Vetere del 13.4.1996, il notaio dr. Vincenzo Barletta veniva dichiarato colpevole di una contravvenzione all'art. 57, L. N. 89-1913 come sanzionata dall'art. 138, di sette contravvenzioni all'art. 54 reg. not., come sanzionate dagli artt. 28 e 138 l. not.; di tre contravvenzioni all'art. 28 n. 1, come sanzionate dall'art. 138, I c. e, per l'effetto, veniva condannato alla sanzione della sospensione per mesi uno e gg. 15. La Corte di appello di Napoli, su appello del Barletta, con sentenza del 14.11.1996, in parziale accoglimento dell'impugnazione, lo dichiarava non colpevole degli addebiti disciplinari relativi agli atti n. 16230 del 28.7.1993 e 17008 del 23.3.1994, per il resto rigettando il gravame.

Ha ritenuto la corte sussistente la contravvenzione di cui all' art. 57 l. n. (atto n. 16616 del 26.11.1993) per avere il notaio fatto sottoscrivere l'atto dal sordomuto e dall'interprete dopo aver raccolto le sottoscrizioni degli altri intervenuti ed apposto, dopo di queste, la dichiarazione del sordomuto di aver letto l'atto ed averlo trovato conforme alla sua volontà, in quanto la lettera e la ratio della legge richiedono che detta dichiarazione preceda tutte le sottoscrizioni.

Per la Corte andava affermata la responsabilità del notaio, ai sensi dell'art. 54 reg. not., per aver costituito nell'atto (n. 17234 del 21.6.1994) il solo curatore dell'inabilitato e non anche quest'ultimo, nonché per aver rogato un atto di donazione a favore di un minore avente ad oggetto la sola nuda proprietà, per quanto nell'autorizzazione del giudice tutelare si facesse riferimento alla proprietà (n. 16811 del 20.1.1994).

Eguale la Corte riteneva sussistente la responsabilità del notaio ex art. 54 reg. not. per aver rogato atti difformi da quanto previsto dal provvedimento del giudice tutelare, in favore di minori (atti n. 16087 del 1.6.1993; n. 16451 del 12.10.1993; n. 16452 e 16453 del 12.10.1993).

Riteneva, quindi la Corte sussistente la responsabilità del notaio ex art. 28 l. not. per aver redatto atti invalidi (n. 15840 e 15841 del 18.3.1993) relativi alla verbalizzazione di due assemblee di s.r.l., in liquidazione, con le quali siti intese sopprimere i rispettivi collegi sindacali.

Infine, a parere del giudice di appello, esattamente non era stata effettuata la commutazione della sanzione della sospensione nell'ammenda, ai sensi dell'art. 16, c.1 r.d.l. 1324-1923, perché dalla valutazione complessiva dei fatti la pena irrogata (peraltro inferiore al minimo edittale di mesi sei), appariva equa.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per Cassazione il Barletta, che ha presentato anche memoria.

Il P.G. nelle sue richieste presentate ai sensi dell'art. 375 c.p.c. ha concluso per il rigetto del ricorso.

Motivi della decisione

1. Il ricorrente lamenta con un unico motivo, ancorché diviso in varie lettere, la falsa applicazione del diritto nonché il difetto di motivazione sostenendo:

a) che non sussiste la violazione di cui all'art. 57 l. not., in quanto contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, l'espressione usata dal legislatore impone soltanto l'obbligo per il sordomuto (che sappia leggere e scrivere di dichiarare di aver letto l'atto e di averlo riconosciuto conforme alla sua volontà prima della sottoscrizione sua e dell'interprete (di cui all'art. 56 l. not.);

b) che è erronea l'applicazione delle sanzioni della sospensione per le violazioni dell'art. 54 reg. not.;

c) che erroneamente sono state sanzionate ai sensi dell'art. 28 n. 1 e dell'art. 138 II, c. 1. not. le verbalizzazioni delle delibere di assemblee di s.r.l. in liquidazione trattandosi di delibere annullabili, ma non nulle;

d) che erroneamente la Corte d'appello non ha ritenuto di dover applicare l'art. 16, 1 c. r.d.l. n. 1324 del 1923 e, quindi, di commutare la sospensione con l'ammenda.

2. Preliminarmente questa Corte deve dichiarare la prescrizione dell'azione disciplinare per le violazioni contestate attinenti agli atti n. 16087 dell'1.6.1993; n. 16230 del 28.7.1993; n. 15840 e 15841 del 18.3.1993; n. 16451 del 12.10.1993; n. 16452 e 16453 del 12.10.1993, rimanendo, per l'effetto, assorbito il relativo motivo di ricorso in merito.

Infatti la prescrizione dell'azione disciplinare contro i notai, come è espressamente previsto dall'art. 146 l. 16.2.1913, n. 89, si compie per effetto del decorso di quattro anni dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa, "ancorché vi siano stati atti di procedura", e quindi non subisce interruzione per effetto del procedimento disciplinare, della contestazione delle infrazioni, delle pronunce del Consiglio notarile o del Tribunale (un'ipotesi di sospensione essendo, invece, configurabile, per effetto della pendenza del procedimento penale, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 2.2.1990, n. 40). Detta prescrizione determina l'improcedibilità dell'azione disciplinare, che opera "ex lege" e deve quindi essere rilevata anche d'ufficio ed in sede di legittimità, ove deve cassarsi senza rinvio la sentenza impugnata, con preclusione di ogni esame nel merito dei motivi di ricorso, pur sotto il profilo della violazione di legge (Cass. 2.11.1994, n. 9214;

Cass. 2.4.1995, n. 4055).

Relativamente alle contestate violazioni attinenti ai suddetti atti, per effetto della detta prescrizione dell'azione disciplinare, la sentenza va cassata senza rinvio.

3. Con il motivo di ricorso il ricorrente lamenta che i giudici di appello hanno ritenuto sanzionabile ai sensi dell'art. 138 l. not. gli addebiti contestati, nonostante fossero inerenti ad ipotesi di annullabilità e non già di nullità degli atti ed in particolare per aver ritenuto che la violazione dell'art. 54 reg. not., attinente agli

obblighi del notaio in tema di accertamento dei poteri di rappresentanza e di assistenza delle persone che intervengano agli atti, integri la violazione dell'art. 28, n. 1, l. not. e come tale sia sanzionabile a norma dell'art. 138 l. not. Ritiene, invece, il ricorrente che la norma di cui all'art. 28 l. not. si riferisce solo agli atti nulli, perché "espressamente vietati dalla legge" e non anche non agli atti annullabili e che, in ogni caso, la violazione dell'art. 54 del reg. not. non integri la fattispecie di un atto "espressamente vietato dalla legge" di cui all'art. 28 n. 1 l. not..

La censura è fondata.

Va anzitutto premesso che detto motivo di ricorso deve essere esaminato solo con riferimento alle violazioni contestate di cui all'art. 54 reg. not. la cui azione disciplinare non sia prescritta nei termini sopra detti (atti n. 17234 del 21.6.1994 e n. 16811 del 20.1.1994).

Si pone a questo punto la vexata quaestio se l'art. 28, c. 1 n. 1 l. not., che vieta al notaio di ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico" si riferisca solo agli atti specificamente vietati dalla legge e come tali nulli per detto vizio, o anche a tutti gli atti che siano comunque affetti da invalidità, e cioè da qualunque nullità o annullabilità, o anche soltanto da inefficacia.

A tal fine va rilevato come, mentre parte della giurisprudenza di merito e gran parte della dottrina ritengono che l'art. 28, c. 1 si riferisca, stante la lettera della legge solo "agli atti espressamente vietati dalla legge o contrari all'ordine pubblico ed al buon costume" (con l'effetto che solo per tali atti è possibile sanzionare il notaio con la sospensione, a norma dell'art. 138, c. 2, l. not.) la giurisprudenza di legittimità costantemente ritiene che il divieto di cui all'art. 28, c. 1, n. 1, attenga anche agli atti annullabili o comunque nulli.

In particolare è stato osservato (Cass. 11.6.1969, n. 2067; Cass. 3.7.1969, n. 2433; Cass. 21.4.1983, n. 2745; Cass. 20.2.1990, n. 1256; Cass. 10.11.1992, n. 12081; Cass. 19.11.1993 n. 11404) che l'art. 28, c. 1, n. 1, l. n. 89-1913, si applica non solo agli atti espressamente vietati dalla legge, ma a tutti gli atti contrari a disposizioni di legge, e cioè non aderenti alle norme giuridiche di ordine formale e sostanziale per essi previste a pena di nullità o annullabilità.

Come corollario di detto principio è stato affermato che la violazione dell'art. 54 del reg. not. (r.d. 10.9.1914, n. 1326), che vieta ai notai di rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite o autorizzate nel modo espressamente previsto dalla legge, pur non dando luogo alla nullità dell'atto stesso, ma solo all'annullabilità, comporta la violazione dell'art. 28 cit. ed è pertanto sanzionabile a norma dell'art. 138 cit. (Cass. 20.4.1963 n. 977; Cass. 21.4.1969, n. 1267; Cass. 3.7.1969, n. 2433; Cass. 11.3.1972, n. 713;).

Gli argomenti addotti a sostegno del predetto orientamento della giurisprudenza di legittimità, si possono così riassumere:

- a) il notaio deve svolgere la sua attività nell'ambito del rispetto della piena legalità; se così non fosse verrebbe meno quella fiducia che il pubblico deve, invece, nutrire per lui;
- b) se il notaio non ispirasse la sua condotta, al più rigoroso rispetto della legge e riuscissero, quindi attaccabili, in quanto viziati, i rapporti posti in essere dalle parti con il suo intervento, verrebbe ad essere turbata la certezza dei rapporti giuridici, alla cui tutela è essenzialmente preordinata la funzione del notaio, il quale non è passivo strumento di registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma pubblico funzionario obbligato ad operare in modo che l'atto cui dà vita abbia piena e definitiva efficacia giuridica e sia tale da non dare vita a contestazioni tra le parti.

Si tratta però di argomentazioni che, a parte la loro genericità, hanno ben scarso peso in relazione al problema specifico della determinazione dell'ambito di estensione del divieto posto per il notaio con l'art. 28, n. 1.

Nessuno mette in dubbio, infatti, che il notaio (come qualunque altro pubblico ufficiale) debba ispirare la sua attività al pieno rispetto della legge, ma ciò non significa affatto che ogni violazione di tale obbligo, che sia causa di invalidità del negozio, debba essere punita con le sanzioni previste per la violazione dell'art. 28, specie in presenza nella stessa legge notarile di altre norme le quali puniscono con sanzioni meno gravi specifiche violazioni che pure comportano l'invalidità del negozio.

Ritiene, quindi, questa Corte che, rimeritato il problema, si debba preferire per una serie di ragioni un'interpretazione più restrittiva del contenuto dell'art. 28 c. 1 l. not., limitando il divieto per il notaio, ivi contenuto, di ricevere atti solo ai casi di nullità assoluta dell'atto stesso.

A) Un primo elemento a sostegno di questa interpretazione viene dai lavori preparatori della legge.

Il ministro Zani, infatti, propose di modificare il n. 1 dell'art. 28 cit., sostituendo la dizione "atti espressamente vietati dalla legge" con un capoverso con il quale si precisava che "per i negozi che non hanno

o non potrebbero avere efficacia giuridica, o che comunque sono in qualsiasi modo suscettibili di impugnativa per nullità, revocazione, rescissione, il notaio ha l'obbligo di avvertire di ciò le parti prima di procedere al compimento dell'atto e riceverà l'atto solo quando esse insistano, facendo menzione di questo avvertimento da lui fatto e delle risposte avute".

Tale proposta (che avrebbe adeguato l'ordinamento notarile italiano a quello austriaco) non venne trasfusa nel testo definitivo, non perché si ritenne di dover punire con particolare severità qualsiasi inosservanza della legge da parte del notaio, che potesse riflettersi sull'invalidità o inefficacia dell'atto rogato, ma perché, come specificò il ministro Finocchiaro - aprile, che succedette a Zani, la dizione dell'art. 28 n. 1 doveva intendersi in senso restrittivo, dovendosi presupporre che il giudizio in ordine alla mera impugnabilità dell'atto o alla sua inefficacia fosse riservato all'esclusiva competenza del giudice.

B) La formula dell'art. 28 n. 1 l. not. corrisponde a quella dell'art. 24 del precedente testo unico del 1879 n. 4900.

Poiché è sempre esistita un'intima correlazione tra il fenomeno storico delle codificazioni civili e la disciplina delle istituzioni notarili, è evidente che con tale formula si volle rendere aderente tale norma all'art. 1122 c.c. 1865 (corrispondente all'attuale art. 1343), il quale stabiliva che l'illiceità della causa era riscontrabile quando era "contraria alla legge, contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico".

La situazione non è mutata con il nuovo codice civile, il cui art. 1343 stabilisce che la causa è illecita quando è "contraria a norme imperative, al buon costume o all'ordine pubblico" ed il cui art. 1418 l. c. c.c., commina la nullità dell'atto nel caso di contrarietà a norma imperativa.

Va, altresì, rilevato che nel sistema del passato codice la nozione di "leggi proibitive", ripresa dall'art. 1133 c.c. francese, non era estesa, ma aveva una portata estremamente rigorosa.

La stessa nozione di "norme proibitive", ben più puntuale di quella attuale di "norme imperative", viene tuttora utilizzata da parte della dottrina per distinguere le comuni norme imperative, la cui violazione comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., da quelle la cui trasgressione rende il contratto illecito ai sensi dell'art. 1343, perché esse, imponendo insormontabili divieti, sono sempre proibitive e si pongono al vertice dei valori protetti dall'ordinamento.

C) Nè si può trascurare il fatto che gli "atti proibiti dalla legge" non possono coincidere anche con gli atti annullabili o inefficaci per qualunque motivo.

Infatti questi possono essere suscettibili di convalida o di ratifica.

Inoltre gli atti annullabili, prima che intervenga una sentenza di annullamento, producono gli effetti di un atto valido, e, prescritta l'azione di annullamento, acquistano la piena efficacia di un atto valido ab initio.

Il considerarli atti proibiti dalla legge sarebbe un assurdo, in quanto significherebbe che la legge da un lato proibisce che essi vengano posti in essere, però dall'altro riconosce loro, se stipulati, efficacia giuridica.

Inoltre non risulta conciliabile questa efficacia negoziale con il divieto di porre in essere tali atti mediante il ministero di un notaio.

D) L'art. 28 n. 1 menziona, oltre agli atti espressamente proibiti dalla legge, anche quelli contrari al buon costume o all'ordine pubblico. Tali atti in base all'art. 1343 c.c.c sono nulli (identica era la situazione sotto il previgente art. 1122), per cui non vi sarebbe stata la necessità di fare esplicita menzione di tali atti, a fianco di quelli "espressamente vietati dalla legge", se con tale espressione si intendeva riferirsi a tutti gli atti invalidi.

E) L'art. 58 della l. not. elenca i casi di nullità degli atti notarili ed, in base agli artt. 137 e 138 l. not., il notaio che abbia posto in essere un atto nullo viene punito, a seconda dei casi, o con un "ammenda", o con la "sospensione". Ciò che preme mettere in rilievo è che vi sono casi di nullità previsti dal predetto art. 58 puniti con l'ammenda.

Lo stesso art. 58 aggiunge che, al di fuori dei casi indicati, l'atto notarile non è nullo, ma il notaio che contravviene alle disposizioni della legge viene punito con le pene sancite per tale violazioni.

Tra i casi non indicati indubbiamente rientrano le ipotesi di annullabilità del negozio; poiché nessuna pena specifica è prevista per il notaio che stipuli un atto annullabile, secondo l'interpretazione che si avversa, egli dovrebbe essere punito a norma dell'art. 28 n. 1.

Quindi per un atto nullo (ad es. testamento pubblico senza la sottoscrizione del testatore) il notaio ex artt. 51 n. 10, 58 c. 1, n. 4, e 137 l. not. sarebbe punito con l'ammenda, mentre per un atto annullabile (ad es. testamento pubblico senza che sia stata data lettura delle disposizioni in esso contenute al testatore in presenza di testimoni) il notaio incorrerebbe nella sospensione ex artt. 51, n. 8, 58, c. 2 e 138.

A violazioni meno gravi corrisponderebbero, quindi, sanzioni più gravi, questa interpretazione esporrebbe, la norma di cui all'art. 28 n. 1 al vizio di incostituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost..

In ogni caso, anche se si dovesse fare riferimento esclusivamente ai casi di nullità indicati dall'art. 58 e sanzionati dall'art. 138 con la sospensione egualmente potrebbe prendere consistenza il sospetto di incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 3 Cost..

Infatti, come ha rilevato la C. Cost. (26.10.1982, nn. 171) il principio di eguaglianza postula l'omogeneità delle situazioni giuridiche messe a confronto.

La nullità e l'annullabilità sono situazioni giuridiche così diverse quanto a presupposti, effetti, regime delle impugnative, che unificare le due categorie ai fini della responsabilità disciplinare del notaio potrebbe comportare la violazione dell'art. 3 Cost..

È noto come tra due possibili interpretazioni di una norma, di cui una in contrasto con i principi costituzionali, debba essere adottata l'altra.

F) L'inesistibilità dell'art. 28 l. not. agli atti annullabili o comunque viziati per causa diversa dalla contrarietà a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume trova riscontro anche in altre argomentazioni di carattere sistematico, quale il carattere eccezionale del divieto ex art. 28 l. not. rispetto all'obbligo di cui all'art. 27 l. not. di prestare la propria attività, che impone un'interpretazione restrittiva.

G) La più recente legislazione conferma detto orientamento interpretativo: emblematico è il caso degli artt. 17 e 18 legge 28.2.1985, n. 47 (in tema di condono edilizio), che, oltre a parificare espressamente l'atto pubblico alla scrittura privata autenticata, parla di atti che "sono nulli e non possono essere stipulati" (analogamente l'art. 40), salva tuttavia la precisazione contenuta nell'art. 21, secondo cui l'art. 28 l. not. non si applica nel caso di atti "convalidabili", cioè nelle ipotesi in cui sia possibile la "conferma", di cui all'art. 17, c. 4 (il che equivale a dire che in tali casi l'atto è ricevibile dal notaio).

4. Da tutto quanto esposto consegue che il divieto di cui all'art. 28 n. 1 l. not. si riferisce solo a quegli atti che la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga di non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità della parte.

Gli "atti proibiti dalla legge" sono, in sostanza, gli atti nulli (in questo senso Cass. S.U. 4.5.1989 n. 2084, che ha ritenuto l'applicabilità dell'art. 28 n. 1 l. not. in caso di nullità di un atto di donazione per indeterminatezza dell'oggetto).

La locuzione predetta, dato il suo carattere generale, individua tutte le ipotesi di nullità e quindi non solo quelle comprese nel 1 c. dell'art. 1418 c.c. (atti contrari a norme imperative), ma anche quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affetti da queste ultime nullità, a ben vedere, sono atti contrari a norme imperative.

Infatti la contrarietà a norma imperativa è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma (Cass. n. 6601 del 1982).

Orbene, proprio perché l'art. 1418 in questione ai commi 2 e 3 individua ipotesi di nullità assolute, e come tali non ammettenti deroghe, l'atto che contenesse tali specifiche ipotesi di nullità sarebbe anche "contrario a norma imperativa".

Nè può ritenersi, come pure sostiene il ricorrente, che l'atto debba essere "espressamente" proibito dalla legge, per cui la mancanza di una espressa proibizione si risolverebbe in una mancanza di un elemento della fattispecie legale di illecito.

Infatti, ove anche la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe pure sempre ritenersi "espressa" per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed il primo comma dell'art. 1418 c.c., che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa.

Ne consegue che l'avverbio "espressamente", che nell'art. 28 c.l. n. 1 l. not. qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge" va inteso come "inequivocamente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva solo attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418, I. c. c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo dottrinale.

Tra gli atti nulli, rilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie disciplinare di cui all'art. 28, c. 1, n. 1, l. not., vi sono anche quelli indicati dall'art. 58 l. not.

Anzi proprio dal combinato disposto di quest'ultima norma con il cit. art. 28 emerge che il divieto per il notaio di ricevere atti (art. 28, c. 1 n. 1) investe tutti gli atti comunque affetti da nullità.

Infatti il divieto per il notaio di ricevere atti in cui il coniuge, parenti o affini siano parti (art. 28, c. 1, n. 2) ovvero atti in cui gli stessi siano interessati (art. 28, c. 1, n. 3), si riferisce ad atti che non sono "espressamente proibiti dalla legge" e neppure affetti da nullità secondo le norme codicistiche, ma che sono sanzionati da nullità solo per effetto dell'art. 58, c. 1 n. 3, l. not..

La contraria opinione ha dalla sua solo un'argomentazione di carattere meramente letterale dell'art. 28, c. I, l. not., letta in modo atomistico e non nel combinato disposto con l'art. 1418 c.c., che in "modo espresso" commina la nullità dell'atto.

Inoltre trascura di considerare che la ratio della normativa in esame e le sue stesse origini storiche impongono di ritenere che al notaio non possono certo addossarsi compiti ermeneutici (con le connesse responsabilità) in presenza di incertezze interpretative oggettive, invece l'irricevibilità dell'atto si giustifica quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato sul punto.

In conclusione il divieto di cui all'art. 28 c. 1 n. 1 l. n. 89-1913 attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano solo l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto (ovvero la stessa nullità relativa, figura contestata dalla più avvertita dottrina, che ravvisa in essa solo un'ipotesi di annullabilità o di inefficacia).

Nell'ipotesi di sussistenza degli estremi per l'annullabilità o inefficacia dell'atto, ma non della nullità assoluta dello stesso, rimane pur sempre a carico del notaio l'obbligo di avvertire le parti dell'esistenza di detto vizio, per quella che è stata definita la funzione "antiprocessuale" del notaio, avente ad oggetto la certezza dei rapporti giuridici, alla cui tutela è essenzialmente preordinata la sua funzione del notaio: egli, infatti, non è passivo strumento di nuda registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma pubblico ufficiale obbligato ad operare perché non sia turbata la certezza dei rapporti giuridici.

Tali funzioni ed obbligo del notaio emergono dall'art. 1 della l. n. 89-1913, che individua detta funzione nell'attribuzione della "pubblica fede" agli atti da lui redatti (mentre sarebbe riduttivo, come pure fa parte della dottrina, ritenere che con tale locuzione il legislatore abbia inteso fare riferimento al concetto di pubblica fede di cui all'art. 2699 c.c., tenuto conto del diverso contesto normativo in cui l'espressione è utilizzata).

La mancanza di detto avvertimento renderà il notaio sanzionabile a norma dell'art. 136 l. not., e cioè con le sanzioni della censura o dell'avvertimento, cioè con quelle sanzioni che non sono comminate per violazioni specificamente indicate, ma genericamente per le mancanze ai propri doveri da parte dei notai (oltre all'eventuale responsabilità civile).

In argomento va rilevata anche la netta differenza esistente tra l'art. 136 e gli artt. 137, 138, 139 e 142 l. not. Mentre il primo contiene una fattispecie aperta, riferibile a qualsiasi violazione della l. not. posta in essere dal notaio, gli artt. 137, 138, 139 e 142, contengono la previsione di fattispecie tipiche.

Tali ultime disposizioni fanno, infatti, riferimento per la loro applicabilità a determinate violazioni della legge notarile.

Vale, perciò, rispetto ad esse il principio della tassatività: se la violazione non è puntualmente prevista da una delle disposizioni in esame, la relativa sanzione non può essere applicata.

Si badi che ciò si enuncia non come conseguenza di una scelta di campo sulla dibattuta questione se il principio della tassatività sia applicabile anche agli illeciti disciplinari, anche se in modo meno rigoroso, rispetto a quanto stabilito dall'art. 25 Cost. per gli illeciti penali (per quanto un'evoluzione verso questo senso si va effettuando, pur con le opportune precisazioni, v. Cass. sez. lav. 18.6.1996, n. 5583), ma come effetto della tecnica legislativa con la qual la normativa in questione è stata formulata.

Avendo il legislatore formulato una norma di tipo generale (art. 136 l. not.) con cui sanziona ogni "mancanza commessa" dal notaio, e, successivamente norme con cui sanzionò specifici comportamenti, è proprio la specialità di dette norme (e la specificità dei comportamenti ivi indicati) che comporta l'inapplicabilità delle stesse, rispetto alla norma generale, al di fuori dei casi espressamente previsti.

5. Sulla base del suddetto principio dell'inapplicabilità dell'art. 28 c. 1, n. 1, l. not. agli atti annullabili, risulta anche risolta la questione se la violazione dell'art. 54 reg. not. possa integrare violazione dell'art. 28 l. not. e quindi essere sanzionata a norma dell'art. 138 l. not..

Infatti la violazione della norma contenuta nell'art. 54 rd. 10 settembre 1914 n. 1326, (che fa divieto ai notai di rogare atti nei quali intervengano persone che non possano giuridicamente obbligarsi, perché non assistite o autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito) non è di per sé causa di nullità dell'atto, ma (salva l'eventuale annullabilità dell'atto) costituisce mera infrazione disciplinare da parte del notaio, cui la

norma è rivolta, dato che le nullità dell'atto notarile sono unicamente quelle elencate nell'art. 58 l. n. 89-1913, il quale dispone espressamente che, fuori dei casi da essa norma previsti, l'atto non è nullo, ma il notaio che contravviene alle disposizioni di legge è soggetto alle sanzioni dalla medesima comminate (Cass. 11.3.1972, n. 713).

Il caso di atti compiuti dal rappresentante, che oltrepassa i limiti del potere rappresentativo, o ne è completamente sfornito, è variamente considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Secondo l'orientamento prevalente l'atto è solo inefficace e tale inefficacia può essere eccepita solo dal rappresentato (Cass. 11.3.1997, n. 2174; Cass. n. 579-1980).

Altri hanno parlato di atto in itinere, nel senso di fattispecie a formazione progressiva, perfezionabile successivamente tramite ratifica. (Cass. n. 2739 del 1974).

Altri ritengono che si tratti di negozio con efficacia sospesa.

Qualunque possa essere la soluzione, poiché per detto atto posto in essere da rappresentante privo di potere è possibile la ratifica, non potrebbe mai parlarsi di nullità per contrarietà a norma imperativa, che, come tale non può ammettere deroghe.

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

Inoltre se fosse vero che l'art. 28 c. 1 l. not. si riferisce a tutti gli atti comunque invalidi o inefficaci, sarebbe stato inutile un espresso divieto per il notaio di rogare atti in cui intervengono parti non ritualmente rappresentate.

Nè va dimenticato che l'art. 54 fa parte di un regolamento di esecuzione che porta a dubitare che esso sia "legge" nel senso indicato dall'art. 28 n. 1 l. not..

Trattandosi di norma regolamentare, anche se si riuscisse a dimostrare che si è voluto collegare alla violazione dell'art. 54 reg. not. la sanzione prevista per l'inosservanza dell'art. 28 n. 1 l. not., si dovrebbe ritenere che tale articolo sia illegittimo, in quanto sono stati violati i limiti valevoli per l'emanazione dei regolamenti di esecuzione, i quali non possono creare nuove ipotesi di comportamenti punibili senza un'espressa delega legislativa.

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

Ne deriva che l'inosservanza dell'art. 54 del regolamento, non essendo stata richiamata tale disposizione dagli artt. 261 ss., che prevedono le pene per le violazioni alle statuizioni del regolamento stesso, non sarà punibile con l'ammenda ed a maggior ragione non sarà punibile con la sospensione, che è una pena più grave, dati i limiti stabiliti dall'art. 163 l. not..

Quindi, in caso di redazione di atto da parte del notaio in violazione dell'art. 54 reg. not., non essendo applicabili gli artt. 28 e 138 l. not., non trattandosi di atto nullo in modo assoluto, mancando un'esplicita sanzione per la violazione dell'obbligo di cui all'art. 54 l. not., il notaio sarà punibile con la censura o con l'avvertimento, cioè con quelle sanzioni che non sono comminate per violazioni specificamente indicate, ma genericamente, come emerge dall'esame dell'art. 136 l. not., per mancanze ai propri doveri da parte dei notai. Senonché dette sanzioni non sono di competenza del giudice ordinario, ma del Consiglio notarile, in funzione di organo disciplinare di categoria.

Nella fattispecie, quindi, poiché le violazioni contestate relativamente agli atti n. 17234 del 21.6.1994, n. 16811 del 20.1.1994 attengono a violazioni dell'art. 54 reg. not. e quindi non integrano l'ipotesi di "atti espressamente proibiti dalla legge", di cui all'art. 28 l. not., con la conseguenza che non è comminabile la sanzione della sospensione da parte del giudice ordinario a norma dell'art. 138 l. not., la sentenza impugnata va cassata senza rinvio, relativamente a dette infrazioni.

6. Non può essere accolto il ricorso, quanto all'affermata responsabilità disciplinare per la violazione dell'art. 57 l. not. relativa all'atto n. 16616 del 26.11.1993, per aver il notaio fatto sottoscrivere l'atto dal sordomuto e dall'interprete dopo aver raccolto le sottoscrizioni degli altri intervenuti ed apposto, dopo di queste, la dichiarazione del sordomuto di aver letto ed averlo trovato conforme alla propria volontà ed omesso la menzione dell'avvenuta lettura dello stesso da parte anche dell'interprete.

Ritiene il ricorrente che l'espressione usata dal legislatore impone soltanto l'obbligo per il sordomuto (che sappia anche leggere e scrivere) di dichiarare di aver letto l'atto e di averlo riconosciuto conforme alla sua volontà prima della sottoscrizione sua e dell'interprete; da ciò l'uso del plurale "sottoscrizioni".

L'assunto non può essere condiviso.

Infatti esso urta anzitutto contro la lettera della legge, che, imponendo che detta dichiarazione del sordomuto sia effettuata "prima delle sottoscrizioni" non limita dette sottoscrizioni solo a quelle del sordomuto e dell'interprete e quindi fa riferimento alle sottoscrizioni di tutti i soggetti intervenuti nell'atto.

Ciò è anche conforme alla ratio della norma, che è quella di consentire a tutti i sottoscrittenti, non solo al sordomuto ed all'interprete, di rendersi conto dell'intero contenuto di quanto verbalizzato e di mettere in condizioni le controparti di verificare che il sordomuto abbia preso compiuta e consapevole cognizione del negozio concluso.

La riconosciuta responsabilità del ricorrente per una sola delle violazioni contestate comporta che sia riesaminata la sanzione inflitta, essendo essa stata determinata dal giudice di merito globalmente in relazione a tutte le ipotesi contestate e considerato, altresì, che è stata negata la commutazione della sanzione della sospensione in quella dell'ammenda, ai sensi dell'art. 16 c. 1 r.d.l. 1324-1923, sul rilievo che non potevano essere concesse le attenuanti generiche, stante l'elevato numero delle infrazioni ritenute sussistenti.

Su detta mancata concessione delle attenuanti e sulla conseguenziale mancata commutazione della sanzione il ricorrente ha proposto espresso motivo di censura.

La nuova situazione determinata dalla cassazione senza rinvio della sentenza impugnata per tutte le infrazioni, esclusa quella di cui all'art. 57 l. not., comporta che la sentenza impugnata, quanto a quest'ultima infrazione, sia cassata con rinvio perché il giudice di rinvio riesamini la sanzione da infliggere.

P.Q.M.

La Corte cassa in parte senza rinvio ed in parte con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli. Così deciso in Roma, 7 novembre 1997.