

Giornata di studio organizzata dalla Associazione Sindacale dei Notai dell'Emilia Romagna

“Aldo dalla Rovere” e FERNOTAI,

RIMINI
CENTRO CONGRESSI -SGR-, VIA CHIABRERA N. 34/B

24 GIUGNO 2016

“URBANISTICA - BANCHE - ATTUALITÀ”

L'INCAPACITÀ NATURALE E LEGALE A CONTRARRE, UN CASO DI APPARENTE CAPACITÀ

DI CONTRARRE DI UN AMMINISTRATO

(A CURA DI GIANANTONIO BARIONI, NOTAIO IN ZOCCA)

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Accertamento notarile della volontà delle parti. - 3. Valutazione dell'incapacità legale e naturale tra "obbligo testuale" e "onere virtuale" - 4. La sorte dell'atto pubblico posto in essere da un incapace. - 5. Il caso pratico: . - 6. Conclusioni.

1. Premesse.

La problematica, a cui è dedicata la presente relazione, riveste un'indubbia rilevanza nell'ambito dell'attività notarile per le ripercussioni che l'incapacità di intendere e volere (legale e naturale) può esplicare sugli atti rogati e sul ruolo (responsabilità) del notaio rogante¹.

Inoltre, possiamo tranquillamente ritenere che questa problematica, 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 capacità cognitive dovuto alla senescenza, identificata anche come "quarta età"²) nonché le più recenti conoscenze medico-scientifiche hanno moltiplicato e diversificato i casi di incapacità.

A queste considerazioni, si aggiunga anche il fatto che, ai sensi dell'art. 27 della Legge 16

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.

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.

febbraio 1913, n. 89³ (cosiddetta Legge Notarile e più brevemente di seguito “L.N.”)⁴, **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.⁵ ovvero quando gli venga richiesto di rogare atti <<espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all’ordine pubblico>>.

2. Accertamento notarile della volontà delle parti.

Come sappiamo, nel nostro ordinamento l’intervento del notaio è indispensabile per la formazione di svariati (e significativi) atti giuridici, che ciascuno di noi, nel corso della propria vita, è altamente probabile che si trovi a volere o dover compiere (a titolo esemplificativo occorre l’atto pubblico per vendere/comprare un immobile, per donare e fare testamento, salvo il caso di testamento olografo... e altro ancora).

Pertanto, appare chiaro che il notaio sia il primo a trovarsi di fronte al compito di indagare la volontà delle parti che fanno ricorso alle sue prestazioni professionali, e, quindi, sia il primo a trovarsi di fronte anche al problema della **valutazione della loro 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

³ Nel testo risultante dalle modifiche apportate con l’art. 12, comma 1°, lett. b), della Legge 28 novembre 2005, n. 246.

⁴ Articolo 27 L.N. <<Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto.>>.

⁵ 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;>>.

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**>>.

La Dottrina⁶ 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 esplicarsi 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. 1326⁷ (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**>>.

Plasticamente potremmo rappresentare la funzione notarile come una linea, che dalle parti si indirizza verso il notaio, e una linea contraria, che dal notaio arriva alle parti, allorché costui, dando lettura dell'atto, consente alle parti di poter verificare la corrispondenza tra quanto da loro espresso e quanto dal medesimo notaio tradotto in linguaggio giuridico nell'atto di cui viene data lettura.

Come attenta Dottrina⁸ ha acutamente osservato, l'attività del notaio <<*non si esaurisce in un recepimento passivo ed anodino delle volontà a lui manifestate dalle parti, ma al contrario*

⁶ Petrelli, in Riv. not., fasc. 1, 2006.

⁷ Nel testo aggiornato al D.Lgs. 1° agosto 2006, n. 249.

⁸ Pischetola, in Riv. not., fasc. 2, 2003.

realizza la sua più specifica funzione allorquando, in chiave critica, e procedendo con il beneficio del “dubbio”, si accosta alla sfera psichica e volitiva della parte o delle parti costituitesi davanti a lui per coglierne i contenuti ed i risvolti (talora non di immediata evidenza); anzi, a ben vedere, è proprio questa particolare funzione a dare valore pregnante ed infungibile alla prestazione notarile che, lungi dall’esaurirsi sistematicamente in una riduttiva attività certificatrice, suppone nel notaio un’attenzione tutta particolare agli antefatti ed alle modalità di articolazione di una determinata fattispecie, e soprattutto agli stati soggettivi dei suoi protagonisti>>.

3. Valutazione dell’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.

Preliminarmente si rammenta come il nostro sistema normativo distingua 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)

Nel nostro ordinamento peraltro non esiste una norma 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 giuridiche⁹; 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 giudiziaria (ci sono gli interdetti giudiziali¹⁰, gli inabilitati¹¹, gli interdetti legali a fini sanzionatori¹³ nonché i beneficiari di amministrazione di sostegno relativamente agli atti che

⁹ Art. 428 Codice Civile; Art. 591 Codice Civile; Art. 775 Codice Civile; Art. 2039 Codice Civile; Art. 2047 Codice Civile.

¹⁰ Art. 414 c.c. <<Persone che possono essere interdette. 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.>>.

...¹¹ Art. 415 c.c. <<Persone che possono essere inabilite. 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.>>.

¹³ 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.

non possono compiere senza la necessaria rappresentanza e/o assistenza¹²

Occorre ancora precisare (ma ne parleremo più diffusamente *infra*) che gli atti giuridici compiuti da soggetti legalmente incapaci sono annullabili (art. 1425, comma 1°, c.c.¹⁴), salvo il caso del contratto stipulato dal minore che non è annullabile quando abbia occultato con raggiri la sua minore età (art. 1426 c.c.¹⁵).

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 concordi¹⁶, 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, 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*

¹² 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.*>>.

¹⁴ 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.*>>.

¹⁵ Art. 1426 c.c. <<*Raggiri usati dal minore. I. Il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto.*>>.

¹⁶ Cass. civ., Sez. II, 24 ottobre 1998, n. 1057, in Riv. not., 1999.

versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitudine, legittimano la pronuncia d'interdizione>>¹⁷.

Ai sensi dell'art. 428 c.c.¹⁸, 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.

In conclusione, nel definire le differenze tra incapacità legale e incapacità naturale, possiamo affidarci ad una recente sentenza della Corte di Cassazione¹⁹ 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 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

¹⁷ Ovviamente il concetto di incapacità naturale di cui trattasi in questa sentenza è estensibile anche ad atti diversi dal testamento.

¹⁸ 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.>>.

¹⁹ Cass. civ., Sez. II, 30 agosto 2013, n. 19958, in Guida al diritto, 2013.

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) non deve prestare il suo ministero, qualora non ricorrano i necessari provvedimenti autorizzativi rilasciati dall'autorità giudiziale²⁰.

Si può, quindi, affermare che il citato art. 54 sottenda un preciso obbligo (testuale) in capo al notaio di accertare la causa dell'incapacità legale, desumendola dal provvedimento autorizzativo, di cui la parte sia divenuta destinataria antecedentemente al compimento dell'atto.

In tali situazioni, peraltro, appare evidente che il compito assegnato al notaio si profili "in astratto" alquanto agevole²¹, 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

²⁰ 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.

²¹ 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).

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

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 Cassazione²² 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.²³ 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

²² 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.

²³ 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.

la sanzione più grave, indipendentemente dal tipo di conseguenza ricollegata dalla legge alla suddetta violazione (nullità, annullabilità, inefficacia, irregolarità).

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 notarile²⁴, 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 virtuale²⁵ 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 *infra*, ma di cui si tratterà più diffusamente nella sezione successiva della presente trattazione.

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 comparente o dei comparenti²⁶.

In coerenza con quanto sopra affermato entrambe le citate sentenze della Corte Suprema hanno posto a carico del notaio le minori sanzioni della censura e dell'avvertimento di cui

²⁴ 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>>.

²⁵ 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>>.

²⁶ 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>>.

all'art. 136 della legge notarile, ovvero quelle comminate per le violazioni non indicate specificatamente ma genericamente per mancanza ai propri doveri. (valutare dove inserire Cass civ. sez III 19 dic 2014 n. 26908 caso di atto con fallito non rilevato e discorsi legati all'accertamento dell'identità personale delle parti e conseguente colpa professionale) altra cass 4 aprile 2014 sez II su indagine volontà delle parti)

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 in base al combinato disposto degli art. 47 L.N. e 67 R.N. a 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

riferito²⁷.

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), 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 depressivi²⁸, la diffusione di psicofarmaci e droghe di ultima generazione, i cui effetti talvolta sono ancora in parte sconosciuti, nonché tecniche varie di condizionamento della personalità²⁹ (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).

²⁷ Petrelli *op. cit.*

²⁸ 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.

²⁹ Cass. civ., Sez. II, 26 marzo 2013, n. 7626, in Guida al diritto, 2013.

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 taluni³⁰ si è cercato, quindi, di enumerare un ventaglio di circostanze oggettive che possano consentire al notaio di trarre argomenti di convincimento sulla capacità della parte: l'età, le patologie di cui può essere affetta, lo stato di debolezza fisica, il grado di istruzione e altre ancora.

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 notaio³¹.

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

³⁰ Re, "Testamento pubblico e capacità - il ruolo del notaio", in Riv. not., fasc. 61, 2013.

³¹ 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.

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 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 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'atto³².

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 Cassazione³³, la quale, confermando una pronuncia della Corte di Appello di Salerno, ha statuito che gli apprezzamenti del notaio rogante in ordine al possesso della capacità della parte³⁴ 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.

³² Angeloni, La responsabilità civile del notaio, Padova, 1990.

³³ Vedasi tra le altre Cass. civ., Sez. I, 28 novembre 1998, n. 12099, in Riv. not., 1999 con commento di A. Riganò.

³⁴ Trattasi di un atto pubblico con il quale la proprietaria (risultata incapace in sede giudiziale) aveva venduto al di lei marito tre appezzamenti di terreno e due piccole case.

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.

4. La sorte dell'atto pubblico posto in essere da un incapace.

Chiarito il ruolo del notaio nell'apprezzamento dello *status* di incapace, in entrambe le declinazioni dell'incapacità legale e dell'incapacità naturale, occorre a questo punto completare la trattazione e rispondere a seguente quesito: cosa accade all'atto posto in essere da un incapace? Il nostro ordinamento predispose idonei strumenti per porre rimedio nei confronti di un atto posto in essere da un incapace?

Come si è già anticipato nella presente trattazione, quando viene posto in essere un atto da parte di un incapace, il nostro ordinamento ha previsto, a tutela dell'incapace medesimo e degli eventuali eredi o aventi causa, 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 non solo in ossequio al più generale principio di conservazione degli atti ma, altresì, considerando che il soggetto stesso (o gli altri 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.

Occorre peraltro precisare che l'annullamento del negozio quale forma d'invalidità per i soggetti incapaci costituisce un comune denominatore dell'impianto normativo vigente, essendo 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 mentre nelle ipotesi d'incapacità legale l'ordinamento prevede una forma di annullabilità incondizionata dell'atto compiuto, ossia indipendentemente dalla coscienza dell'agente sulla portata e conseguenze dell'atto e prescindendo dalla convenienza economica, come testualmente desumibile da tutti gli articoli in materia (nota citando artt. 322 per i minori, 377 e 378 per tutela, 396 minori emancipati, 427 per interdetto ed inabilitato) non parimenti per l'incapacità naturale.

Ebbene in quest'ultima fattispecie, sotto il profilo dei rimedi, si prospettano ipotesi diversificate in relazione alla tipologia dell'atto compiuto, che rispondono comunque tutte ad una precisa *ratio*, che è quella di tutelare i molteplici interessi coinvolti:

- nell'ipotesi della donazione e del testamento fatti dall'incapace naturale ex artt. 775 c.c.³⁵ e 591 c.c.³⁶, essendo assorbente il profilo della gratuità della fattispecie, l'ordinamento prevede la possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto donativo o della scheda testamentaria per il solo fatto di essere stati fatti da persona incapace di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto;
- nell'ipotesi di atti diversi da donazione e testamento ex art. 428 c.c.³⁷ (a titolo esemplificativo, la procura...), il nostro ordinamento prevede la possibilità di

³⁵ 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. >>.

³⁶ 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.>>.

³⁷ Art. 428 c.c. <<Atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere. I. Gli atti

ottenere l'annullamento solo ove venga data prova del pregiudizio grave che ne possa derivare all'incapace;

- nell'ipotesi di contratto, il nostro ordinamento prevede 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..³⁸.

Da quanto sin qui esposto emerge chiaramente che l'atto compiuto dall'incapace - pur in presenza di un'evidente e conclamata causa di incapacità del soggetto ad intendere o a volere - 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.

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

Infatti, il Legislatore, nella scelta tra un atteggiamento di assoluta indifferenza verso

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 pronunziato 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.>>.

³⁸ 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.

l'incapace (che avrebbe potuto comportare la salvaguardia a tutti i costi degli atti compiuti da un incapace) e, viceversa, un atteggiamento di assoluta indifferenza verso gli interessi dei terzi in buona fede (che avrebbe comportato la censura di tutti gli atti compiuti da un incapace), abbia favorito una scelta mediana (quella dell'annullamento dell'atto dell'incapace a certe condizioni) con la finalità (a nostro avviso lodevole) di contemperare, quanto più possibile, gli interessi contrapposti in gioco.

5. Le peculiarità dell'amministrazione di sostegno: una diversa forma d'incapacità.

In forza del d. lgs 20 febbraio 2005 n. 56 introduttiva nel nostro ordinamento dell'istituto "**Dell'Amministrazione di sostegno**" è stata disciplinata una situazione di minorata capacità di intendere e di volere a cui può ricorrere la persona "per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi" ed in relazione alla quale la persona "può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio" (art. 404 del codice civile).

Si noti come in questa ipotesi la normativa prenda in considerazione, a differenza dell'interdizione e dell'inabilitazione, qualsiasi minorazione di natura fisica o psichica, che possa a sua volta essere anche soltanto parziale o temporanea.

Nell'istituto dell'amministrazione di sostegno assume rilievo primario il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, il cui contenuto è delineato dal combinato disposto degli artt. 405, 409 e 411.

Esso costituisce la fonte dei poteri dell'amministratore di sostegno, e di conseguenza delle attività che lo stesso può compiere in sostituzione, ovvero, in concomitanza con il beneficiario.

Diversamente dagli altri istituti di protezione dei soggetti disabili ove si ha una totale o

parziale privazione della capacità d'agire del soggetto, la nomina dell'amministratore di sostegno non assolve alla funzione di privare il soggetto della propria capacità. Il beneficiario, infatti, conserva una generale capacità d'agire per tutti quegli atti, sia di ordinaria che straordinaria amministrazione, che non richiedono la rappresentanza esclusiva o assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno in quanto non inclusi nel decreto istitutivo (art. 409 c.c.2).

La limitazione della capacità d'agire che ne consegue per il soggetto, pertanto, è di regola solo di tipo settoriale (per i soli atti previsti nel decreto attributivo **dei** poteri dell'amministratore di sostegno), non **accompagnandosi** ad una menomazione della capacità naturale di intendere e di **volere**.

Dal contenuto del decreto di nomina, che rappresenta un "vestito su misura" per ogni beneficiario si possono così evincere tre categorie di atti.

Gli atti di ordinaria o straordinaria amministrazione non inclusi nel decreto istitutivo per i quali il beneficiario conserva la piena capacità d'**agire**⁴.

Gli atti di ordinaria o straordinaria amministrazione menzionati nel decreto per il compimento dei quali è necessaria la rappresentanza dell'amministratore di sostegno.

atti di ordinaria e straordinaria amministrazione menzionati nel decreto per i quali il beneficiario necessita della sola assistenza dell'amministratore di sostegno, se così stabilito.

*E' infatti il Giudice a stabilire con il decreto gli atti per i quali si **paleserà** necessario che il beneficiario sia assistito dall'amministratore di sostegno e gli atti in relazione ai quali l'amministratore dovrà agire in via integralmente sostitutiva, in nome e per conto del beneficiario. In relazione a ciò è possibile concludere che l'istituto può produrre in parte gli effetti dell'inabilitazione, in parte quelli dell'interdizione. Conseguentemente si potrà*

distinguere, con riferimento all'attività giuridica validamente esprimibile dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno, tra:

a) un'attività "minima" corrispondente "agli atti necessari a soddisfare le esigenze della... vita quotidiana", come tale sempre e comunque consentita liberamente ;

*b) un'attività corrispondente anche a condotte giuridiche complesse (magari corrispondenti anche alla conclusione di contratti) in relazione alla quale il beneficiario conserva la piena capacità di agire. Essa dovrà essere oggetto di descrizione da parte del giudice che, nel provvedimento di nomina dell'amministratore, esporrà le motivazioni che abbiano condotto a tale scelta (si pensi ad un soggetto che, svolgendo la propria attività artigianale di **intagliatore**, possa concludere contratti di fornitura di merce ed acquisto di beni strumentali fino ad un certo valore);*

c) un'attività in relazione alla quale il giudice ha stimato necessario che la volontà del beneficiario (il cui intento debba comunque essere la base di partenza) debba essere integrata in funzione assistenziale dall'amministratore, il quale venga sostanzialmente a svolgere il ruolo di curatore;

d) infine un'attività (verosimilmente di maggior complessità e rilevanza) che deve essere svolta esclusivamente dall'amministratore di sostegno, la cui figura si avvicina così a quella del tutore

In ogni caso, per gli atti di straordinaria amministrazione il beneficiario o l'amministratore debbano ottenere l'autorizzazione da parte del Giudice tutelare (art. 411 primo comma).

Ciò premesso l'art. 412 cc prevede l'annullabilità, quale sanzione di carattere generale, con riguardo a tutti gli atti compiuti dall'amministratore e dal beneficiario in violazione delle

disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto istitutivo dell'amministrazione stessa, e ciò ad istanza dell'amministratore di sostegno, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa.

la non agevole percezione da parte dei terzi interessati a contrattare con il beneficiario dei limiti entro i quali quest'ultimo possa **autodeterminarsi**, eventualmente assistito dall'**ammministratore** di sostegno ; d) **la conseguente difficoltà di valutare la validità dell'atto posto in essere dal beneficiario, dall'amministratore di sostegno, dal beneficiario eventualmente assistito dall'amministratore di sostegno.**

La legittimazione attiva è dunque più estesa di quella propria dell'ipotesi di incapacità legale indifferenziata (art.1441 cod.civ.). Prescindendo dal pleonastico rinvio agli eredi del beneficiario, è infatti da rilevare la possibilità di intervento del pubblico ministero. Analogamente si dispone **per gli atti "compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno"**. La norma è da porre in stretta connessione con il contenuto del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. Infatti il medesimo deve indicare (art. 405 cod.civ.) l'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario nonché gli atti che il quest'ultimo può compiere solo con l'assistenza del detto amministratore. **Come appare evidente, non è possibile aprioristicamente stabilire se un atto sia annullabile o meno.** Occorrerà caso per caso verificare quali attività siano liberamente consentite al beneficiario e quali, invece, debbano vedere la partecipazione in chiave di assistenza o in chiave di rappresentanza legale dell'amministratore di sostegno. L'annullabilità degli atti che siano posti in essere nel corso dell'amministrazione di sostegno potrà pertanto dipendere:

- a) **dal compimento di un atto non consentito posto in essere dal beneficiario.** Decisivo in questo senso è il contenuto del decreto del giudice tutelare. In ogni caso non potrà trattarsi di un atto necessario a soddisfare le di lui esigenze della vita quotidiana, stante il modo di disporre dell'art.409 cod.civ., il quale prescrive che comunque il beneficiario conservi in tale ambito la capacità di agire;
- b) **dal compimento di un atto posto in essere dal beneficiario senza il consenso dell'amministratore di sostegno o da quest'ultimo senza che il primo abbia concorso alla relativa decisione.** Parimenti essenziale è, al riguardo, il contenuto del decreto, il quale può prevedere un ambito di attività in cui le due volontà (del beneficiario e dell'amministratore) si fondono dando vita ad un atto complesso;
- c) **dal compimento di atti indifferentemente compiuti dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno contrari a norme di legge ovvero alle disposizioni date dal giudice ovvero ancora che siano compiuti eccedendo rispetto all'incarico ricevuto.**

6. Il caso pratico ed i riflessi sull'attività notarile.

Proprio in questo periodo stiamo discutendo di un caso abbastanza inquietante :

Un giovane apparentemente in piena salute fisica e mentale stipula un atto notarile.

Si scopre che lo stesso gode di un amministratore di sostegno per problemi di passata tossicodipendenza. L'AdS è la moglie (che partecipa all'atto per cedere i propri diritti) sprovvista di ogni autorizzazione..

Al di là delle conseguenze sulla validità dell'atto, sarebbe opportuno fare chiarezza sul comportamento del notaio:

può essere rilevante la sua buona fede di fronte ad un soggetto apparentemente pienamente capace ?

ha tenuto un comportamento negligente nell' accertarsi della capacità delle parti ?

occorreva comunque procedere alla richiesta dell'estratto atto di nascita per verificare eventuali annotazioni a margine?

i soggetti ad AdS sono individuabili solo a mezzo estratto non esistendo un registro consultabile ? ed anche quando , la prassi non è certo quella di chiedere l'estratto sempre e comunque.

il soggetto affetto da menomazione fisica o psichica per il quale sia stato nominato un amministratore di sostegno si può dire **non perde necessariamente la capacità di agire.**

Al riguardo l'art. 409 cod.civ. prevede espressamente che **il beneficiario conservi la detta capacità "per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o**

l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno." Come appare di tutta evidenza

la condizione giuridica del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno **non può essere qualificata in modo appropriato nè esclusivamente in chiave di incapacità**

assoluta di agire, nè di incapacità relativa, potendo condividere i caratteri propri sia dell'una, sia dell'altra. Permane inoltre sempre e comunque una sfera di capacità di

agire piena, sia pure qualitativamente limitata, come è ribadito dall'ultimo comma della norma in considerazione, a mente del quale il beneficiario **"può in ogni caso compiere gli**

atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana". E' chiara la preoccupazione del legislatore di offrire la possibilità per chi sia affetto da **menomazioni** di

conservare la più ampia possibilità di **autodeterminazione** e di conduzione di una vita normale, sia pure compatibilmente con l'effettivo stato di salute.

7. Conclusioni

Anni or sono, un famoso giurista, il prof. Francesco Carnelutti, nel definire la funzione essenziale del notaio, si esprime 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 sia suscettibile di invalidazione e, quindi, fonte di contenzioso.

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”⁴⁶, tanto da indurre alcuni commentatori a parlare di “inclinazione filantropica del diritto”.

Questo valore è condiviso nel mondo notarile, tanto che è stato affidato al notaio un compito (indagine della volontà) che, pur con i limiti esposti, tende a riscontrare la necessità di salvaguardare, per quanto possibile, gli stessi diritti dell’incapace, anello debole della nostra società.

A nostro avviso, poiché questa problematica, per i profili in cui si presenta e per le sue evoluzioni nel tempo, potrebbe ancora scontare i limiti di una sottovalutazione,

⁴⁶ Ne è un chiaro esempio l’introduzione dell’amministrazione di sostegno.

auspichiamo che il notaio, avvalendosi anche degli apporti culturali e scientifici provenienti da altri settori, si mantenga saldamente al passo con i tempi per deciptare quei mutamenti, che possano incidere sulla condizione psico-fisica di ciascun individuo, elidendone la sua consapevole e libera autodeterminazione, al fine di poter esercitare pienamente il proprio ministero a favore di soggetti pienamente consapevoli e autodeterminati.