

## **Cassazione civile 07 novembre 2005, n. 21493**

In tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto imposto dall'art. 28, comma 1 n. 1, l. 16 febbraio 1913 n. 89 - sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2 - di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa. (Nella specie, la Corte Suprema ha confermato la sentenza di merito, con la quale si riteneva che fosse affetta da nullità assoluta la clausola, inserita in un atto di costituzione di società con la quale si prevedeva che ogni socio avesse diritto ad un voto per ogni quota, in violazione del principio maggioritario in tema di diritto al voto societario, dettato con norma imperativa dall'art. 1485 c.c., con conseguente configurabilità di una responsabilità disciplinare del professionista).

In tema di responsabilità disciplinare del notaio, il divieto (imposto dall'art. 28, comma 1 n. 1, l. 16 febbraio 1913 n. 89 e sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2) di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, è violato nel momento stesso della redazione della clausola nulla, inserita in un atto rogato dal professionista, in quanto la redazione della clausola segna il momento di consumazione istantanea dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità eventuali rimedi predisposti dal legislatore per conservare ai fini privatistici l'atto (quali la sostituzione di diritto della clausola nulla con norma imperativa).

Il divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico, di cui all'art. 28 comma 1 n. 1 l. n. 89 del 1913, si riferisce anche alle singole clausole dell'atto notarile; integra, pertanto, violazione dell'illecito notarile, sanzionabile con la sospensione da sei mesi a un anno ai sensi dell'art. 138 della stessa legge, l'inserimento in un atto di costituzione di società di una clausola intesa a disciplinare il diritto di voto dei soci in contrasto con il principio maggioritario nella formazione della volontà sociale, irrilevante essendo, ai fini disciplinari, che la detta clausola, nulla per contrasto con norma imperativa, sia sostituita di diritto dalla norma stessa ai sensi dell'art. 1419 c.c.

### **Svolgimento del processo**

Il tribunale di Milano, con sentenza depositata il 14.7.2002, riteneva sussistere la responsabilità del notaio M.O. a norma dell' artt. 28 l. n. 89 del 1913, per aver nell'atto di costituzione di società a r.l. rogato il 17.10.2001, posto all'art. 9 una clausola che disponeva che "ogni socio ha un voto per ogni quota", in violazione del principio maggioritario di cui all'art. 2485 c.c., secondo la quale ciascun socio ha diritto ad un voto per ciascun euro.

La Corte di appello di Milano, con sentenza depositata il 23.11.2004, rigettava sul punto l'appello dell O., rilevando come nella fattispecie non si trattasse di nullità relativa, ma assoluta della clausola; che tale nullità anche se parziale, non escludeva la responsabilità del notaio; che era irrilevante se detta clausola nulla fosse sostituita di diritto da quella legale, a norma dell'ult. c. dell'art. 1419 c.c., in quanto l'illecito del notaio era ormai compiuto.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per Cassazione A.O..  
Non ha svolto attività difensiva il consiglio dell'ordine notarile.

### **Motivi della decisione**

1. Con il primo motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2485, 1418 e 1419 c.c., in relazione agli artt. 28 e 138 bis l. n. 89/1913, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c..

Ritiene il ricorrente che nella specie non si tratta di nullità assoluta, ma di nullità relativa, con la conseguenza che non si applicherebbe la disciplina sanzionatoria in questione.

In ogni caso, secondo il ricorrente nella fattispecie, non sussistendo una nullità dell'intero atto, ma solo una nullità parziale, egualmente non sussisterebbe alcun illecito a suo carico.

2. Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2485, 1418 e 1419 c.c., in relazione agli artt. 28 e 138 bis l. n. 89/1913, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c..

Assume il ricorrente che, poiché la clausola nulla (un voto per ogni quota) sarebbe sostituita di diritto da quella legale (un voto per ogni euro), e quindi il contratto produrrebbe i suoi effetti, egualmente non sussisterebbe l'illecito disciplinare contestatogli.

3.1. Ritiene questa Corte che i due motivi di ricorso, essendo strettamente connessi, vadano esaminati congiuntamente.

Essi sono infondati e vanno rigettati.

L' art. 28, comma primo, n. 1, della L. 16 febbraio 1913, n. 89, vieta al notaio di ricevere "atti espressamente vietati dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico".

Come questa Corte ha già statuito (Cass., 11 novembre 1997, n. 11128; Cass., 4 novembre 1998, n. 11071; Cass., 19 febbraio 1998, n. 1766; Cass., 12 aprile 2000, n. 4657) il divieto in questione attiene ad ogni vizio che dia luogo a nullità assoluta dell'atto, con esclusione dei vizi che diano luogo solo all'annullabilità o all'inefficacia dell'atto ovvero alla nullità relativa.

3.2. Detto orientamento merita di essere condiviso.

Infatti il divieto di cui all' art. 28, n. 1, della L. 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.

La locuzione predetta, dato il suo carattere generale, individua tutte le ipotesi di nullità e quindi non solo quelle comprese nel primo comma 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., 4 dicembre 1982, n. 6601).

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".

3.3. In altri termini l'atto vietato al notaio è l'atto che contrasta con l'ordinamento ed il contrasto con l'ordinamento lo si ricava dalla sanzione della nullità assoluta, che la legge commina a quell'atto.

Esulano da tale contesto i casi di nullità relativa, poiché proprio perché rilevabili non d'ufficio o da chi vi abbia interesse, ma solo da chi è a ciò legittimato dalla legge, costituiscono, secondo la più avvertita dottrina, ipotesi strutturalmente simili 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.

3.4. Nella fattispecie la violazione del principio maggioritario in tema di diritto al voto societario, sancita dal principio di cui all'art. 2485 c.c., comporta la nullità della clausola in questione, essendo essa contraria a norma imperativa, nei termini suddetti.

Detta nullità è assoluta, contrariamente a quanto ritenuto dal ricorrente, non risultando nella legge che essa possa fatta valere solo dal soggetto privato del diritto di voto secondo il principio maggioritario.

4.1. Egualmente infondata è la censura secondo cui, attesa la natura di nullità parziale dell'atto, afferendo essa alla sola clausola n. 9, ed essendo essa sostituita di diritto dalla norma imperativa di cui all'art. 2485 c.c., secondo il disposto dell'art. 1419, c. 2, c.c., non sussisterebbe la violazione dell' art. 28 l. notarile.

Anzitutto va osservato che l'atto vietato per il notaio, a norma dell' art. 28 l.n., è l'atto affetto da nullità assoluta, mentre non ha rilevanza se detta nullità investa tutto l'atto (e quindi dia luogo ad una nullità totale) o solo alcune clausole (e quindi dia luogo ad una nullità parziale).

Infatti al notaio è preclusa la possibilità di compiere un atto che contrasti con l'ordinamento, essendo irrilevante, se non ai fini della determinazione della sanzione, se detto contrasto investa tutto l'atto o solo parte di esso.

4.2. Quanto poi all'assunto che nella specie non sussisterebbe l'illecito, poiché la clausola nulla in questione sarebbe sostituita di diritto dalla norma imperativa di cui all'art. 2485 c.c., a norma dell'art. 1419, c. 2, c.c., va anzitutto osservato che non è pacifico, ai fini dell'operatività del secondo comma dell'art. 1419 (sostituzione di diritto delle clausole nulle con norme imperative), che non sia necessario che la norma inderogabile ne disponga la sostituzione (in questo senso Cass. n. 7822/1997, contra: Cass. n. 8794/2000).

Ne consegue che non può ritenersi pacifica nella fattispecie l'assunta sostituzione di diritto della norma imperativa alla clausola nulla.

4.3. Tuttavia la soluzione della questione non è necessaria ai fini della decisione di questo motivo di ricorso. Infatti in ogni caso, ai fini che qui interessano, va osservato che l'eterointegrazione del contratto, di cui all'art. 1419, c. 2, c.c., non esclude, ma anzi presuppone necessariamente, che sia stata posta in essere una nullità assoluta.

Ed è proprio l'esistenza di detta nullità, posta in essere dal notaio con la redazione della clausola nulla, che segna il momento consumativo dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante, o estintiva della punibilità, rimedi predisposti dal legislatore per conservare ai fini privatistici l'atto.

Ne consegue che è ben vero che la sostituzione di diritto di una clausola nulla opera con riferimento al momento genetico di un contratto (Cass. 14/12/2002, n.17952), ma tanto ai soli fini privatistici, e non con riferimento al diverso profilo disciplinare del notaio rogante, per il quale l'illecito di cui all' art. 28, n. 1, l. n. 89/1913, avendo carattere istantaneo, risulta definitivamente consumato.

5. Il ricorso va definitivamente rigettato.

Nulla per le spese di questo giudizio di Cassazione.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso.

Nulla per le spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, lì 11 ottobre 2005.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 7 NOV. 2005

#### **Nota in Giust. civ. 2006, 7-, P0, G149**

(1) [5892/156] Non risultano precedenti in termini. In motivazione la Corte ha dapprima ricordato che la più recente giurisprudenza (a partire da Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, in questa *Rivista*, 1998, I, 380) ravvisa violazione dell'art. 28 l. notarile, sanzionato con la sospensione ai sensi del successivo art. 138, comma 2, solamente in ipotesi di nullità assoluta del rogito, vuoi perché si tratti di atto espressamente proibito dalla legge o contrario al buon costume o all'ordine pubblico (come testualmente recita lo stesso art. 28, comma 1, n. 1), vuoi perché ricorrano le altre cause di nullità di cui all'art. 1418 c.c.; ha poi dato per certo che, a fronte del generale divieto dell'art. 28, non sia consentito distinguere tra nullità (assoluta) dell'intero atto e nullità parziale di esso, dovendosi ritenere che scopo della norma sia precludere al notaio la possibilità di compiere atti contrastanti con l'ordinamento. Con riguardo alla specie e sulla scia di quanto affermato dai giudici del merito ha quindi considerato che, in tema di disciplina del diritto del socio al voto in assemblea, la violazione del principio maggioritario (art. 2485 c.c., nel testo anteriore alla riforma di cui al d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) importa nullità assoluta della relativa clausola statutaria per contrasto con la detta norma imperativa; e ha, infine, ritenuto che il meccanismo di sostituzione di diritto della norma imperativa violata alla clausola nulla non valesse ad escludere l'illecito del notaio rogante.

Quanto al passaggio finale la motivazione non è del tutto appagante: la Corte si è limitata, infatti, ad osservare che altro è il problema della nullità della clausola ai fini privatistici, altro è la qualificazione come illecito notarile del comportamento del notaio, contrastante con la norma imperativa; ed ha integrato questa considerazione con il rilievo, ad un tempo, del carattere istantaneo della violazione e della operatività del meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419 c.c. già nel momento genetico del contratto.

Posto che la sostituzione della clausola nulla nel momento genetico esclude *ab origine* la nullità dell'atto, il senso della osservazione della Corte sembra da cogliere in ciò: che il divieto di ricevere atti, o clausole, contrastanti con norme imperative o contrari al buon costume ed all'ordine pubblico non è stato posto nell'interesse dei privati, a presidio della validità del rogito, o di sue singole clausole. È, invece, un divieto posto in ragione della specificità della professione notarile ed a tutela del superiore interesse (pubblico) al suo più corretto esercizio; sicché la conservazione dell'atto, grazie al meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., non esclude la lesività del comportamento tenuto dal notaio in contrasto con la norma imperativa, né modifica la struttura dell'illecito commesso. In altre parole, la nullità dell'atto, conseguenza solamente eventuale della violazione, non è un elemento della fattispecie disciplinare ed attiene esclusivamente alle circostanze da valutare ai fini della sanzione da applicare in concreto.

Resta la singolarità della vicenda. Per una sua migliore comprensione (ma anche per evidenziare quel tanto di kafkiano che caratterizza talvolta le vicende giudiziarie) va precisato che l'atto notarile, di costituzione di una società a responsabilità limitata, era stato rogato il 17 ottobre 2001; e che la clausola, della cui nullità si è

trattato, testualmente disponeva che «ogni socio ha un voto per ogni quota»: il che non è affatto l'equivalente della attribuzione ad ogni socio di un solo voto in assemblea «per la sua quota».

Il testo dell'art. 1485 c.c. all'epoca vigente stabiliva, come è noto, che «ogni socio ha diritto ad almeno un voto nell'assemblea. Se la quota è multipla di lire mille, il socio ha diritto a un voto ogni mille lire». È del tutto ovvio che, avuto riguardo all'ammontare minimo delle quote imposto dal precedente art. 2474 («quote non inferiori a lire mille»), la norma assicurava non solamente il rispetto del principio maggioritario, ma anche la esatta corrispondenza tra partecipazione societaria e partecipazione assembleare.

L'introduzione della nuova moneta non ha portato novità di rilievo, essendosi il d. lgs. 24 giugno 24 giugno 1998 n. 213 limitato a sostituire, con effetto dal 1 gennaio 2002, alle parole «un voto per ogni mille lire» la diversa espressione: «un voto per ogni euro», in armonia con analoga modificazione del precedente art. 2474 (quota minima di partecipazione=un euro).

La più recente riforma del diritto societario (d. lgs. n. 6, cit.) non si è persa in simili dettagli. Il nuovo art. 2479, comma 5, enuncia il principio di corrispondenza tra partecipazione societaria e partecipazione assembleare, affermando che ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni di sua competenza e «il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione».

Sul piano dei principi le tre diverse formulazioni appaiono di identico contenuto. Posto, infatti, che nell'ordinamento societario anteriore al d. lgs. n. 6, cit. in nessun caso le quote sociali potevano essere diverse da una unità di base certa (in ipotesi: lire mille, poi un euro) o da un suo multiplo, affermare il diritto del socio ad esprimere tanti voti quante erano le unità di base della sua partecipazione societaria significava assicurare che la volontà da ciascun socio espressa in assemblea avesse sulle decisioni da prendere un peso esattamente proporzionale alla sua partecipazione; e, inversamente, dire che il voto del socio vale in misura proporzionale alla sua partecipazione significa ragguagliare il peso del suo voto al numero delle quote base della sua partecipazione.

In questo quadro normativo, vecchio e nuovo, non sembra ragionevole ipotizzare che il riferimento della clausola statutaria ad una pluralità di quote (risultante dalla espressione usata: «per ogni quota») attribuisse ad «ogni» socio un solo voto, indipendentemente dalla entità della sua partecipazione sociale; come non sarebbe ragionevole intenderlo nel senso di attribuzione al socio di tanti voti quante erano le quote sociali, sua ed altrui. Sembrerebbe ragionevole, invece, ritenere che il riferimento ad una pluralità di quote da lui possedute evidenziasse che la parola quota era stata impropriamente usata nella clausola per indicare la quota minima di base, di cui all'art. 2474, commi 2 e 3, c.c.; e che la attribuzione del diritto di voto per ogni quota posseduta valesse proprio ad adeguare il diritto di voto di ciascun socio alla sua partecipazione.

Come i giudici del merito abbiano potuto ravvisare nella specie una violazione del principio maggioritario e, quindi, un contrasto tra la clausola e la norma (certamente) imperativa dell'art. 2485 c.c. non è dato sapere. Certo è che la interpretazione della clausola spettava ai giudici del merito; e che alla Corte di cassazione, investita dal ricorso esclusivamente in punto di interpretazione dell'art. 28 l. notarile, sotto il duplice profilo della rilevanza delle nullità parziali e degli effetti, ai fini disciplinari, del meccanismo di sostituzione automatica *ex art. 1419 c.c.*, non era concesso spazio alcuno per riportare la vicenda ai suoi termini reali.

Al professionista incolpato resta probabilmente la consolazione di avere in qualche modo anticipato il superamento della vecchia formula dell'art. 2485 c.c., senza peraltro attingere la nitida affermazione di proporzionalità del nuovo art. 2479, comma 5, c.c.