

CONVEGNO NAZIONALE

MODENA

Camera di Commercio di Modena, Sala Leonelli, Via Ganaceto n. 134

19 maggio 2017

La patrimonialità sfuggente

*Testamenti delle persone incapaci, problematici o occulti: la trasparenza ed il rischio del
notaio”*

(a cura di Gianantonio Barioni, Notaio in Zocca)

ABSTRACT

La relazione affronta il tema della "incapacità dell'individuo" ponendolo in rapporto con il ruolo del notaio ed esplorando quali compiti il sistema normativo affida al notaio nell'esercizio del suo ministero.

In particolare viene esaminata la problematica dell'incapacità testamentaria sotto il duplice profilo della "incapacità legale" e della "incapacità naturale" nonché i riflessi che queste differenti situazioni possono comportare sul testamento ricevuto dal notaio e sull'eventuale responsabilità di quest'ultimo.

Sommario: 1. Premesse. - 2. Disamina delle diverse tipologie di testamenti previsti dall'ordinamento. - 3. La capacità di disporre per testamento - 4. Accertamento notarile della volontà in generale e testamentaria in particolare. - 5. Valutazione dell'incapacità legale e naturale tra "obbligo testuale" e "onere virtuale" - 6. La sorte del testamento posto in essere da un incapace. - 7. Conclusioni.

1. Premesse.

Leggendo uno fra i tanti testamenti riportati nel libriccino intitolato "Essendo capace d'intendere e di volere"¹, mi sono posto la seguente domanda: avrei ricevuto sotto forma di testamento pubblico il testamento olografo del bizzarro ed accattivante testatore o al contrario avrei rifiutato il mio ministero ravvisando nelle sue parole un elemento tale da incidere sulla sua piena capacità d'intendere e volere?

Questo ironico richiamo non fa certo venir meno l'importanza della problematica, a cui è dedicata la presente relazione, che riveste un'indubbia rilevanza nell'ambito dell'attività notarile per le ripercussioni che l'incapacità di intendere e volere (legale e naturale) può esplicare in generale sugli atti rogati ed in particolare nel testamento pubblico e sul ruolo (responsabilità) del notaio rogante¹¹.

Inoltre, possiamo tranquillamente ritenere che questa tematica, ben lungi dal potersi ritenere datata, presenti profili di grande attualità, in quanto nel corso degli ultimi decenni, l'allungamento della vita media di un individuo (e, quindi, il progressivo deterioramento delle

¹ Sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano Angeloni, La responsabilità civile del notaio, Padova, 1990; La diligenza del notaio tra obblighi "antichi" e diritti "moderni", nota a Cass. civ., 26 maggio 1993, n. 5926, in Resp. civ. e prev., 1994; Candian, La responsabilità civile del notaio per l'attestazione non veridica di identità, in Resp. civ. e prev., 1987.

capacità cognitive dovuto alla senescenza, identificata anche come “quarta età”²²) nonché le più recenti conoscenze medico-scientifiche hanno moltiplicato e diversificato i casi di incapacità.

A ciò si aggiunga che ormai statisticamente le maggior parte di fattispecie sottoposte al vaglio giurisprudenziale circa la presunta incapacità d'intendere e di volere della persona abbiano ad oggetto proprio il testamento, sia sotto forma di testamento olografo che di testamento pubblico³³.

2. Disamina delle diverse tipologie di testamenti previsti dall'ordinamento.

Per poter meglio comprendere i profili sostanziali della presente relazione si ritiene opportuno fornire alcuni aspetti fondamentali relativi alla natura della successione testamentaria e la diversa tipologia di testamenti previsti dal nostro ordinamento.

In primo luogo si definisce successione testamentaria quel fenomeno di successione a causa di morte che l'ordinamento ricollega alla presenza di un efficace negozio testamentario del de cuius da cui sono fatte dipendere l'individuazione del destinatario e dell'oggetto della successione medesima.

Il negozio testamentario si fonda essenzialmente su quattro imprescindibili principi così sintetizzabili:

il **principio di certezza**, in forza del quale deve risultare in modo chiaro la persona a favore della quale è disposta la successione testamentaria;

il **principio di personalità**, che sintetizza l'impossibilità di sostituire la volontà del testatore con quella di un terzo, non ammettendosi in questo ambito l'istituto della rappresentanza né la possibilità, salvo particolari eccezioni, di affidare a terzi la determinazione del suo contenuto, di qui la definizione del testamento quale atto personalissimo;

² L'allungamento della vita media ha comportato un notevole aumento numerico della popolazione anziana, ma a questa maggior durata di vita spesso non si accompagna un parallelo miglioramento delle condizioni di salute psico-fisica, per cui molti di questi "grandi vecchi" non sono in grado di curare pienamente i propri interessi.

³ Senza pretesa di esaustività ma tutte in senso conforme: Cass. Civ., sez. II, 24 ottobre 1998, n. 10571; Cass. Civ., sez. II, 30 gennaio 2003, n. 1444; Cass. Civ., sez. VI, 6 novembre 2013, n. 24881; Cass. Civ., sez. II, 10 marzo 2014, n. 5527; Cass. 12307 2015 e da ultimo Cass. Civ. Sez. Unite, 4 febbraio 2016 n. 2239.

il **principio del formalismo**, in virtù del quale il nostro ordinamento prescrive che la volontà testamentaria si manifesti attraverso tipiche forme tassativamente stabilite;

il **principio di revocabilità**, con cui viene assicurata la facoltà del testatore di revocare le disposizioni testamentarie.

Ulteriore tratto saliente del negozio testamentario è dato dalla sua assoluta inefficacia nei confronti dei terzi prima che si verifichi l'evento della morte.

In particolare, alla luce del "principio del formalismo", sopra richiamato, il legislatore richiede "*ad substantiam*" per il testamento non genericamente la forma scritta ma una delle forme tipiche stabilite dall'art 601 del codice civile: testamento olografo⁴⁴, testamento pubblico⁵⁵, testamento segreto⁶⁶, testamenti speciali⁷⁷.

Esaminandoli nella loro specificità si precisa che:

- il testamento olografo è la forma più semplice di testamento ed ha natura di semplice scrittura privata in quanto può essere redatto e sottoscritto dal privato; si caratterizza inoltre per la presenza di particolari requisiti formali che sono dati dall'olografia (scritturazione per intero di mano dal testatore), dalla datazione e sottoscrizione;
- il testamento segreto, qualificato come forma intermedia tra l'olografo ed il testamento pubblico, si compone di due parti: la scheda testamentaria, che contiene l'espressione scritta delle volontà del testatore, peraltro non necessariamente autografa (potendo essere scritta anche da un terzo), e il verbale di ricevimento da parte del notaio;
- il testamento pubblico è infine quello ricevuto dal notaio in presenza dei testimoni e come tale è il solo testamento notarile in senso stretto essendo il notaio a ricevere le volontà testamentarie e a redigerne l'atto;

⁴ Art. 602 c.c. << il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore. La sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni >>.

⁵ Art. 603 c.c. << il testamento pubblico è ricevuto dal notaio in presenza di due testimoni. Il testatore in presenza dei testimoni dichiara al notaio la sua volontà la quale è ridotta in iscritto a cura del notaio stesso. Questi dà lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni. Di ciascuna di tali formalità è fatta menzione nel testamento. >>

⁶ Art. 604 c.c. << il testamento segreto può essere scritto dal testatore o da un terzo. Se è scritto dal testatore deve essere sottoscritto da lui alla fine delle disposizioni; se è scritto in tutto o in parte da altri o se è scritto con mezzi meccanici deve portare la sottoscrizione del testatore anche in ciascun mezzo foglio unito o separato. >>

⁷ Art. 609 c.c. Malattie contagiose, calamità pubbliche o infortuni. Art. 611 c.c. Testamento a bordo di nave. Art. 616 c.c. Testamento a bordo di aeromobile. Art. 617 c.c. Testamento dei militari e assimilati.

- i testamenti speciali sono quelli previsti tassativamente dal legislatore per determinate e particolari ipotesi nelle quali non è possibile ricorrere al notaio e si caratterizzano per la loro efficacia temporanea di tre mesi dal ritorno alla situazione di normalità⁸⁸.

Sebbene anche per questi ultimi, così come per il testamento olografo e per la scheda del testamento segreto, si possa porre un problema relativo alla capacità d'intendere e di volere del testatore, trattandosi di atti di provenienza non notarile, non verrà in gioco la problematica oggetto del presente lavoro, come al contrario accade per il testamento pubblico, ove, come facilmente intuibile, risulta indispensabile l'intervento del notaio alla formazione del documento testamentario medesimo.

Infatti il testamento olografo ha, come detto, semplice natura di scrittura privata (e quivi il notaio interviene come mero consulente) ed i testamenti speciali, in quanto ricevuti da persone che rivestono determinate cariche ma non dal notaio (fatta eccezione per il testamento in "stato di emergenza per malattie contagiose" che può essere anche ricevuto dal notaio) mancano del requisito di atto pubblico notarile.

Pertanto esulerà dalla seguente analisi ogni considerazione che non faccia riferimento al testamento pubblico.

3. La capacità di disporre nel testamento

Il legislatore, pur non fornendo la nozione di capacità di testare⁹⁹, si limita a stabilire genericamente, al comma 1° dell'art. 591 del codice civile, "*che possono fare testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge*".

Sono pertanto incapaci di testare i minori di età (ivi compreso il minore emancipato sebbene autorizzato all'esercizio d'impresa commerciale) e gli interdetti per infermità di mente ovvero coloro che sono dichiarati con sentenza del giudice incapaci di provvedere ai propri interessi.

⁸ Art. 610, 615 e 618 c.c. Termine di efficacia.

⁹ Vedasi quanto meglio specificato al successivo paragrafo 5.

Poichè i casi d'incapacità, di cui all'art. 591 del codice civile, hanno carattere tassativo ne consegue che possono, al contrario, fare testamento gli inabilitati ed il beneficiario di amministrazione di sostegno, fatta salva la eventuale prova d'incapacità di cui infra.

Dispone infine il n. 3) comma 2° dell'art. 591 del codice civile che: "*sono incapaci quelli che sebbene non interdetti si provi esser stati per qualsiasi causa, anche transitoria incapaci d'intendere e di volere nel momento in cui fecero il testamento*"¹⁰¹⁰.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, lo stato di capacità di disporre per testamento costituisce la regola e l'incapacità l'eccezione. Tale principio, desumibile peraltro dallo stesso articolo in esame, è conforme a quello più generale – vigente per la capacità di agire richiesta per ogni negozio giuridico, di cui la capacità di testare è una species – secondo cui le ipotesi d'incapacità di agire sono normativamente previste.¹¹¹¹

Si precisa però che secondo altra parte della dottrina l'incapacità di testare costituisce espressione della capacità giuridica in quanto il testamento è atto personalissimo che non ammette la rappresentanza.

Pertanto se al momento della redazione del negozio mortis causa il testatore era legalmente incapace un successivo acquisto della capacità non determinerà la validità del testamento, viceversa se in tale momento il de cuius era capace di agire di agire, il testamento resterà valido fino alla morte, impedendo il sopraggiungere dello status d'incapacità solamente la facoltà di revocare e/o modificare il testamento.

¹⁰ Si nota dalla stessa esegesi storica, che il legislatore del 1942 ha sostituito la formula contenuta nell'art. 763 del codice civile del 1865, secondo cui erano incapaci di testare "quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere sani di mente nel tempo in cui fecero testamento" con quella più ampia ed onnicomprensiva di quella dell'attuale art. 591 codice civile.

¹¹ Il nostro sistema normativo distingue la **capacità giuridica** (art. 1 del codice civile), che è l'attitudine di un soggetto alla titolarità di diritti e doveri, dalla **capacità di agire**, intesa come attitudine all'attività giuridica, in forza della quale un soggetto può compiere personalmente un determinato atto.

Nei casi in cui l'incapacità di agire sia esclusa (in quanto il soggetto non è considerato capace d'intendere e di volere) o limitata (in seguito ad un affievolimento della capacità) si parla rispettivamente d'**incapacità assoluta** e d'**incapacità relativa**. Nella prima ipotesi l'ordinamento prevede che un soggetto (genitore o tutore) si sostituisca in tutto e per tutto all'incapace che pertanto non manifesta alcuna volontà all'atto, nella seconda e specificamente per gli atti di straordinaria amministrazione, la volontà di chi è relativamente incapace viene integrata da altro soggetto (curatore)

Nei casi d'incapacità il testamento può essere impugnato da chiunque vi abbia interesse e la relativa azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie.

Pur non definendo il legislatore la natura giuridica di detta azione è pacifico trattarsi, alla luce del termine prescrizione di cinque anni, di annullabilità assoluta in quanto proponibile da parte di chiunque vi abbia interesse.

Abilitato inoltre all'azione di annullamento è chiunque possa vantare un diritto di successorio in dipendenza dall'annullamento del testamento.

Gli interessati sono quindi successori legittimi ovvero gli eredi e legatari di un testamento precedente a quello impugnato ossia tutti quei soggetti che a cui andrebbe l'eredità nel caso di annullamento.

4. Accertamento notarile della volontà in generale e testamentaria in particolare.

Ciò precisato, nel nostro ordinamento l'intervento del notaio è indispensabile per la formazione di svariati (e significativi) atti giuridici, ed a maggior ragione nella formazione del documento testamentario, inteso, per quanto premesso, nella forma di testamento pubblico di cui all'art. 603 del c.c.

A queste considerazioni, si aggiunga anche il fatto che, ai sensi dell'art. 27 della Legge 16 febbraio 1913, n. 89¹²¹² (cosiddetta Legge Notarile e più brevemente di seguito “L.N.”)¹³¹³, **grava sul notaio il peculiare obbligo di prestare il suo ministero** ogni qualvolta ne venga richiesto; egli è, quindi, costretto a fare i conti con la capacità delle parti, potendosi astenere dalla sua funzione (e, quindi, rifiutare la stipulazione) solamente nei casi previsti espressamente dall'art. 28, n. 1, L.N.¹⁴¹⁴ ovvero quando gli venga richiesto di

¹² Nel testo risultante dalle modifiche apportate con l'art. 12, comma 1°, lett. b), della Legge 28 novembre 2005, n. 246.

¹³ Articolo 27 L.N. <<Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto.>>.

¹⁴ Art. 28, n.1, L.N.<< Il notaio non può ricevere o autenticare atti: 1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico;.....>>.

rogare atti <<espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico>>.

Appare pertanto chiaro che il notaio sia il primo a trovarsi di fronte al compito di indagare la volontà del testatore che fa ricorso alle sue prestazioni professionali, e, quindi, sia il primo a trovarsi di fronte anche al problema della **valutazione della sua capacità di intendere e volere**, da intendersi, secondo unanime orientamento di giudici e giuristi, come la coscienza di ciascuno di comprendere il significato e gli effetti dei propri atti nonché la capacità di autodeterminarsi.

Il compito di indagare la volontà delle parti è assegnato al notaio esplicitamente dal sistema normativo che disciplina la sua funzione.

In particolare, l'art. 47, comma 2°, L.N. dispone espressamente <<**il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto**>>. ¹⁵¹⁵

La Dottrina ha individuato in questa specifica indagine <<una componente essenziale - unitamente al c.d. controllo di legalità, assicurato dall'art. 28, n. 1 L.N. - della funzione notarile di adeguamento, con la quale, per l'appunto, il notaio adegua l'intento pratico delle parti ai principi ed alle regole dell'ordinamento giuridico, consentendo all'autonomia privata di esplicitarsi nel modo più pieno possibile, nel tracciato dei binari rappresentati dalle norme inderogabili, dall'ordine pubblico e dal buon costume>>.

A corollario, detto compito è espresso anche nell'art. 67, comma 1°, del R.D. 10 settembre 1914 n. 1326¹⁶¹⁶ (cosiddetto Regolamento Notarile e più brevemente di seguito "R.N."), laddove prescrive <<..... **a lui [cioè al notaio] solo compete d'indagare la volontà delle parti e di chiedere, dopo di aver dato ad esse lettura dell'atto, se sia conforme alla loro volontà**>>.

¹⁵ Si veda Cass. Civ. Sez. III 19 dicembre 2014 n. 26908, in senso conforme Cass. Sez. II 19 maggio 2009 n. 11569.

¹⁶ Nel testo aggiornato al D.Lgs. 1° agosto 2006, n. 249.

Plasticamente potremmo rappresentare la funzione notarile come una linea, che dalla parte si indirizza verso il notaio, e una linea contraria, che dal notaio arriva alla parte, quando dando lettura dell'atto, consente alla parte di poter verificare la corrispondenza tra quanto dalla stessa espresso e quanto dal medesimo notaio tradotto in linguaggio giuridico nell'atto di cui viene data lettura.

5. Valutazione dell'incapacità in generale: l'incapacità legale e naturale tra “obbligo testuale” e “onere virtuale”.

Da quanto sin qui precisato, emerge chiaramente quanto si presenti delicato in generale il compito affidato al notaio e, tanto più, allorquando il notaio, nello svolgimento della sua funzione, venga a trovarsi nella situazione in cui la volontà della parte gli appaia perturbata da fattori in grado di determinare l'abolizione totale, anche solo transitoria, della capacità di intendere e di volere.

Nel nostro ordinamento peraltro non esiste una norma generale che identifichi letteralmente la nozione di capacità di intendere e volere né, tanto più, una definizione specifica di incapacità.

Questi concetti sono richiamati in molteplici norme giuridiche¹⁷¹⁷; tuttavia, il significato di questi concetti lo si desume dal contesto del nostro ordinamento e dalle elaborazioni di Dottrina e Giurisprudenza.

Possiamo suddividere l'incapacità di intendere e volere in due distinte tipologie: l'**incapacità legale** e l'**incapacità naturale**.

L'**incapacità legale** è la situazione in cui si trova un soggetto che non possa validamente disporre della propria sfera giuridica-patrimoniale: essa è prevista direttamente dalla legge, prescindendo da qualsiasi valutazione in concreto, per i minori di età; viceversa, per i maggiorenni l'incapacità legale deve essere disposta con una sentenza dall'autorità

¹⁷ Art. 428 Codice Civile; Art. 591 Codice Civile; Art. 775 Codice Civile; Art. 2039 Codice Civile; Art. 2047 Codice Civile.

giudiziaria (ci sono gli interdetti giudiziali¹⁸¹⁸, gli inabilitati¹⁹¹⁹, gli interdetti legali a fini sanzionatori²⁰²⁰ nonché i beneficiari di amministrazione di sostegno limitatamente agli atti che non possono compiere senza la necessaria rappresentanza e/o assistenza.²¹²¹

Occorre ancora precisare che gli atti giuridici compiuti da soggetti legalmente incapaci sono annullabili (art. 1425, comma 1°, c.c.²²²²) così come il testamento posto in essere da un soggetto affetto da incapacità legale, nell'accezione di minore di età o interdetto legale, da luogo alla sua annullabilità da parte di chiunque vi abbia interesse.

L'**incapacità naturale** è, invece, la condizione in cui si trova una persona che, sebbene non sia destinataria di un provvedimento giudiziale di interdizione della capacità d'agire, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento di compiere un atto (ad esempio, per ubriachezza...).

La Giurisprudenza più volte ha fornito una definizione del concetto di "incapacità naturale": tra le tante, in ogni caso tutte concordi²³²³, possiamo richiamare, sulla nozione di incapacità naturale, un'interessante sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, del 30 gennaio 2003, n. 1444, per la quale *<<l'incapacità naturale del disponente, che, ai sensi dell'art. 591 cod. civ., determina l'invalidità del testamento, non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà,*

¹⁸ Art. 414 c.c. *<<Persone che possono essere interdetto. I. Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione.>>.*

¹⁹ Art. 415 c.c. *<<Persone che possono essere inabilitate. I. Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. II. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. III. Possono infine essere inabilitati il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi.>>.*

²⁰ Il Codice Penale prevede un caso in cui l'incapacità viene prevista come sanzione a carico di un soggetto, quale pena accessoria ad una condanna alla reclusione per un periodo di tempo non inferiore ad anni cinque (art. 32 c.p.). Lo stato di interdizione legale dura fino a che dura la sanzione di natura penale. Il campo dell'interdizione legale è parzialmente divergente rispetto a quelli delle altre forme di incapacità legale. Concerne, infatti, solamente gli atti di carattere patrimoniale, non investendo atti personalissimi come testamento e matrimonio.

²¹ Art. 404 c.c. *<<La persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.>>.*

²² Art. 1425 c.c. *<<Incapacità delle parti. I. Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare. II. È parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace d'intendere o di volere.>>.*

²³ Cass. civ., Sez. II, 24 ottobre 1998, n. 1057, in Riv. not., 1999 e da ultimo Cass. Civ., sez. II, 10 marzo 2014, n. 5527.

ma richiede che, a causa dell'infermità, al momento della redazione del testamento il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitudine, legittimano la pronuncia d'interdizione>>.

Si deve dunque trattare dunque secondo la giurisprudenza pressochè unanime di un'alterazione di formazione ed estrinsecazione della volontà tale da sopprimere del tutto l'attitudine a determinarsi liberamente e scientemente.

Ai sensi dell'art. 428 c.c.²⁴²⁴, gli atti compiuti in stato di incapacità naturale possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore; tuttavia, per quanto riguarda i contratti il loro annullamento non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

Per quanto concerne il testamento, l'art. 591 del codice civile 2° comma n. 3), quale applicazione del principio generale dell'art. 428 c.c., include tra le forme d'incapacità a testare quella dell'incapacità naturale.

In conclusione, nel definire le differenze tra incapacità legale e incapacità naturale, possiamo affidarci ad una recente sentenza della Corte di Cassazione²⁵²⁵ la quale, a nostro avviso, ha brillantemente riassunto in poche righe gli elementi caratterizzanti dell'una e dell'altra fattispecie ***<<È "in re ipsa" la diversità degli istituti dell'incapacità legale e dell'incapacità naturale, situazione di diritto l'una, situazione di fatto l'altra. Sebbene entrambe abbiano incidenza sulla capacità di agire del soggetto, l'una lascia presumere***

²⁴ Art. 428 c.c. <<Atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere. I. Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. II. L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente. III. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto. IV. Resta salva ogni diversa disposizione di legge.>>.

²⁵ Cass. civ., Sez. II, 30 agosto 2013, n. 19958, in Guida al diritto, 2013.

l'incapacità di una sua cosciente e libera autodeterminazione, l'altra impone l'accertamento in concreto di siffatta incapacità e libera autodeterminazione: l'una opera in via permanente, l'altra anche in via transitoria>>.

Ciò preliminarmente precisato, ai fini del tema che qui vi interessa, occorre comprendere quale ruolo il sistema normativo assegni al notaio nelle diverse situazioni anzi descritte.

Incapacità legale

Con riferimento alle situazioni di incapacità legale, interviene espressamente l'art. 54 R.N., il quale dispone <<*notai non possono rogare contratti per i quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano, in nome proprio e di quello dei loro rappresentanti, giuridicamente obbligarsi*>>.

In base a questa prescrizione, quando il notaio si trovi in presenza di soggetti affetti da forme di incapacità legale (e quindi destinatari di un provvedimento interdittivo della capacità di agire) non deve prestare il suo ministero, qualora non ricorrano i necessari provvedimenti autorizzativi rilasciati dall'autorità giudiziale²⁶²⁶.

In tali situazioni, peraltro, appare evidente che il compito assegnato al notaio si profili "in astratto" alquanto agevole²⁷²⁷, dovendo il medesimo accertare lo stato di incapacità legale attraverso la disamina e applicazione *sic e simpliciter* di un documento, a cui è tenuto ad attenersi scrupolosamente nello svolgimento della sua funzione, astenendosi, se del caso, dall'esercizio del suo ministero qualora l'atto, per il quale venga richiesta la sua prestazione, violi le previsioni del provvedimento autorizzativo (a titolo esemplificativo, il notaio è tenuto ad astenersi in caso di una vendita immobiliare che l'interdetto intenda

²⁶ Al tal fine, è necessario che il notaio conosca perfettamente le limitazioni che la sentenza di interdizione, inabilitazione o di applicazione dell'amministrazione di sostegno contengono, in quanto sono diversificabili a seconda del caso concreto; così come egli è tenuto ad attenersi, scrupolosamente, a quanto stabilito nel provvedimento autorizzativo emesso dal giudice competente.

²⁷ Si evidenzia che il notaio può acquisire notizie certe e documentali in ordine allo *status* di incapacità legale della parte, avvalendosi di una rete di informazioni ufficiali provenienti dalle autorità preposte (Ufficio dello Stato Civile, nel cui registro viene annotato il provvedimento di interdizione/inabilitazione ai fini dell'opponibilità ai terzi).

compiere direttamente anziché attraverso il suo tutore e nel rispetto delle modalità previste dal provvedimento autorizzativo ...).

Si può pertanto affermare che una volta emanato il provvedimento incapacitante e adempiuti gli obblighi pubblicitari sorga, in capo ai terzi, una “presunzione ex lege” di conoscenza e/o conoscibilità circa lo status in cui versa il contraente incapace, che, come meglio vedremo, l'ordinamento tutela anche a discapito dei terzi di buona fede.

La domanda che, a questo punto, si pone alla nostra attenzione è la seguente: a quale responsabilità si espone il notaio che, violando le prescrizioni di cui all'art. 54 R.N., stipuli un atto omettendo di verificare la capacità legale della parte?

Sino alla fine degli anni 90', la Corte di Cassazione²⁸²⁸ aveva statuito che l'omesso espletamento, da parte del notaio, della verifica della capacità legale delle parti, dovesse integrare violazione dell'art. 28, n. 1, L.N.²⁹²⁹ e, conseguentemente, comportasse (a carico del notaio) l'irrogazione della sanzione più grave prevista nell'art. 138 L.N..

In altre parole, alla stregua di questo orientamento giurisprudenziale, se si fosse accertato giudizialmente che il notaio aveva stipulato un atto proveniente direttamente da un soggetto legalmente incapace, il notaio avrebbe dovuto essere “punito” con la sanzione disciplinare più grave ex art. 138 della L.N..

All'epoca, la Corte di Cassazione pervenne a questa conclusione attraverso una lettura estremamente ampia della portata del citato art. 28, in base alla quale qualsivoglia violazione della disciplina legale, formale o sostanziale, applicabile all'atto compiuto, dovesse essere configurata come violazione dell'art. 28 della L.N., e, quindi, comportare a carico del notaio la sanzione più grave, indipendentemente dal tipo di conseguenza ricollegata dalla legge alla suddetta violazione (nullità, annullabilità, inefficacia, irregolarità).

²⁸ Cass. civ., Sez. III, 29 ottobre 1971, n. 3066, in Dir. Giur. 1972; in Riv. Not. 1972; Cass. civ., 10 novembre 1992, n. 12081, in Vita not., 1993; Cass. civ., 19 novembre 1993, n. 11404, in Riv. not., 1993, nonché in Vita not., 1994.

²⁹ Art. 28, n.1 L.N.<< Il notaio non può ricevere o autenticare atti: 1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico;....>>.Si rammenta che l'art. 28 L.N., inteso come limite legale all'obbligo per il notaio di prestare la propria attività funzionale, è sanzionato dal punto di vista disciplinare in maniera particolarmente forte. In effetti, nel momento in cui viene riconosciuta la responsabilità del notaio per violazione dell'art. 28 L.N. (in ognuna delle sue componenti), deve conseguire la specifica sanzione prevista dalla legge e cioè la sospensione del notaio per il periodo da sei mesi ad un anno, come indicato dal 2° comma dell'art. 138 L.N.

Questo orientamento, in seguito, è stato superato, in quanto la Corte di Cassazione, con due sentenze di identico contenuto e di assorbente rilevanza per il mondo notarile³⁰³⁰, ha mitigato il suo orientamento, riconducendo la più grave delle violazioni, che il notaio possa commettere nel prestare il proprio ministero, solamente agli atti affetti da nullità manifesta (testuale o virtuale³¹³¹ che sia), con esclusione, quindi, di tutti i casi in cui l'atto notarile sia semplicemente annullabile o affetto da irregolarità, come accade nell'ipotesi di atto compiuto da incapace a cui già si è fatto cenno, ma di cui si tratterà più diffusamente nella sezione successiva della presente trattazione.

Le citate sentenze della Corte Suprema hanno quindi posto a carico del notaio le minori sanzioni della censura e dell'avvertimento di cui all'art. 136 della legge notarile, ovvero quelle comminate per le violazioni non indicate specificatamente ma genericamente per mancanza ai propri doveri.

E' pertanto evidente che in tema di ricevimento di un testamento pubblico da parte di un minore e di un soggetto affetto da provvedimento d'interdizione, l'eventuale errore o inganno sull'età comporteranno la responsabilità disciplinare del notaio che non si è accertato dello status d'incapacità del testatore.

Si tratta naturalmente di ipotesi residuali ma non impossibili da verificarsi, a maggior ragione considerando che il testamento quale atto personalissimo non ammette l'istituto della rappresentanza volontaria o legale, con conseguente generica inapplicabilità dell'art. 54 R.N.

Ovviamente, escludere che la violazione dell'art. 54 R.N. comporti l'applicazione della sanzione più grave collegata all'art. 28 L.N., non significa che il notaio non abbia alcun onere di accertare (al di fuori delle ipotesi di incapacità legale) lo stato di sanità mentale della parte, come taluni hanno tentato di sostenere, argomentando che il notaio avrebbe esaurito il proprio compito verificando solamente l'identità del componente o del testatore³²³².

³⁰ Cass. civ., 11 novembre 1997 n. 11128 e Cass. civ., 19 febbraio 1998, n. 1766, entrambe in Riv. not., 1998, nelle quali si legge testualmente: <<poiché l'atto redatto in violazione dell'art. 54 R.N. è solo annullabile e non nullo, non risulta integrata l'infrazione di cui all'art. 28 comma 1 L. 16 febbraio 1913, n. 89>>.

³¹ A pag. 8 della motivazione della sentenza Cass. civ. 11 novembre 1997, n. 11128, è possibile oltretutto evincere che, laddove s'intenda affermare la responsabilità ex art. 28 L.N., in caso di nullità virtuale, lo si potrà fare solo in presenza di ipotesi di nullità eclatanti, risultati da orientamenti giurisprudenziali consolidati. Non certamente in caso di nullità discendenti da complesse operazioni interpretative o d'indagine tecnico-scientifica. Aggiunge la Corte: <<al notaio non possono certo addossarsi compiti di ermeneutica (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>>.

³² Degni, Le persone fisiche e i diritti di personalità, Torino, 1939118, per il quale <<il notaio assolve il suo compito quando ha accertato l'identità delle parti, non avendo l'obbligo di istituire indagini in ordine alla loro capacità giuridica>>.

D'altro canto, sarebbe paradossale che il notaio, soggetto delegato dalla legge a conferire fede privilegiata agli atti compiuti per il suo tramite, svolgendo il ruolo di primo ed importante "filtro di legalità", possa bene esercitare la sua pubblica funzione in assenza di un preliminare sindacato sulla capacità di intendere e di volere dei soggetti che a lui si rivolgono.

Appare dunque ragionevole ritenere, come meglio si dirà oltre, che il dovere di apprezzare la capacità naturale della parte derivi da precisi indici normativi desumibili dall'ordinamento notarile.

Incapacità naturale

Se l'accertamento dell'incapacità legale appare agevole come si è innanzi detto, più complesso ed insidioso si profila il compito del notaio, allorquando questi si trovi di fronte ad un soggetto, la cui volontà appaia perturbata, pur non risultando il soggetto in questione destinatario di alcun provvedimento che sancisca espressamente la sua incapacità legale.

In tali ipotesi, occorre chiedersi se esista in capo al notaio un obbligo (testuale) di accertare lo *status* di incapacità naturale della parte, quantomeno parallelo a quello che si desume implicitamente dall'art. 54 R.N..

Come si è già anticipato, gli artt. 47 L.N. e 67 R.N. impongono al notaio di fare quanto possibile al fine di vagliare che l'atto confezionato risponda effettivamente alla volontà che la parte ha esternato e che detta volontà sia stata manifestata dalla parte consapevolmente e liberamente.

Tuttavia, nell'ambito del sistema normativo, che disciplina la funzione notarile, diversamente da quanto disposto dall'art. 54 R.N. in tema di atti compiuti da soggetto legalmente incapace, non si rinviene alcuna norma (parallela) che sancisca espressamente l'obbligo per il notaio di accertare e/o attestare la sussistenza della capacità naturale dei soggetti intervenuti nell'atto da lui ricevuto.

La ragione della mancata previsione di questo obbligo a carico del notaio è presto detta: il notaio, ancorché tenuto ad indagare la volontà delle parti, non possiede alcuna competenza

tecnico-scientifica per poter accertare lo stato della capacità naturale dei soggetti intervenuti nell'atto da lui ricevuto.

Ciò non toglie, tuttavia, che il notaio, per i connotati tipici della propria funzione e, comunque, in base al combinato disposto degli art. 47 L.N. e 67 R.N., laddove abbia sentore di elementi o indizi che inducano a dubitare della piena facoltà di intendere e volere del comparente, dovrà avere cura di porre sempre in essere tutta la necessaria e dovuta attenzione per acquisire notizie in merito alla capacità naturale della parte.

A rafforzare coerentemente questo compito, interviene lo stesso Codice Deontologico dei notai italiani, stabilendo all'art. 37 che l'indagine sulla volontà delle parti debba essere svolta *<<in modo approfondito e completo mediante proposizione di domande e scambio di informazioni tese a ricercare anche i motivi e le possibili modificazioni della determinazione volitiva come prospettatagli>>*.

Pertanto, possiamo tranquillamente dedurre dall'insieme delle considerazioni quivi esposte che gravi sul notaio una sorta di onere (virtuale) che impone al medesimo, lungi dal limitarsi al mero accertamento dell'identità del comparente, di valutare la capacità del soggetto, affidandosi al suo intuito umano-giuridico, come taluni hanno felicemente riferito³³³³.

Appare evidente che, rispetto ai casi di incapacità legale, il ruolo del notaio si profili ben più gravoso e delicato per svariate ragioni.

Intanto, secondo il nostro ordinamento, il notaio si trova di fronte al compito di accertare un'eventuale e transitoria causa di incapacità naturale che si verifichi solo *<<al momento in cui gli atti sono compiuti>>* (come si esprime l'art 428 c.c.), o in cui fu fatto il testamento o fu fatta la donazione (così come si esprimono gli art. 591 e 775 c.c.).

Ma non solo. L'incapacità naturale ha presupposti completamente diversi da quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione (contraddistinti da abituale infermità di mente),

³³ Petrelli *op. cit.*

potendo l'incapacità di intendere o di volere essere riferita <<*a qualsiasi causa*>> come si esprime il legislatore.

Infatti, come si è anticipato nelle premesse, oggi, accanto ai casi più conosciuti e ricorrenti di incapacità naturale transitoria derivanti da ubriachezza e uso di sostanze stupefacenti, si sono aggiunti nuovi casi, derivanti dai mutamenti della società e delle conoscenze mediche, maggiormente insidiosi per il compito del notaio come la condizione dei soggetti che hanno attraversato un prolungato periodo in stato di coma, la condizione del malato affetto dal morbo di Alzheimer, quella derivante da traumatismi cranici non mortali, stati depressivi³⁴³⁴, la diffusione di psicofarmaci e droghe di ultima generazione, i cui effetti talvolta sono ancora in parte sconosciuti, nonché tecniche varie di condizionamento della personalità³⁵³⁵ (si pensi ad esempio all'appartenenza di un individuo a sette o ad altre forme di aggregazione che tendono a condizionare la personalità e, quindi, l'agire di un individuo) o ancora a quelle forme di comportamenti esterni posti in essere da terzi potenzialmente idonei sulla capacità e libera autodeterminazione del soggetto passivo, classificati da alcuni decreti in materia di nomina di amministrazione di sostegno in una nuova categoria a cui è stato attribuito il nome di “*coazione esterna*”³⁶³⁶.

Ebbene, appare chiaro che, per tutte queste ragioni, l'ordinamento non poteva richiedere al notaio, privo delle necessarie cognizioni in materia di scienze mediche e/o psicologiche, di verificare in modo tecnico ed inequivocabile l'esistenza o meno della capacità di intendere e di volere del soggetto.

Da parte di taluni si è cercato, quindi, di enumerare un ventaglio di circostanze oggettive che possano consentire al notaio di trarre argomenti di convincimento sulla capacità del testatore: l'età, le patologie di cui può essere affetta, lo stato di debolezza fisica, il grado di istruzione e altre ancora.

³⁴ La Corte di Cassazione, nella sentenza 12 marzo 2004, n. 51599, ha affermato che le dimissioni presentate da una persona affetta da malattia bipolare, possono essere annullate per incapacità d'intendere e di volere.

³⁵ Cass. civ., Sez. II, 26 marzo 2013, n. 7626, in Guida al diritto, 2013.

³⁶ Decreto del Tribunale di Modena 21 dicembre 2015, Giudice Tutelare dr. Masoni

Tuttavia, se scorriamo i tanti casi sottoposti al vaglio dell'organo giudicante, ci accorgiamo come ciascuna di queste circostanze non conduca necessariamente ad una "diagnosi" di incapacità da parte del notaio³⁷³⁷.

Ecco perché il compito assegnato al notaio deve essere svolto, come opportunamente espresso dal Codice Deontologico, sulla scorta di un'analisi approfondita <<*mediante proposizione di domande e scambio di informazioni*>> rivolte alla parte che ricorre alle prestazioni notarili.

Da tutto ciò consegue che, diligenza, ponderazione, attenzione, debbono contrassegnare sempre il compito del notaio e tanto più nell'ambito dell'eventuale accertamento dell'incapacità naturale della parte, laddove il notaio carpisca un deficit cognitivo-volitivo: ma il compito finisce lì, né potrebbe essere diversamente per le ragioni quivi dedotte.

E' giusto, comunque, evidenziare che il notaio, nei casi sospetti, sia solito andare ben oltre l'ordinaria diligenza, procedendo con accuratezza e serietà, al fine di conseguire un giudizio sulla capacità della parte quanto più possibile veritiero e fondato su elementi obbiettivi, che non sia basato, quindi, su elementi esteriori quali l'immagine, la cura della persona ed altri dettagli analoghi (cosiddetto "**effetto facciata**", come taluni hanno significativamente identificato la situazione in cui un terzo (ad esempio il notaio) possa essere tratto in inganno dalle condizioni esteriori di cura, ordine e pulizia in cui si presenti la parte).

Può accadere anche che il notaio, laddove l'apprezzamento della capacità cognitiva e volitiva della parte si dimostri più difficile e insidioso, decida in tutta autonomia e discrezionalità di richiedere preventivamente un certificato medico che attesti la

³⁷ Cass. civ., 24 ottobre 1998, n. 10571, in Riv. not., 1999: trattasi del caso di un'anziana che, ancorché affetta da gravi patologie e dedita, talvolta, a comportamenti un po' bizzarri come quello di dichiarare che qualcuno le rubava l'energia elettrica, ciò nonostante non veniva dichiarata incapace di intendere e volere, tanto che il Giudice di merito aveva persino rigettato la richiesta di C.T.U. medico-legale proveniente da coloro che avevano impugnato il testamento compiuto dall'anziana.

condizione psico-fisica della parte o di avvalersi, meglio ancora, di una consulenza medico-legale *ad hoc*.

Pensiamo ai casi di persone affette da patologie particolarmente invalidanti che potrebbero indurre il notaio a dubitare della capacità del soggetto che ha di fronte.

Ebbene, in tali situazioni, l'assunzione preventiva di una consulenza medico-legale potrà essere di ausilio al notaio, ma non è da considerarsi dirimente, ben potendo l'organo giudicante, nella eventuale fase di accertamento giudiziale della validità dell'atto rogato, discostarsi dalle risultanze della consulenza medico-legale per affermare l'incapacità del soggetto al momento del compimento dell'atto o, diversamente, per escluderla.

Tutto quanto sin qui esposto spiega, pertanto, la ragione per cui nel nostro ordinamento il notaio, allorquando abbia rogato un atto o ricevuto un testamento pubblico proveniente da una parte la cui incapacità non fosse riconoscibile pur avendo usato tutta la diligenza e ponderazione che il sistema normativo richiede, non possa essere chiamato a rispondere in ipotesi di successiva invalidazione dell'atto.

Ma v'è di più! In un quadro coerente con quanto siamo andati quivi a esporre, è stato espressamente statuito dalla Giurisprudenza che, se anche il notaio, in uno slancio professionale, si dovesse spingere sino al punto di formulare valutazioni estimative della presunta capacità d'intendere e di volere del soggetto e della sua sanità mentale, tali valutazioni non sarebbero assistite da quella particolare autorevolezza che si usa definire con l'espressione <<*fede privilegiata*>> e ciò in quanto l'atto pubblico, ai sensi dell'art. 2700 c.c., fa fede fino a querela di falso solo della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

In questo senso si è espressa, tra le altre conformi, la Corte di Cassazione³⁸³⁸, la quale, confermando una pronuncia della Corte di Appello di Salerno, ha statuito che gli apprezzamenti

³⁸ Vedasi tra le altre Cass. civ., Sez. I, 28 novembre 1998, n. 12099, in Riv. not., 1999 con commento di A. Riganò.

del notaio rogante in ordine al possesso della capacità della parte non godono della fede privilegiata che il disposto dell'art. 2700 c.c. riconosce al contenuto tipico dell'atto pubblico: nella fattispecie il notaio aveva attestato la sanità di mente e la capacità di intendere e di volere dell'alienante; tuttavia dagli atti processuali era risultato che l'alienante era stata ricoverata ben cinque volte con diagnosi di arteriosclerosi cerebrale e con la somministrazione di terapie (anche elettroshock), e, altresì, dalle testimonianze rese in causa era emerso che l'alienante, nei periodi in cui era a casa, non era capace di provvedere a se stessa, non riconosceva neppure i parenti, non capiva, non parlava, né era capace di altre forme di comunicazione.

È evidente che, di fronte all'oggettività di tutti questi elementi nel loro insieme, l'attestazione, pur se resa dal notaio rogante, intorno alla presunta sanità mentale, ancorché contenuta in un atto pubblico (atto che, peraltro, non era stato neanche sottoscritto dall'alienante previa dichiarazione di avere tremore alle mani e di non essere abituata a sottoscrivere) per i giudici di legittimità non ha avuto alcun peso, integrando solo il giudizio di un terzo, non dotato di particolare rilevanza, in considerazione della mancanza di adeguate conoscenze tecniche.

6. La sorte del testamento posto in essere da un incapace.

Chiarito il ruolo del notaio nell'apprezzamento dello *status* di incapace occorre a questo punto rispondere al seguente quesito: cosa accade al testamento posto in essere da un incapace? Il nostro ordinamento predispone idonei strumenti per porre rimedio nei confronti del testamento posto in essere da un incapace?

Come si è già anticipato nella presente trattazione, quando viene posto in essere un testamento da parte di un incapace, il nostro ordinamento ha previsto in generale, il rimedio tecnico dell'annullamento dell'atto.

Si è ritenuto da parte di taluni che il Legislatore abbia escluso la sanzione della nullità assoluta o relativa dell'atto in ossequio sia al più generale principio di conservazione degli atti, ritenuto, a maggior ragione, applicabile anche al negozio testamentario, essendo qui ancor più forte l'esigenza d'interpretare l'atto nel senso in cui possa avere qualche effetto anziché non averne alcuno, in omaggio al principio romano secondo il quale la volontà del testatore deve essere interpretata "plenius" ed, altresì, considerando che i soggetti legittimati a richiedere l'eliminazione dell'atto compiuto e dei suoi effetti dal mondo dei rapporti giuridici potrebbero essere interessati comunque alla sua conservazione.

L'annullamento del negozio, quale forma d'invalidità per i soggetti incapaci, costituisce quindi un comune denominatore dell'impianto normativo vigente, essendo la capacità giuridica e la capacità di agire del soggetto agente ovvero la comprensione di valutare o meno la convenienza dell'atto da stipulare elemento come detto imprescindibile.

Tuttavia, a differenza di quanto accade nei negozi inter vivos (fatta eccezione per la donazione), ove diversi sono i presupposti dell'annullabilità a secondo che l'atto venga compiuto dall'incapace legale o naturale, essendo in quest'ultima necessario dare la prova del grave pregiudizio subito dall'incapace e della malafede dell'altro contraente, in ambito testamentario (ed a cui è assimilabile la fattispecie della donazione), il legislatore dispone sia per gli incapaci legali che naturali una sorta di annullabilità incondizionata del testamento ossia indipendentemente dalla coscienza dell'agente sulla portata delle conseguenze dell'atto e prescindendo dalla convenienza economica.

Infatti nell'art. 591 c.c.³⁹³⁹ per il testamento posto in essere dall'incapace legale e naturale (e parimenti nella donazione ex artt. 775 c.c.⁴⁰⁴⁰), essendo assorbente il profilo della

³⁹ Art. 591 c.c.. <<Casi d'incapacità. I. Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge. II. Sono incapaci di testare: 1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età; 2) gli interdetti per infermità di mente; 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento. III. Nei casi d'incapacità preveduti dal presente articolo il testamento può essere impugnato da chiunque vi ha interesse. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie.>>.

gratuità della fattispecie, l'ordinamento prevede la possibilità di ottenere l'annullamento della scheda testamentaria (dell'atto donativo) per il solo fatto di essere stati fatti da persona affetta da incapacità legale o incapace di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto;

Viceversa nell'ipotesi di atti diversi da donazione e testamento ex art. 428 c.c. (a titolo esemplificativo, la procura...), il nostro ordinamento prevede la possibilità di ottenere l'annullamento solo ove venga data prova del pregiudizio grave che ne possa derivare all'incapace; nell'ipotesi di contratto, la normativa sancisce la possibilità di ottenere l'annullamento qualora venga data prova del pregiudizio grave che all'incapace medesimo ne possa derivare e ricorra anche la mala fede dell'altro contraente, restando in ogni caso impregiudicati i diritti acquistati dal terzo che in buona fede abbia contrattato a titolo oneroso, ovviamente fatti salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento ai sensi dell'art. 2652 n. 6 c.c..⁴¹ (Si noti peraltro che nei casi d'incapacità legale, a contrario, sono pregiudicati i diritti dei terzi anche se di buona fede).

Anche la legittimazione all'azione di annullamento è più vasta rispetto a quella disposta dall'art. 1441 c.c. per i contratti in quanto "può essere proposta da chiunque vi abbia interesse" ovvero da tutti coloro che possano far valere diritti successori a seguito dell'annullamento del testamento.

Da quanto sin qui esposto emerge chiaramente che qualsiasi negozio in generale ed il testamento in particolare i compiuto dall'incapace sia destinato a esplicare i suoi effetti nel mondo dei rapporti giuridici, fin quando non venga posto nel nulla con effetto retroattivo da un accertamento giudiziale.

⁴⁰ Art. 775 c.c. <<Donazione fatta da persona incapace d'intendere o di volere. I. La donazione fatta da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui la donazione è stata fatta, può essere annullata su istanza del donante, dei suoi eredi o aventi causa. II. L'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui la donazione è stata fatta. >>.

⁴¹ In merito, ci preme sottolineare che, per unanime orientamento della Giurisprudenza, è sufficiente la malafede della controparte quale consapevolezza della menomazione della sfera intellettuale e volitiva dell'altro contraente, a prescindere dal fatto che il terzo si sia o meno avvantaggiato ovvero pensasse o meno di avvantaggiarsi: Cass. civ., 2 novembre 2004, n. 21050, in Foro it., 2005, I.

Alla luce di quanto sopra, siamo comunque dell'avviso che il Legislatore, prevedendo il rimedio dell'annullamento giudiziale (nei termini quivi descritti), abbia voluto dare valore oggettivo all'incapacità, ponendo la tutela degli interessi dell'incapace all'apice di quelli coinvolti nell'atto.

7. Conclusioni

Avviandomi alle conclusioni ricordo come, anni or sono, un famoso giurista, il prof. Francesco Carnelutti, nel definire la funzione essenziale del notaio, si espresse così *“Tanto più notaio, tanto meno giudice”*.

Questa espressione, il cui rilievo è ancor oggi di grande attualità nel mondo notarile, ha indotto persino taluni ad attribuire al notaio una funzione antiprocessuale e di giurisdizione preventiva, tendente a porre al riparo l'atto, quanto più possibile, da ogni tipo di vizio.

Ebbene, dopo questa trattazione seppur sintetica sulla problematica dell'incapacità, possiamo ritenere che il notaio giochi un ruolo, se non decisivo, sicuramente assai significativo, in quanto tanto più accurate saranno le sue indagini volte a verificare lo status cognitivo-volitivo della parte, tanto minore sarà il rischio che l'atto notarile ed il testamento in particolare siano suscettibili di invalidazione e, quindi, fonte di contenzioso.

Questa diligenza professionale ha valore ancora più pregnante proprio in ambito testamentario posto che il notaio, pur al netto di una indiscussa incompetenza tecnico-scientifica, può rapportarsi con una persona vivente, traendo quelle informazioni e dati che, al contrario mancheranno a chi (periti, avvocati, giudici ecc..), dopo la morte del testatore, dovrà valutare la presunta o meno, capacità di intendere e volere di chi ha manifestato le volontà testamentarie, la cui attenzione si riferirà ad un documento già cristallizzato nel quale si trova incorporato lo stato psichico del testatore.

Ma non solo.

Dal contesto di questa trattazione è emerso un dato: l'incapacità è un valore che il nostro ordinamento intende tutelare, per rispondere ad una domanda sempre più crescente della nostra civiltà, che è quella di proteggere il soggetto “debole”, passando da una concezione

materialistica del diritto (la difesa del patrimonio) ad una concezione del diritto più attenta alla centralità della "persona", tanto da indurre alcuni commentatori a parlare di "inclinazione filantropica del diritto".