

**CONVEGNO NAZIONALE**

---

MODENA

CAMERA DI COMMERCIO -SALA LEONELLI-, VIA GANACETO N. 134

21 NOVEMBRE 2014

**“IL CREPUSCOLO DELLA PERSONA, L’INCAPACITÀ OGGI”**

**LA VERIFICA DELL’INCAPACITÀ NELL’ATTO PUBBLICO  
IL RUOLO ED IL RISCHIO DEL NOTAIO**

**(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. La fattispecie della circonvenzione d'incapace ed i riflessi sull'attività notarile. - 6. Conclusioni.**

\*\*\*\*\*

### **1. Premesse.**

La problematica, a cui è dedicato l'odierno convegno, riveste un'indubbia rilevanza anche 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 rogante<sup>1</sup>.

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, da un lato, l'evoluzione socio-economica della nostra società ha comportato (al netto dell'odierna crisi congiunturale) una crescente domanda delle prestazioni notarili e, dall'altro, l'allungamento della vita media di un individuo (e, quindi, il progressivo deterioramento delle capacità cognitive dovuto alla senescenza, identificata anche come "quarta età"<sup>2</sup>) nonché le più recenti

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

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 febbraio 1913, n. 89<sup>3</sup> (cosiddetta Legge Notarile e più brevemente di seguito "L.N.")<sup>4</sup>, **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.<sup>5</sup> 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**

---

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

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

<sup>5</sup> 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; .....>>*.

**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 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 Dottrina<sup>6</sup> 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. 1326<sup>7</sup> (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

---

<sup>6</sup> Petrelli, in Riv. not., fasc. 1, 2006.

<sup>7</sup> Nel testo aggiornato al D.Lgs. 1° agosto 2006, n. 249.

alle parti, allorquando 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 Dottrina<sup>8</sup> 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 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 costituite 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.

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

---

<sup>8</sup> Pischetola, in Riv. not., fasc. 2, 2003.

Questi concetti sono richiamati in molteplici norme giuridiche<sup>9</sup>; 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 in generale 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 giudiziali<sup>10</sup>, gli inabilitati<sup>11</sup> nonché i beneficiari di amministrazione di sostegno relativamente agli atti che non possono compiere senza la necessaria assistenza<sup>12</sup> e, infine, gli interdetti legali a fini sanzionatori<sup>13</sup>).

Occorre ancora precisare (ma ne parleremo più diffusamente *infra*) che gli atti

---

<sup>9</sup> Art. 428 Codice Civile; Art. 591 Codice Civile; Art. 775 Codice Civile; Art. 2039 Codice Civile; Art. 2047 Codice Civile.

<sup>10</sup> 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.>>.

<sup>11</sup> 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.>>.

<sup>12</sup> 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.>>.

<sup>13</sup> 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.

giuridici compiuti da soggetti legalmente incapaci sono annullabili (art. 1425, comma 1°, c.c.<sup>14</sup>), 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.<sup>15</sup>).

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 concordi<sup>16</sup>, 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 versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitudine, legittimano la pronuncia d'interdizione>>*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> 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.>>.*

<sup>15</sup> 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.>>.*

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

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

Ai sensi dell'art. 428 c.c.<sup>18</sup>, 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 Cassazione<sup>19</sup> 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 quivi interessa, occorre comprendere quale ruolo il sistema normativo assegni al notaio nelle diverse

---

<sup>18</sup> 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.>>.

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

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 giudiziale<sup>20</sup>.

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 alquanto agevole<sup>21</sup>, 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

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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).

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 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 Cassazione<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

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).

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 notarile<sup>24</sup>, 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 virtuale<sup>25</sup> 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

---

<sup>24</sup> 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>>.

<sup>25</sup> 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>>.

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 dei componenti<sup>26</sup>.

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

---

<sup>26</sup> 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>>.

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 riferito<sup>27</sup>.

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 depressivi<sup>28</sup>, la diffusione di psicofarmaci e

---

<sup>27</sup> Petrelli *op. cit.*

<sup>28</sup> 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.

droghe di ultima generazione, i cui effetti talvolta sono ancora in parte sconosciuti, nonché tecniche varie di condizionamento della personalità<sup>29</sup> (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).

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<sup>30</sup> 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 notaio<sup>31</sup>.

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

---

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

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

<sup>31</sup> 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.

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 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'atto<sup>32</sup>.

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 <<*fedesprivilegiata*>> 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 Cassazione<sup>33</sup>, 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 parte<sup>34</sup> 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

---

<sup>32</sup> Angeloni, La responsabilità civile del notaio, Padova, 1990.

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

<sup>34</sup> 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.

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.

#### **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 predispone 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 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.

Ebbene, 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.<sup>35</sup> e 591 c.c.<sup>36</sup>, 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.<sup>37</sup> (a

---

<sup>35</sup> 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. >>.

<sup>36</sup> 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.>>.

<sup>37</sup> 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

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, 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..<sup>38</sup>.

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

---

*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.>>>*

<sup>38</sup> 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.

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 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. La fattispecie della circonvenzione di incapace e i riflessi sull'attività notarile.**

La nozione di “**circonvenzione di incapace**” è di derivazione penalistica e, precisamente, è contenuta nell'art. 643 c.p.<sup>39</sup>, per il quale compie il reato di circonvenzione di incapace colui che, abusando dello “**stato d'infermità o deficienza psichica di una persona**”, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico dannoso per sé o per altri.

La cronaca giornalistica, sempre più spesso, riporta casi di circonvenzione di incapace, molti dei quali consumati anche in ambito familiare, a danno di persone che, a causa dell'età assai avanzata e/o gravi patologie, sono state indotte a

---

<sup>39</sup> Art. 643 c.p.<< I. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o dell'inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso, è punito .....>>.

compiere, a favore di persone talvolta del tutto estranee al cerchio familiare, atti patrimoniali dispositivi, che non avrebbero compiuto senza quell'attività di "induzione" esercitata dal o dai beneficiari dell'atto dispositivo (l'ipotesi più comune e facilmente riconoscibile è, ad esempio, quella del testamento a favore della "badante", ma la casistica -ahimè- è ben più ampia e va ben oltre il rapporto di badantato, soprattutto laddove ci si trovi in presenza di un patrimonio consistente<sup>40</sup>).

Per comprendere meglio la fattispecie penale in esame, ci avvaliamo della nozione, fornita dalla Giurisprudenza, di "*infermità psichica*" e "*deficienza psichica*" a cui fa riferimento l'art. 643 c.p..

Ebbene, secondo l'orientamento costante della Giurisprudenza<sup>41</sup> << per "*infermità psichica*" deve intendersi ogni alterazione psichica derivante sia da un vero e proprio processo morboso (quindi catalogabile tra le malattie psichiatriche) sia da una condizione che, sebbene non patologica, menomi le facoltà intellettive o volitive, mentre la "*deficienza psichica*" è identificabile in un'alterazione dello stato psichico che, sebbene meno grave dell'infermità, sia comunque idonea a porre il soggetto passivo in uno stato di minorata capacità in quanto le sue capacità intellettive, volitive o affettive, fanno scemare o diminuire il pensiero critico (vi rientrano, per esempio, l'emarginazione ambientale, la fragilità e la debolezza di carattere). In ogni caso, minimo comune denominatore rinvenibile in entrambe le situazioni consiste nel fatto che, in tanto il reato può essere configurato, in quanto si dimostri l'instaurazione di un rapporto squilibrato fra

---

<sup>40</sup> E' di questi giorni la notizia sulle indagini avviate a carico di alcune persone per il reato di circonvensione di incapace che si sarebbe consumato ai danni della sorella del noto attore Alberto Sordi. Ma si potrebbero citare tanti altri casi noti e meno noti.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. II, 12 giugno 2014, n. 28907, in Guida al diritto 2014, nota di Amato.

vittima e agente, nel senso che deve trattarsi di un rapporto in cui l'agente abbia la possibilità di manipolare la volontà della vittima a causa del fatto che costei si trova, per determinate situazioni da verificare caso per caso, in una minorata situazione e, quindi, incapace di opporre alcuna resistenza a causa della mancanza o diminuita capacità critica>>.

La Giurisprudenza<sup>42</sup> ha fornito anche un'interpretazione del concetto di induzione, richiamato dal citato art. 643 c.p.

*<<Ai fini della sussistenza del delitto di circonvenzione di persone incapaci, di cui all'art. 643 c.p. il concetto di induzione, la quale è un elemento del tutto distinto e non va confusa col mezzo usato (atto giuridico), postula un'attività positiva diretta a determinare o, quantomeno, a rafforzare (ostacolando ripensamenti) nel soggetto passivo il proposito di compiere un determinato atto giuridico. Invero, indurre vuol dire convincere, influire sulla volontà altrui, e quindi esige da parte dell'agente uno stimolo che poi determina il soggetto passivo al compimento dell'atto dannoso. Pertanto, non basta che l'agente si giovi delle menomate condizioni psichiche del soggetto passivo come non possono ritenersi sufficienti semplici richieste rivolte alla vittima, essendo invece necessaria un'attività apprezzabile di suggestione, di pressione morale, di persuasione per determinare la volontà minorata del soggetto passivo>>.*

In sintesi, secondo il consolidato orientamento della Giurisprudenza, ai fini della configurabilità del reato di circonvenzione di incapace, debbono ricorrere le seguenti condizioni:

---

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. II, 24/06/1985, in Cass. pen. 1986 e Giust. pen. 1986, II.

- a. lo squilibrio nel rapporto tra soggetto agente e persona offesa, tale da impedire a quest'ultima di opporsi a cagione della sua minorata difesa riconducibile alla ridotta o assente capacità critica;
- b. l'induzione della vittima - anche sotto forma di mera richiesta - a compiere atti di disposizione patrimoniale dannosi;
- c. lo sfruttamento dello stato di debolezza e di inferiorità della vittima in ragione della volontà di perseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, perpetrato nelle forme di una violenza morale o, anche solo, sottoforma di rafforzamento di proposito o, ancora, di sollecitazione o suggestione circostanziata;
- d. infine, la riconoscibilità - valutata in modo oggettivo - dello stato di minorata capacità nella quale si trova a versare la vittima.

Come si è detto, la casistica, che si è offerta ai giudici, è molto ampia, arrivando sino a ricomprendere nel concetto di induzione anche quelle condotte di sollecitazione che si rivolgono a soggetti affetti da particolari patologie invalidanti: citiamo tra le tante, una significativa e recentissima pronuncia della Corte di Cassazione del 24 gennaio 2014 n. 3579, che si è occupata del caso di un'anziana affetta dal morbo di Alzheimer che aveva disposto dei suoi beni a favore delle proprie vicine.

Delineata, per sommi capi, la fattispecie del reato di circonvenzione d'incapace, occorre chiedersi, a questo, punto, cosa accada quando un atto notarile venga stipulato da una persona che sia risultata circonvenuta nell'ambito di un procedimento penale a carico dell'autore e/o autori della circonvenzione sull'incapace.

Secondo l'orientamento della Giurisprudenza<sup>43</sup>, il contratto frutto della circonvenzione di incapace è nullo ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c. (e non semplicemente annullabile), in quanto la violazione della norma penale (art. 643 c.p.), perpetrando la violazione di una norma imperativa posta a tutela di un interesse pubblico, ricade nella previsione generale di nullità di cui all'art. 1418 c.c. Poiché nel nostro ordinamento nessuna norma sancisce espressamente la nullità di un contratto concluso da un incapace, vittima del delitto di circonvenzione, la Giurisprudenza è giunta a tale conclusione accedendo al concetto di “nullità residuale” desumibile dal comma 1 della citata norma, ove è testualmente sancito che <<Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente>>.

Di parere contrario, si è espressa la Dottrina, la quale, rifiutando il concetto di nullità “residuale”, ha ritenuto che un contratto concluso da un incapace, vittima del delitto di circonvenzione, sia soggetto solo all'ordinario rimedio dell'annullabilità, potendo ricondursi la circonvenzione di incapace nell'alveo dei vizi della volontà previsti dal Codice Civile e ricorrendo, di conseguenza, solo il rimedio accordato dalla legge per i negozi stipulati con violenza o dolo.

È evidente come l'adesione all'una o all'altra impostazione teorico-concettuale possa avere ricadute diversissime anche riguardo all'attività notarile.

Infatti, se si accede alla posizione della Giurisprudenza, al notaio (cui è vietato ricevere atti espressamente proibiti dalla legge e contrari a norme imperative oltre che all'ordine pubblico ex art. 28 L.N.) dovrebbe ritenersi applicabile la sanzione

---

<sup>43</sup> Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948, in Corr. giur., 1995, con nota di V. Mariconda; Cass. 20 settembre 1979, n. 4824, in Giust. civ., 1980, I, con nota di E. Raganelli, e in Foro it., 1989, I, con nota di R. Moschella.

più grave ex art. 138 L.N. (in aggiunta - è evidente - alle inevitabili ripercussioni anche sul piano della responsabilità civile).

Non intendiamo, in questa sede, addentrarci troppo nelle diatribe tra gli opposti orientamenti della Dottrina e della Giurisprudenza né tantomeno concentrare l'attenzione oltre misura sulle sorti del notaio che abbia stipulato un atto proveniente da un incapace, vittima di circonvenzione.

Tuttavia, per quanto ci riguarda, propendiamo per la tesi di coloro che ritengono che il notaio, allorquando si trovi di fronte ad una situazione in cui sospetti un'ipotesi di circonvenzione<sup>44</sup>, debba astenersi dal prestare il suo ministero, e ciò non solo e non tanto per una possibile configurazione di una sua responsabilità penale per concorso - sia pure solo colposo - nella consumazione del reato di circonvenzione, quanto per l'indefettibile funzione di controllo della legalità che è intimamente connessa al suo ministero.

Sul punto, inoltre, molti autori <sup>45</sup> hanno ritenuto di escludere che la nullità di un atto notarile concluso da un circonvenuto possa comportare di per sé una responsabilità del notaio ex art. 28 L.N., per la semplice ma oggettiva ragione che il notaio non può essere sanzionato così gravemente per un fatto compiuto da un terzo, a cui il notaio risulti del tutto estraneo.

A differente conclusione si giunge, invece, allorquando il notaio abbia compiuto direttamente il reato di circonvenzione di incapace o partecipato alla consumazione del reato a titolo di concorso.

---

<sup>44</sup> Il notaio, anche in questo caso, si dovrà avvalere di tutta la sua esperienza, diligenza e ponderazione che il sistema normativo detta in materia di "indagine della volontà delle parti".

<sup>45</sup> Pischetola, *op.cit.*; Alessandra Arcieri, Giudice del Tribunale di Bologna, in "L'attività negoziale dell'incapace e del circonvenuto: il ruolo e la responsabilità del notaio".

In tale ipotesi, è evidente che il notaio sarà chiamato a rispondere sia penalmente del reato commesso (anche solo a titolo di concorso), sia civilisticamente in ragione della conseguente nullità dell'atto rogato per effetto dell'accertamento del reato anche a suo carico.

## **6. 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”<sup>46</sup>, tanto da

---

<sup>46</sup> Ne è un chiaro esempio l'introduzione dell'amministrazione di sostegno.

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, 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.