



Dott. Gaetano Petrelli
NOTAIO

Corso Cobianchi, 62 - Verbania (VB)
Tel. 0323/516881 - Fax 0323/581832
E-mail: gpetrelli@notariato.it
Sito internet: <http://www.gaetanopetrelli.it>
C.F.: PTR GTN 62D25 F848T
P. IVA: 01302980030

Verbania, lì 20 marzo 2013

**Incapacità naturale della parte, scrittura privata autenticata,
imputazione al notaio di falso ideologico
(Parere *pro veritate*)**

La fattispecie.

Il parere viene richiesto con riferimento ai fatti, alle accuse ed agli atti – riguardanti il Notaio dott. – di cui alla sentenza n. Reg. Sent., pronunciata dal Giudice per l’udienza preliminare presso il Tribunale di in data, nell’ambito del processo penale n. R.G. N.R.

In data 1 dicembre 2010 il notaio autenticava una scrittura privata, con la quale C.B., novantenne, titolare dell’omonima impresa individuale, conferiva procura speciale a V.A. al fine di stipulare un atto costitutivo di società in accomandita semplice, con assunzione da parte della mandante della qualifica di socio accomandante e conferimento della propria azienda. Nell’atto di autenticazione, il notaio attestava di essere certo “della identità personale, veste rappresentativa e poteri” della mandante, e dichiarava che la stessa aveva sottoscritto in sua presenza la procura “previa lettura data” dal medesimo notaio.

In data 18 dicembre 2010 il medesimo notaio autenticava l’atto costitutivo della società, al quale partecipava – in nome e per conto di C.B. – il nominato procuratore; anche in questo caso il notaio attestava nell’autentica di essere certo della “identità personale, veste rappresentativa e poteri” delle parti.

Il notaio è stato, quindi, successivamente imputato del reato di falso ideologico in atto pubblico, non avendo indagato (in asserita violazione dell’art. 47 della legge notarile) sulle condizioni di capacità di C.B. al momento del rilascio della procura; ed avendo successivamente autenticato l’atto costitutivo della società avvalendosi della suddetta procura di cui, secondo il capo di imputazione, “sapeva l’invalidità e non genuinità”.

C.B. decedeva poco dopo (il 18 gennaio 2011). La stessa non è stata mai interdetta o inabilitata. Con la sentenza sopra citata, il tribunale di Trento

riconosceva il notaio colpevole del reato di falsità ideologica sopra descritto.

I quesiti.

1) Tenuto conto dei fatti e degli atti di cui al processo penale sopra indicato, quali sono i criteri per distinguere fra “atto pubblico notarile” (ex art. 47 ss. Legge notarile) e “scrittura privata autenticata” (ex art. 72 Legge notarile)?

2) Gli atti in relazione ai quali, nell’ambito del processo penale sopra indicato, sono state mosse al dott. le accuse di falsità ideologica, sono atti riconducibili alla tipologia degli “atti pubblici notarili” (ex art. 47 ss. Legge Notarile) o delle “scritture private autenticate” (ex art. 72 Legge Notarile)?

3) In relazione alla disciplina prevista dalla legge notarile per gli atti di autenticazione di sottoscrizioni apposte a scritture private, quali sono i compiti e gli obblighi del notaio nell’accertamento della volontà e della capacità del sottoscrittore, e quale responsabilità è a tal fine configurabile nei confronti del notaio medesimo?

4) In relazione ai fatti ed agli atti di cui al processo penale sopra indicato, può dirsi giuridicamente fondata, alla luce di quanto la legge notarile impone al Notaio, l’accusa di falsità ideologica contestata al dott.?

Le principali fonti normative rilevanti.

A norma dell’art. 479 c.p., risponde del *reato di falsità ideologica, commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici*, “il pubblico ufficiale, che, ricevendo o formando un atto nell’esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità”.

Per l’art. 1 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile), i *notai* “sono ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie i certificati e gli estratti”.

Tra le funzioni notarili rientra l’*autenticazione delle sottoscrizioni apposte a scritture private* (cfr. l’art. 2703, comma 1, c.c.). A norma dell’art. 2703, comma 2, c.c., “l’autenticazione consiste nell’attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare l’identità della persona che sottoscrive”. Il disposto codicistico è completato (cfr. l’art. 60 l.n.) da alcune disposizioni della legge e del regolamento notarile. A norma dell’art. 72, comma 1, l.n., “l’autenticazione delle firme apposte in fine delle scritture private ed in margine dei loro fogli intermedi è stesa di seguito alle firme medesime e deve contenere la dichiarazione che le firme furono apposte in presenza del notaio e, quando occorrono, dei testi e dei fidejacenti, con la data e l’indicazione del luogo”. A norma dell’art. 86, commi 1 e 2, reg. not. (R.D. 10 settembre 1914, n. 1326), “l’autenticazione delle firme apposte alle scritture private, giusta il disposto dell’art. 72 della legge, consiste in un’unica dichiarazione redatta in fine delle

scritture stesse, *senz'altra formalità oltre a quelle prescritte dal detto articolo*. Il notaio deve attestare che le sottoscrizioni, tanto in fine delle scritture, quanto nei fogli intermedi, sono state apposte in conformità di quanto dispone l'art. 1323 del Codice civile (*del 1865; ora art. 2703 c.c. 1942: n.d.r.*), in presenza sua e dei testimoni, ed anche dei fidefacenti, quando siano intervenuti”. Si consideri, ancora, l'art. 25, comma 2, del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), richiamato dall'art. 47-bis, l. not., “L'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico”.

La *diversa efficacia probatoria dell'atto pubblico e dell'autenticazione di scritture private* risulta chiaramente dagli artt. 2700 e seguenti del codice civile. A norma dell'art. 2700, “l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, 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”. Invece, a norma dell'art. 2702 c.c., “la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta”. L'art. 2703, comma 1, dispone poi che “si ha per riconosciuta la sottoscrizione autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato”.

Per quanto concerne la *disciplina civilistica degli atti compiuti da persone incapaci di intendere e di volere*, l'art. 1425 c.c. stabilisce che “Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare. È parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace d'intendere o di volere”. A norma dell'art. 428 c.c., “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. 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. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto. Resta salva ogni diversa disposizione di legge”.

Quanto ai *doveri del notaio, con particolare riguardo alla verifica della capacità di agire*, occorre innanzitutto considerare la previsione dell'art. 27, comma 1, l. not., a norma della quale “il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto”. D'altra parte, a norma dell'art. 28, n. 1, l. not., “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”. L'art. 54 reg. not. dispone che “i notari non possono rogare contratti, nei quali

intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentati giuridicamente obbligarsi”. Di rilievo anche le previsioni dei successivi articoli 55 e 56 del regolamento: a norma dell’art. 55 reg. not., “I cancellieri dei Tribunali, delle Corti o sezioni di Corte di appello debbono trasmettere prontamente al Consiglio notarile ed all’archivio notarile del luogo un estratto di tutte le sentenze civili e penali divenute irrevocabili, portanti interdizione, inabilitazione, dichiarazione di fallimento, annullamento di concordato tra falliti e loro creditori, o condanna a pene che costituiscono il condannato nello stato d’interdetto legale. Il presidente del Consiglio notarile, dopo averne fatto prendere annotazione nel registro per la corrispondenza di cui all’art. 99, n. 1, del presente regolamento, deve comunicare il detto estratto per copia ai notari del distretto ed ai presidenti degli altri Consigli notarili, compresi nella circoscrizione territoriale della Corte d’appello acciocché essi possano comunicarlo ai notari del rispettivo distretto. Allo stesso modo deve provvedere il conservatore dell’archivio nei riguardi degli altri conservatori della circoscrizione medesima. Gli estratti suddetti saranno riuniti e conservati in apposito fascicolo. La stessa disposizione deve osservarsi per le sentenze e per gli altri provvedimenti in forza dei quali l’interdizione od inabilitazione sia revocata o venga a cessare, e per le sentenze passate in cosa giudicata, con le quali si omologano i concordati per causa di fallimento, affinché sia proceduto alle necessarie cancellazioni ed annotazioni nell’elenco prescritto dall’articolo seguente”. L’art. 56 reg. not. dispone poi che “sarà tenuto affisso permanentemente nello studio dei notari un elenco che indichi il cognome, il nome, la paternità e la professione delle persone interdette, inabilite, o dichiarate fallite nel distretto di ogni Corte o sezione di Corte di appello, la data della loro interdizione, inabilitazione o dichiarazione di fallimento, e della sentenza che le ha pronunciate”.

E’ stata invocata in particolare, nel procedimento penale in esame, la disposizione dell’art. 47, comma 2, l. not. (*indagine della volontà delle parti*), a norma della quale “il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell’atto”. La disposizione deve essere ora letta alla luce di quelle contenute negli artt. 47-*bis* e 47-*ter*, di recente inserite, nella legge notarile, dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 110. A norma dell’art. 47-*bis* l. not., “All’atto pubblico di cui all’articolo 2700 del codice civile, redatto con procedure informatiche si applicano le disposizioni della presente legge e quelle emanate in attuazione della stessa. L’autenticazione di cui all’articolo 2703, secondo comma, del codice civile, è regolata, in caso di utilizzo di modalità informatiche, dall’articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”. A norma dell’art. 47-*ter* l. not., “Le disposizioni per la formazione e la conservazione degli atti pubblici e delle scritture private autenticate si applicano, in quanto compatibili, anche ai documenti informatici di cui ai commi 1 e 2 dell’articolo 47-*bis*. L’atto pubblico informatico è ricevuto in conformità a quanto previsto dall’articolo 47 ed è letto dal notaio mediante l’uso e il controllo personale degli strumenti informatici. Il notaio nell’atto pubblico e nell’autenticazione delle firme deve attestare anche la validità dei certificati di firma eventualmente utilizzati dalle parti”. Va infine evidenziato che la violazione dell’art. 47 l. not. comporta – a norma del successivo art. 58, n.

4 – la nullità dell’atto notarile (con conseguente conversione, *ex art.* 2701 c.c., dello stesso in scrittura privata, ove ne sussistano i presupposti).

La distinzione tra atto pubblico e scrittura privata autenticata. In particolare, sull’indagine della volontà delle parti.

L’espressione “*atto notarile*” è utilizzata, dalla legge 16 febbraio 1913, n. 89, in una duplice accezione. Nella maggior parte delle disposizioni, la stessa individua – per comune interpretazione – quella particolare *species* di atto notarile che è rappresentata dall’*atto pubblico*, “ricevuto” o “rogato” dal notaio (così, in particolare, gli artt. 47, comma 1, 51, 58; la rubrica del Capo I del Titolo III (“Della forma degli atti notarili”); gli artt. 53 e 54 l. not.). Talvolta, invece, l’espressione indica il più ampio *genus* degli atti posti in essere dal notaio, all’interno del quale sono ricomprese anche le *autenticazioni* delle sottoscrizioni apposte a scritture private: così, in particolare, la rubrica del Titolo III (“Degli atti notarili”), il cui successivo Capo II ha ad oggetto tutti i suddetti atti (“Della custodia degli atti presso il notaio e dei repertori”), ed il cui Capo IV disciplina, tra l’altro, le “autenticazioni”. L’art. 47 del Codice deontologico notarile¹ dispone che “L’«atto pubblico» costituisce la forma primaria e ordinaria di «atto notarile», che il notaio deve generalmente utilizzare nella presunzione che ad esso le parti facciano riferimento quando ne richiedono l’intervento, se non risulti una loro diversa volontà e salvo la particolare struttura dell’atto”. Si ritiene comunemente che gli atti “minori” – tra i quali viene solitamente inclusa anche la *procura* – rientrino tra quelli la cui “particolare struttura” legittima in via generalizzata, sul piano deontologico, l’utilizzo della scrittura privata autenticata, in luogo dell’atto pubblico.

D’altra parte, all’interno della categoria degli atti pubblici, quale individuata dagli artt. 2699 e 2700 c.c., quella dell’“*atto pubblico notarile*” costituisce una particolare *species*, caratterizzata dall’applicazione di rigorose regole di forma e procedurali (cfr. in particolare gli artt. 27 e 28, e gli artt. 47 ss. l. not.), che non hanno riscontro riguardo agli atti pubblici redatti da altri pubblici ufficiali diversi dal notaio.

Sul versante *penalistico*, non vi è dubbio che le norme che disciplinano i reati contro la fede pubblica, ed in particolare quelle che riguardano i reati di falso in atto pubblico, si riferiscono a *tutti gli atti pubblici*, e che vi sono comprese anche le *autenticazioni*, di cui all’oggetto del presente parere; in particolare, l’autentica c.d. formale (disciplinata dall’art. 2703 c.c., e dall’art. 72 l. not.) rientra nel concetto di “atto pubblico” menzionato dall’art. 479 c.p.². Le norme della legge notarile e del codice civile che disciplinano l’autenticazione, ad avviso della

¹ “Principi di deontologia professionale dei notai”, approvati con deliberazione del Consiglio nazionale del Notariato in data 5 aprile 2008, n. 2/56 (in G.U. n. 177 del 30 luglio 2008).

² Cass. pen. 7 luglio 2005, in *Ced*, rv. 232722; Cass. pen. 6 maggio 2003, in *Ced*, rv. 227713; Cass. pen. 9 ottobre 1997, in *Ced*, rv. 209985; Cass. pen. 14 novembre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 622; Cass. pen. 10 ottobre 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 857; Cass. pen. 13 novembre 1986, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Falsità in atti*, n. 45, in *Giur. it.*, 1988, II, c. 152, ed in *Vita not.*, 1987, p. 862; Cass. pen. 20 maggio 1986, in *Vita not.*, 1987, p. 387; Cass. pen. 3 dicembre 1985, in *Riv. pen.*, 1986, p. 595; Cass. pen. 7 febbraio 1984, in *Riv. pen.*, 1984, p. 1080; Cass. pen. 7 ottobre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, c. 283; Cass. pen. 4 giugno 1982, in *Riv. pen.*, 1983, p. 804; Cass. pen. 6 luglio 1981, in *Vita not.*, 1982, p. 1334.

giurisprudenza, integrano a tutti gli effetti il precetto penale ³.

Un ulteriore chiarimento preliminare si impone: sia l'atto pubblico che la scrittura privata (autenticata e non) sono *documenti*, ossia *res signatae* che possono incorporare i più svariati atti giuridici. La distinzione tra *documento* (contenente) e *atto giuridico* (contenuto) è ormai acquisita alla scienza giuridica ⁴, e financo alla legislazione (si considerino, a titolo esemplificativo, l'art. 2699 c.c., l'art. 1, comma 1, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, l'art. 1, comma 1, lett. p) e p-bis) del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Da essa dottrina e giurisprudenza non traggono, tuttavia, sempre le necessarie conseguenze. Prima fra le quali la consapevolezza che il documento appartiene alla materia delle *prove* ("prova documentale" è la rubrica del Capo II del Titolo II del libro VI del codice civile), e quindi ha senso discorrere solamente del tipo di *efficacia probatoria* che la legge ricollega alle diverse categorie di documenti, non già del profilo della *validità*, che non può che riguardare soltanto la diversa categoria dell'*atto giuridico* ⁵. Per tale ragione, il riferimento – nella sentenza che ha dato luogo al presente parere – alla assunta "invalidità" della procura autenticata dal notaio appare privo di significato nell'ottica penalistica (ma di ciò si dirà meglio oltre).

Tornando alla *distinzione tra atto pubblico notarile, e scrittura privata autenticata da notaio*, entrambe queste tipologie di documento costituiscono oggetto di una *disciplina comune*, contenuta nella legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) e nel relativo regolamento di attuazione (r.d. 10 settembre 1914, n. 1326): si pensi, a titolo esemplificativo, all'obbligo di prestare il proprio ministero (art. 27 l.n.), al divieto di ricevere o autenticare atti proibiti dalla legge (art. 28 l.n., come modificato dall'art. 12, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246), alle norme relative al repertorio e alla conservazione degli atti (artt. 61, 62, 47-ter, comma 1, 62-ter, 106, n. 4, l.n.), ad alcune norme in materia di atto informatico (artt. 47-ter, commi 1 e 3, e 57-bis l.n.), alle modalità di accertamento dell'identità personale (art. 49 l.n.), alla rettifica di errori materiali (art. 59-bis l.n.), alla verifica della capacità legale di agire e della legittimazione delle parti (art. 54 reg. not.) ⁶. Altre disposizioni della legge notarile, invece, riguardano

³ Cass. pen. 7 ottobre 1987, in *Foro it.*, 1990, II, c. 487, con nota di PETRAGNANI GELOSI, *Autentica di firma e responsabilità penale del notaio*; Cass. 7 febbraio 1984, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Legge penale*, n. 4.

⁴ Sul concetto giuridico di documento, e sulla sua distinzione rispetto all'atto giuridico in esso contenuto, cfr. per tutti LANDINI, *Documento e sottoscrizione*, in *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 57; LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2005; DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1997; GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950; PATTI, *Documento*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 1; ANGELICI, *Documentazione e documento (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; CANDIAN, *Documento e documentazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579; CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, in *Novissimo dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 85; NAVONE, *La teoria giuridica del documento nel sistema della prova civile*, in *Studi in onore di Majello*, II, Napoli, 2005, p. 301; BELVEDERE, *Documento*, in *Glossario*, Milano, 1994; IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 239.

⁵ Per l'irrelevanza, ed inconferenza, del giudizio di validità nella disciplina delle prove documentali, cfr. per tutti Cass. 7 agosto 2000, n. 10375, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Prova documentale*, n. 35; Cass. 20 novembre 1996, n. 10219, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1218; Cass. pen. 3 maggio 1985, in *Riv. pen.*, 1986, p. 725; Cass. pen. 22 giugno 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, c. 289; DINACCI, *La invalidità dell'atto nella teoria del falso punibile*, in *Giust. pen.*, 1984, II, c. 258.

⁶ Sull'obbligo di verifica della capacità legale di agire da parte del notaio, v. tra gli altri ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, p. 109; RIGANÒ, *Efficacia probatoria*

esclusivamente la *forma ed il procedimento dell'atto pubblico*: così gli artt. 47, comma 1 e 48 (assistenza di testimoni) e comma 2 (indagine della volontà delle parti), 47-bis, comma 1, 47-ter, comma 2, 52-bis (atto pubblico informatico), 51 (formalità nell'atto pubblico), 54, 55, 56 e 57 (atti con soggetti che non conoscono la lingua italiana, sordi o muti), 58 (nullità dell'atto pubblico), 70, comma 1 l.n. (rilascio di atti in originale). Altre ancora, infine, la sola *autenticazione di firme*: così gli artt. 72, 47-bis, comma 2, l.n. (formalità dell'autentica), l'art. 86 reg. not. (formalità dell'autentica), l'art. 1 della legge 2 aprile 1943, n. 226 (assistenza di testimoni)⁷.

Con specifico riguardo alle *formalità disciplinate dagli artt. 47 ss. l.n.*, si concorda nel ritenerle *inapplicabili alle autenticazioni*⁸, sulla base di diversi argomenti. Innanzitutto, la previsione dell'art. 86 reg. not., a norma del quale l'autenticazione consiste in un'unica dichiarazione redatta alla fine della scrittura privata (a norma dell'art. 72 l.n., oltre che dell'art. 2703 c.c.), "*senz'altra formalità oltre a quelle prescritte dal detto articolo*": vige, cioè, un regime di tassatività delle formalità di autenticazione, che rende automaticamente inapplicabili le previsioni della legge notarile, diverse dall'art. 72. In secondo luogo, alcuni profili sono distintamente ed autonomamente regolati per l'atto pubblico e per l'autenticazione, il che non avrebbe senso se le norme sull'atto pubblico dovessero applicarsi anche all'autenticazione: si pensi alla menzione della presenza dei testimoni (rispettivamente, art. 48, ultimo periodo, l.n., e art. 1 della legge n. 226/1943), e all'obbligo di accertamento dell'identità personale (art. 49 l.n., e art. 2703, comma 2, c.c.). Soprattutto, però, *sono le diverse natura e funzione dei due atti a giustificare il più pregnante formalismo e le maggiori garanzie che assistono la formazione dell'atto pubblico*: "autore" di quest'ultimo è il notaio⁹, il quale dopo aver indagato la volontà delle parti dirige personalmente la compilazione dell'atto, nel quale trasfonde – con appropriato linguaggio giuridico – le dichiarazioni a lui rese dalle parti: dichiarazioni che sono quindi "filtrate" dall'opera del notaio, il quale adegua la volontà delle parti ai precetti

dell'atto pubblico e attestazione del notaio sulla capacità della parte intervenuta, in *Notariato*, 1999, p. 229; PISCHETOLA, *L'accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, in *Riv. not.*, 2003, p. 395 ss.; Cass. 29 ottobre 1971, n. 3066, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 461, con nota di BARATTA, *Funzione notarile ed onere per il notaio di accertare la capacità legale delle parti in un atto pubblico*; Cass. 19 maggio 2009, n. 11569, in *Vita not.*, 2009, p. 1543.

⁷ Sulla disciplina applicabile all'autenticazione delle sottoscrizioni apposte a scritture private, cfr. in generale PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1427.

⁸ Cfr. CASU-SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, p. 467; CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano-Roma, 1996, p. 395 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1431; BOERO, *La legge notarile commentata*, II, Torino 1993, p. 439 ss.; PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano 1992, p. 181 ss.; DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 276 ss.; TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, in *Vita not.*, 1980, p. 282 ss.; FALZONE-ALIBRANDI, *Autenticazione di sottoscrizioni*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, Roma 1973, p. 249.

⁹ Sul notaio come unico autore dell'atto pubblico (mentre le parti rimangono autrici delle dichiarazioni negoziali, ivi contenute), cfr. tra gli altri PATTI, *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1996, p. 13-14, e p. 31; LENER, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, in *Riv. not.*, 1978, p. 993 ss.; BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, cit., p. 6; MONTESANO, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 103; CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 517.

dell'ordinamento giuridico¹⁰, senza limitarsi – come avviene invece nel caso di autenticazione – ad accertare la provenienza delle dichiarazioni contenute nella scrittura ed a valutarne la liceità¹¹. E' proprio la penetrante indagine della volontà da effettuarsi ad opera del notaio a costituire il *proprium* dell'atto pubblico notarile, ed a giustificare l'imposizione di quest'ultima forma ad alcuni atti particolarmente importanti, caratterizzati da esigenze di protezione di una o più parti (es., donazioni e convenzioni matrimoniali), o da esigenze di particolare univocità e chiarezza del documento nell'interesse dei terzi e del traffico giuridico (es., atti costitutivi e modificativi di persone giuridiche (art. 14 c.c.) e società di capitali (artt. 2328, 2463 c.c.)¹²; atti di destinazione soggetti a trascrizione, ex art. 2645-ter c.c.)¹³. Recenti provvedimenti legislativi hanno avvicinato, sotto diversi profili, la disciplina dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata, in particolare per quanto riguarda il controllo obbligatorio di legalità (art. 28, n. 1, l.n., come modificato dall'art. 12, comma 1, della legge n. 246/2005)¹⁴, la conservazione degli atti (art. 72, ult. comma, l.n., come modificato dalla suddetta legge n. 246/2005), l'efficacia di titolo esecutivo (art. 474 c.p.c., come modificato dall'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, e dall'art. 1 della legge 28 dicembre 2005, n. 263)¹⁵. *La disciplina dell'indagine della volontà delle parti, ex art. 47, comma 2, l.n., è rimasta – dopo tali riforme – la differenza più pregnante fra atto pubblico e scrittura privata autenticata*¹⁶. Il che spiega come mai alcune norme poste a tutela di determinati soggetti (parti che non conoscono la lingua italiana, sordi, muti) non trovino applicazione in caso di adozione della scrittura privata autenticata: perché nei casi in cui la legge ritiene sufficiente questa tipologia di documento, *il notaio non è tenuto a verificare la sussistenza, in capo alle parti, della volontà del contenuto e degli effetti dell'atto*¹⁷.

Da rilevare, ancora, che le *sanzioni disciplinari* comminate al notaio per le infrazioni alla disciplina degli atti pubblici sono molto più gravi, rispetto a quelle riguardanti le autenticazioni: mentre la violazione dell'art. 72 l.n. comporta unicamente l'applicazione di una sanzione pecuniaria da 5 a 45 euro (anche in caso di recidiva), è invece sanzionata con la sospensione la violazione

¹⁰ Sull'attività notarile di adeguamento, v. tra gli altri CASU, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. not.*, 1998, p. 561 ss.

¹¹ Sulla natura "estrinseca" del controllo di legalità operato dal notaio autenticante, in contrapposizione al controllo di legalità "intrinseco" che caratterizza l'atto pubblico, grazie all'attività di indagine della volontà ex art. 47 l.n., v. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 209 ss.; BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. not.*, 1978, p. 698.

¹² Per la costituzione di società di persone – come nel caso della società in accomandita semplice in oggetto – e relativa pubblicità nel registro delle imprese è invece sufficiente la forma della scrittura privata autenticata (artt. 2296 e 2315 c.c.).

¹³ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, in *Riv. not.*, 2006, p. 39 ss.; ID., *Ancora su atto costitutivo e statuto: il contenuto dell'atto pubblico e l'essenza della funzione notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 377 ss.

¹⁴ Cfr. PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 73 ss.

¹⁵ PETRELLI, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2005, p. 542.

¹⁶ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 78 ss.

¹⁷ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 37 ss.

dell'obbligo di indagare la volontà delle parti (art. 47 l.n.), come pure la violazione di norme relative alla forma degli atti pubblici (come l'art. 51 nn. 1, 8, 10, 11 e 12, e gli artt. 54, 55, 56, 57, che in alcuni casi di recidiva dà luogo addirittura alla destituzione del notaio (artt. 138 e 142 l.n.). Questo maggiore rigore – nell'ipotesi di violazione dei formalismi dell'atto pubblico rispetto a quelli dell'autenticazione – si giustifica proprio in funzione della finalità fondamentale dei primi, che è quella di assicurare la conformità del contenuto dell'atto al volere delle parti; finalità che non è presente nella disciplina dell'autenticazione, caratterizzata da uno scopo ben più limitato.

Le previsioni normative che, nell'individuare i *titoli idonei alla pubblicità legale* (cfr. ad esempio gli artt. 2657, 2821, 2835, 2296, 2556 c.c.) equiparano l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata non contraddicono quanto sopra: le finalità di sicurezza della circolazione giuridica sono, infatti, adeguatamente soddisfatte anche quando ad essere trascritta o iscritta è una scrittura privata autenticata, che presuppone al pari dell'atto pubblico il controllo di legalità sostanziale ad opera del notaio (art. 28 l.n.), come pure la verifica della legittimazione (art. 54 r.n.) e dell'identità delle parti (art. 2703 c.c., e art. 49 l.n.)¹⁸. La forma dell'atto pubblico è richiesta quale veicolo esclusivo ai fini della pubblicità legale, come già detto, nei soli casi in cui si impone una particolare univocità del contenuto dell'atto, la quale a sua volta postula una approfondita indagine della volontà da parte del notaio, e la redazione da parte di quest'ultimo – giurista esperto – dell'atto medesimo (cfr. ad es. gli artt. 2645-ter, 2325, 2436, 2463 c.c.).

L'indagine della volontà delle parti è talmente “consustanziale” all'essenza dell'atto pubblico notarile che l'art. 58, n. 4, commina addirittura la *nullità* dello stesso atto pubblico in caso di mancata osservanza dell'art. 47, comma 2, l.n. A tale nullità (documentale)¹⁹ consegue la *conversione*, ex art. 2701 c.c., del documento *in scrittura privata* (con l'efficacia probatoria ex art. 2702, salva l'eventuale impugnativa della validità del negozio contenuto nel documento)²⁰. Ciò consente di giungere ad una prima, importante conclusione: il combinato disposto degli artt. 58 e 47 l. not., e dell'art. 2701 c.c., dimostra testualmente che *la scrittura privata fa piena prova della provenienza della dichiarazione, a norma dell'art. 2702 c.c., anche quando la volontà della parte non è stata in alcun modo indagata dal notaio, e non si ha quindi alcuna garanzia circa la volontarietà del contenuto e degli effetti dell'atto.*

¹⁸ PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 585.

¹⁹ Sulla natura “documentale” delle nullità previste dall'art. 58 l. not., cfr. FALZONE-ALIBRANDI, *Nullità dell'atto notarile*, in *Dizionario enciclopedico del Notariato*, III, Roma, 1977, p. 139 ss.; PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, cit., p. 143 ss.; DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., p. 302.

²⁰ Sul fenomeno della “conversione formale”, disciplinato dall'art. 2701 c.c., cfr. tra gli altri BIGLIAZZI-GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 528; BOZZI, *Brevissime note sparse in tema di atto pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 83; ANSALONE, *Conversione di atto pubblico in scrittura privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 251; GANDOLFI, *Alle origini del principio della c.d. "conversione" dell'atto pubblico*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 287 ss.; MONTESANO, *Forma essenziale e documento notarile del negozio nella sentenza civile su falso ideologico e nell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 879; MONTESANO, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 102.

Atto notarile pubblico e falso ideologico del notaio.

Si è visto che l'atto notarile pubblico è destinato a provare, tra l'altro, "le dichiarazioni delle parti" (art. 2700), cioè il fatto che tali dichiarazioni sono state rese dalle parti al notaio. Secondo l'orientamento pacifico di dottrina e giurisprudenza, la piena prova cui si riferisce l'art. 2700 c.c. non si estende però al contenuto intrinseco ed alla veridicità delle dichiarazioni delle parti²¹. L'atto pubblico prova, quindi, qualcosa in più della mera "provenienza" delle dichiarazioni (di cui fa fede l'autentica, a norma degli artt. 2702 e 2703), e qualcosa in meno del "contenuto intrinseco" di esse: per l'esattezza, fa *piena prova della "corrispondenza" tra quanto documentato dal pubblico ufficiale e quanto allo stesso dichiarato dalle parti*²², quindi della corrispondenza tra "dichiarazione delle parti" e "documento redatto dal pubblico ufficiale", e che quest'ultimo abbia trasposto fedelmente nel documento quanto dichiaratogli dalle parti: il difetto di veridicità della documentazione pubblica può essere di conseguenza fatto valere solo mediante querela di falso²³.

La giurisprudenza ha, invece, in più occasioni affermato – e si tratta di posizione sicuramente condivisibile – che *“l'apprezzamento da parte del notaio rogante della capacità ... non è coperto dalla fede privilegiata di cui all'art. 2700 c.c. e neppure costituisce una fonte di prova tipica, costituendo il contenuto di un giudizio di un terzo, peraltro neppure fornito di particolari cognizioni tecniche, che possano attribuire a tale giudizio una particolare attendibilità”*²⁴. La dottrina, dal canto suo,

²¹ E' noto che – secondo l'orientamento pacifico di dottrina e giurisprudenza – la piena prova cui si riferisce l'art. 2700 c.c. non si estende al contenuto intrinseco ed alla veridicità delle dichiarazioni delle parti: cfr., tra gli altri, PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 45; TONDO, *Il documento notarile nel sistema delle prove*, in *Vita not.*, 1987, p. 482 ss.; BRUGI-DOSSETTO, *Atti pubblici*, in *Novissimo dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 1523 ss.; Cass. 25 maggio 2006, n. 12386, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Prova documentale*, n. 22; Cass. 17 giugno 1999, n. 6018, in *Riv. not.*, 2000, p. 445; Cass. 30 luglio 1998, n. 7500, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Simulazione civile*, n. 14; Cass. 20 novembre 1996, n. 10219, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1218; Cass. pen. 2 ottobre 1980, in *Vita not.*, 1981, p. 1111; Cass. pen. 13 giugno 1980, in *Cass. pen.*, 1982, p. 70.

²² Cfr., tra gli altri, TONDO, *Il documento notarile nel sistema delle prove*, cit., p. 489 ss.; LENER, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, in *Riv. not.*, 1978, p. 989 ss.; MONTESANO, *Forma essenziale e documento notarile del negozio nella sentenza civile su falso ideologico e nell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, cit., p. 879 ss.; ID., *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, cit., p. 105; GIAMPICCOLO, *Sulla rettifica dell'atto solenne viziato da falsità ideologica*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III, p. 214 ss.

²³ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 43 ss., 48 ss.

²⁴ Cass. 28 novembre 1998, n. 12099, in *Notariato*, 1999, p. 226, con nota adesiva di RIGANÒ, *Efficacia probatoria dell'atto pubblico e attestazione del notaio sulla capacità della parte intervenuta*, la quale pone in evidenza tra l'altro come l'efficacia di prova legale, di cui agli artt. 2700 ss. c.c., costituisca una deroga al principio del libero convincimento del giudice, previsto dall'art. 116 c.p.c. Ed è proprio tale natura derogatoria a giustificare il fatto che l'efficacia di prova legale debba considerarsi eccezionale, e riferita ai soli profili individuati dal legislatore.

Cfr. anche, nel medesimo senso, Cass. 2 agosto 1966, n. 2152, in *Ced*, rv. 324196 (*“Le attestazioni del notaio, che ha redatto il testamento pubblico, circa lo stato di sanità mentale del testatore, non fanno fede fino a querela di falso”*); Cass. 18 agosto 1981, n. 4939, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Successione ereditaria*, n. 73 (*“Lo stato di sanità mentale, benché ritenuto e dichiarato dal notaio che redige il testamento pubblico, può essere contestato con ogni mezzo di prova, senza bisogno di proporre querela di falso”*); Cass. 27 aprile 2006, n. 9649, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Prova documentale*, n. 1 (*“L'atto pubblico redatto dal notaio fa fede fino a querela di falso relativamente*

concorda con la suddetta posizione²⁵, evidenziando da un lato la necessità che il notaio operi diligentemente nel ricevere l'atto pubblico, ma chiarendo d'altro lato che lo stesso non è in possesso delle cognizioni tecniche (proprie dei settori medico e psicologico) necessarie al fine di valutare lo stato di capacità di intendere e di volere delle parti; ed affermando di conseguenza che egli non può essere tenuto a compiere accertamenti su tale piano, in assenza oltretutto di una norma che tale controllo imponga²⁶. Da ciò dovrebbe derivare che se l'attestazione espressa della capacità di intendere e di volere non può di regola ritenersi assistita dall'efficacia di prova privilegiata, neanche può esserlo la presunta attestazione "implicita", che si voglia ricavare dal solo fatto di aver ricevuto l'atto pubblico.

Il ricevimento dell'atto pubblico *postula però necessariamente che il notaio abbia effettuato l'indagine della volontà delle parti*, obbligo inderogabilmente imposto a suo carico dall'art. 47 l. not.: per tale ragione, *la documentazione delle dichiarazioni delle parti nell'atto pubblico conterrebbe* – secondo la più recente giurisprudenza – *l'attestazione implicita*²⁷ *da parte del notaio di aver indagato tale volontà*. Nel caso in cui il notaio abbia riportato nell'atto pubblico dichiarazioni delle parti, in assenza di indagine della relativa volontà, dovrebbe ritenersi integrato – secondo la giurisprudenza – il delitto di cui all'art. 479 c.p. (falsa attestazione "implicita" che tale indagine è stata da lui compiuta)²⁸. L'elemento soggettivo

alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti dal medesimo compiuti, *ma tale efficacia probatoria non si estende anche ai giudizi valutativi che lo stesso abbia eventualmente svolto, tra i quali va compreso quello relativo al possesso, da parte di uno dei contraenti, della capacità di intendere e di volere*"; Cass. 9 marzo 2012, n. 3787, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Prova documentale*, n. 16 ("L'atto pubblico fa fede fino a querela di falso soltanto relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti dal medesimo compiuti, *non estendendosi tale efficacia probatoria anche ai giudizi valutativi eventualmente espressi, tra i quali va compreso quello relativo al possesso, da parte di uno dei contraenti, della capacità di intendere e di volere*; ne consegue che *l'autenticazione, da parte del notaio, della firma apposta in calce ad un atto di delega non costituisce prova legale della validità del consenso manifestato dal sottoscrittore*").

²⁵ Si vedano in particolare COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, Milano, 1924, p. 522 (il quale avvertiva come l'atto notarile non fa piena fede "delle affermazioni del pubblico ufficiale che si risolvono in suoi personali apprezzamenti, come se egli dica che le parti son sane di mente, che han dichiarato la loro volontà senza errore dolo violenza ecc., perché questi sono fatti di cui *non habet notitiam propriis sensibus*"); GIULIANI, *Il documento notarile*, in *Riv. not.*, 1950, p. 391 ss.; TONDO, *Controllo notarile sui presupposti dell'atto negoziale*, in *Studi e materiali*, I, a cura del Consiglio nazionale del Notariato, Milano, 1986, p. 368; TRIOLA, *Gli atti espressamente proibiti dalla legge nell'art. 28 n. 1 l.n.*, in *Vita not.*, 1986, p. 44; BOERO, *La legge notarile commentata*, I, Torino, 1993, p. 216 ss.; MAZZOLA, *Notaio e Notariato*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino 1995, p. 236; ANDRINI, *Invalità e articolo 28 della legge notarile*, in *Vita not.*, 1998, p. 419; LEO, *Incapacità naturale e attività notarile*, in *Riv. not.*, 1999, p. 1037; PISCHETOLA, *L'accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, in *Riv. not.*, 2003, p. 393; DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 181; FUSARO, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, p. 408.

²⁶ V. per tutti RIGANÒ, *Efficacia probatoria dell'atto pubblico e attestazione del notaio sulla capacità della parte intervenuta*, cit., p. 229; LEO, *Incapacità naturale e attività notarile*, cit., p. 1041.

²⁷ Sul regime delle c.d. attestazioni implicite ai fini dei delitti di falso ideologico, cfr. NAPPI, *Falso e legge penale*, Milano, 1999, p. 120 ss.

²⁸ Cfr. Cass. pen. 26 aprile 2012, n. 24972, in *Ced. rv.* 253321 ("In tema di falso documentale, nel caso di falsa dichiarazione, in sede di rogito notarile, del venditore in ordine alla proprietà del bene, è configurabile in capo al notaio (salvo ogni accertamento in ordine all'elemento soggettivo), la responsabilità penale a titolo di concorso per omesso impedimento della falsa e

(dolo) consisterebbe in tal caso nella consapevolezza della *immutatio veri*, che si accompagna a tale implicita attestazione (ed anche all'attestazione di aver ricevuto "dichiarazioni" che in realtà non potrebbero considerarsi effettivamente rese).

Il passaggio successivo, che la giurisprudenza effettua è, a questo punto, di agevole comprensione: *l'indagine della volontà presuppone necessariamente che tale volontà vi sia, e quindi che sussista la capacità di intendere e di volere della parte dell'atto pubblico*²⁹, il quale conterrebbe, quindi, l'"attestazione implicita" del notaio di aver indagato la volontà delle parti, e di aver a tal fine verificato l'esistenza della suddetta capacità di intendere e di volere. Da notare che nel caso dell'atto pubblico si parla della *volontà del contenuto dell'atto e dei relativi effetti*: quindi di una volontà riferita ad elementi complessi, di fatto e di diritto, la quale postula l'esistenza di un "elevato" livello di capacità di intendere e di volere (non certamente paragonabile alla mera "volontarietà dell'emissione dell'atto", sufficiente al fine di imputare la scrittura privata al suo autore). In questo caso, quindi, dovrebbe essere abbastanza agevole per il notaio cogliere il difetto di capacità della parte nel corso di quella che è stata definita una "approfondita attività al tempo stesso "maieutica" ed "ermeneutica", che in qualche modo richiama il concetto interpretativo di "circolo ermeneutico": a mezzo di tale attività il notaio - interagendo con le parti - individua il loro reale intento (che a volte esse stesse non conoscono pienamente, non avendo contezza delle possibilità offerte dall'ordinamento giuridico, e dei relativi limiti); "incasella" quindi tale intento pratico, mediante l'opportuna attività di "qualificazione", nelle categorie giuridiche offerte dall'ordinamento medesimo"³⁰. Nell'interrogare le parti, nel chiarire loro presupposti e conseguenze delle scelte compiute o da compiersi, nell'illustrare profili civilistici e tributari di tali scelte, il notaio non potrebbe allora non avvedersi dell'esistenza di uno stato perturbativo delle capacità cognitive ed intellettive, tale da impedire alla parte la comprensione di quanto prospettata dal notaio stesso. Questa è la ragione che spinge la giurisprudenza a ritenere che la documentazione nell'atto pubblico delle dichiarazioni delle parti implichi un'*ulteriore "attestazione implicita" del notaio: quella di avere accertato la capacità di intendere e di volere delle parti*, al fine di

rilevante dichiarazione del venditore, considerata la *posizione di garanzia rivestita dal notaio*, la cui prestazione d'opera, in virtù dell'art. 47 l. notarile, non si riduce al mero accertamento della volontà delle parti ma si estende alle attività preparatorie e successive, onde assicurare la certezza dell'atto da rogare e il conseguimento dello scopo tipico, di guisa che la prestazione di detto pubblico ufficiale - quale garante e interprete della validità delle scelte negoziali delle parti - riveste una funzione non solo di mezzi ma anche di risultato; ne consegue che, in tal caso, *per il pubblico ufficiale viene ad integrarsi l'ipotesi criminosa di cui all'art. 479 c.p.* e che il mutamento del titolo opera ex art. 117 c.p. anche per il privato ... In tema di falso documentale, anche nell'atto dispositivo è configurabile la falsità ideologica in relazione alla parte descrittiva in essa contenuta e, più precisamente, in relazione all'attestazione, non conforme a verità, dell'esistenza di una situazione costituente il presupposto indispensabile, anche se implicito, del compimento dell'atto; ne consegue che rivestono rilevanza penale le false dichiarazioni - in sede di rogito notarile - del legale rappresentante di una società in ordine alla proprietà del bene ceduto, in quanto la titolarità della proprietà costituisce presupposto indefettibile del trasferimento e quindi dell'esplicarsi della funzione stessa del rogito").

²⁹ Cfr. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 181 (il quale evidenzia come la volontà che il notaio deve indagare deve "intendersi, ovviamente, come volontà consapevole").

³⁰ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 29-30.

indagarne la volontà, posto che *il ricevimento di un atto pubblico ha come sua condizione imprescindibile tale indagine*. Il notaio che ricevesse un atto pubblico senza avere previamente accertato la capacità di intendere e di volere delle parti commetterebbe pertanto, secondo la suddetta giurisprudenza, il *delitto di falso ideologico in atto pubblico*, a norma dell'art. 479 c.p.³¹. Alla stessa stregua, in definitiva, del notaio che dichiarasse di avere “accertato” l'identità personale della parte, avendo invece unicamente esaminato un documento di identità³². E' evidente, quindi, che il rischio della configurabilità della falsità ideologica in relazione alla suddetta “attestazione implicita” è tanto maggiore, quanto più intensa è la portata dell'indagine della volontà che il notaio è obbligato a compiere: *intensità che è massima nel testamento pubblico*, come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza di legittimità, sancendo la responsabilità penale del

³¹ Cass. pen. 5 luglio 1994, in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 390 (“È configurabile il reato di *falso ideologico in atto pubblico* (art. 479 c.p.) a carico del notaio che consapevolmente ometta di indagare la reale volontà delle parti che compiono un atto di disposizione; ciò perché l'art. 47, 3° comma l. notarile 16 febbraio 1913 n. 89 impone siffatta indagine, quale indefettibile presupposto di fatto o condizione normativa dell'attestazione poi effettuata dal notaio, indipendentemente dalla menzione che questi faccia nell'atto dell'indagine stessa (fattispecie nella quale una persona novantenne aveva stipulato la cessione di quota ereditaria, essendo convinta di prestare il consenso per una fidejussione)”; Cass. pen. 15 gennaio 1999, n. 1399, in *Giust. pen.*, 1999, II, p. 630 (“In tema di falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atti pubblici, poiché l'accertamento del contenuto dell'attestazione, riguarda non solo la formulazione espressa (a volte «neutra» a volte «ambigua») ma anche i suoi presupposti necessari, e cioè le c.d. attestazioni implicite, quando una determinata attività del p.u., non menzionata nell'atto, costituisce indefettibile presupposto di fatto o condizione normativa dell'attestazione, deve logicamente farsi riferimento al contenuto o tenore implicito necessario dell'atto stesso; ne consegue che nell'ipotesi in cui il notaio falsamente attesti che il soggetto stipulante possiede i requisiti di legge in termini di capacità mentale è configurabile il delitto di falsità ideologica non con riferimento a questa dichiarazione, ma all'implicita attestazione, non rispondente al vero, di avere preventivamente svolto un'attività di accertamento o di controllo con le modalità previste dalla legge”). Per le medesime conclusioni – anche se sulla base di una differente motivazione – v. Cass. pen. 10 ottobre 2008, n. 43391, in *Ced*, rv. 242702 (“In tema di falsità ideologica in atti pubblici, il notaio, in qualità di pubblico ufficiale, ha il dovere di esprimersi in linguaggio adeguato alle conoscenze ed all'intelligenza di chi deve sottoscrivere l'atto e, quindi, di accertare che il sottoscrittore ne abbia compreso il significato e le implicazioni ... se il notaio trascura questa necessità per prassi, agisce in maniera imprudente, mentre, se il sottoscrittore manifesta sintomi evidenti di incomprendimento del tenore dell'atto e dei suoi effetti, oppure addirittura assoluta distanza da quanto avviene, il notaio, nel sottoscrivere a sua volta l'atto, rispettivamente accetta il rischio di attestare il falso o vuole direttamente il falso”); Trib. Nocera inferiore 22 giugno 2010, in *Giur. merito*, 2011, p. 1672 (ove l'affermazione che, agli effetti della configurabilità del falso ideologico da parte del notaio, occorra “la prova che il pubblico ufficiale si sia reso conto dello stato di incapacità della parte e, nondimeno, abbia proceduto al rogito dell'atto”).

In dottrina, v. in senso adesivo rispetto a tale orientamento giurisprudenziale (falso ideologico implicito del notaio rogante l'atto pubblico, in presenza di incapacità naturale, conseguente all'obbligo di indagare la volontà delle parti), LALOMIA, *Controllo di legalità, accertamento della capacità naturale delle parti, falso ideologico e concorso nei reati contro il patrimonio nell'attività notarile*, in *Foro ambrosiano*, 2007, p. 17 ss.

³² Cfr., tra le tante, Cass. pen. 19 giugno 2008, n. 38714, in *Ced*, rv. 242023; Cass. 10 maggio 2005, n. 9757, in *Vita not.*, 2005, p. 1088; Cass. pen. 26 novembre 1996, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Falsità in atti*, n. 40; Cass. 13 gennaio 1981, in *Vita not.*, 1982, p. 860. Si veda, poi, Cass. pen. 24 maggio 1985, in *Vita not.*, 1986, p. 394 (“Nell'ipotesi in cui il notaio falsamente attesti di essere certo dell'identità delle parti da lui non conosciute personalmente e preventivamente, è configurabile il delitto di falsità ideologica non con riferimento a questa dichiarazione, ma all'implicita attestazione, non rispondente al vero, di avere preventivamente svolto un'attività di accertamento o di controllo con le modalità previste dalla legge”).

notaio per falsità ideologica a fronte di una evidente incapacità di intendere e di volere del testatore³³. Si noti che, accogliendo la teoria della “attestazione implicita”, il fulcro delle motivazioni delle sentenze di condanna si è significativamente spostato: è come se la giurisprudenza avesse voluto superare l’obiezione dell’assenza, in capo al notaio, delle cognizioni tecniche utili a verificare lo stato psicologico di capacità del soggetto, per collocarsi sul diverso piano dell’adempimento degli obblighi di accertamento da parte del medesimo notaio, ritenuto presupposto imprescindibile e logicamente necessario dell’esercizio delle funzioni notarili e come tale coperto da pubblica fede. In altri termini, il notaio è stato considerato penalmente responsabile non già perché l’atto pubblico sia destinato a fare pubblica fede della capacità delle parti, ma piuttosto perché *lo stesso fatto di aver ricevuto l’atto pubblico costituirebbe “attestazione implicita” di aver adempiuto ai doveri inderogabili previsti dalla legge, primo fra tutti l’indagine della volontà delle parti ex art. 47 l.n.* (e l’accertamento della capacità di agire, ad esso strumentale nella misura in cui la volontà indagata deve essere “cosciente”). Si tratta – almeno nei termini in cui è espressa dalle sentenze richiamate – di una forzatura che non risulta essere stata, finora, adeguatamente evidenziata dalla dottrina³⁴, poiché da un lato *non vi è alcun indice normativo dal quale possa desumersi che l’atto pubblico sia assistito da pubblica fede quanto all’effettivo adempimento degli obblighi* posti a carico del pubblico ufficiale; d’altro lato, come è stato acutamente rilevato, *“quand’anche si volesse ricomprendere tra i “fatti da lui compiuti” l’accertamento della capacità, la pubblica fede coprirebbe l’attività di accertamento, non certo il risultato dell’accertamento stesso”*³⁵. D’altronde, *almeno per gli atti pubblici tra vivi la legge non detta norme di dettaglio circa le modalità con cui l’indagine della volontà deve essere effettuata: partendo da questa constatazione, si è allora sostenuto che operi legittimamente il notaio il quale, in assenza di una previa indagine della volontà, si limiti a chiedere conferma, alle parti, della rispondenza delle dichiarazioni documentate nell’atto pubblico alla loro volontà*³⁶, come del resto richiede

³³ Cass. pen. 5 dicembre 2008, n. 4694, in *Ced*, rv. 242616 (“Integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico la condotta del notaio che, nell’atto di ricevere un *testamento in forma pubblica* - atto solenne, caratterizzato da massimo rigore pubblicistico, che *postula la piena capacità del testatore di esprimere la sua volontà e di comprendere* successivamente la lettura della scheda testamentaria predisposta dal notaio *per controllarne la corrispondenza* alla propria effettiva volontà - attesti di avere ricevuto dichiarazioni di ultima volontà liberamente e spontaneamente espresse dal testatore che, invece, versi in *stato di grave semincoscienza* per il suo stato di salute (nella specie, coma diabetico) attribuendo la mancata sottoscrizione dell’atto a grave debolezza della mano anziché alle predette condizioni fisiche (fattispecie in cui si è ritenuto che *il notaio ha il dovere di accertare la capacità del testatore* per la sussistenza della quale *non è sufficiente che questi si limiti a segni del capo o movimenti corporei*, nella specie liberamente interpretati da soggetto che gli stia accanto e del quale si ometta di attestarne la presenza, e che, d’altro canto, lo stato di salute mentale, ancorché dichiarato dal notaio rogante, può essere, anche in sede civile, ai fini della validità del testamento pubblico, contestato con ogni mezzo di prova, senza neanche bisogno di proporre querela di falso”).

³⁴ In giurisprudenza, per la contestazione della teoria del falso ideologico “implicito”, cfr. Cass. pen. 4 novembre 1996, in *Diritto penale e processo*, 1997, p. 842, con nota di MONTEVERDE, *Il falso ideologico implicito ai margini dell’attività notarile*.

³⁵ DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., p. 181.

³⁶ Trib. Milano 16 gennaio 2007, in *Foro ambrosiano*, 2007, p. 8, con nota di LALOMIA, *Controllo di legalità, accertamento della capacità naturale delle parti, falso ideologico e concorso nei reati contro il patrimonio nell’attività notarile*.

espressamente l'art. 67, comma 1, reg. not. (a norma del quale "Spetta al notaio di dirigere la compilazione dell'atto dal principio alla fine, anche nel caso che lo faccia scrivere da persona di sua fiducia; a lui 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"). Sembra più equilibrata, in definitiva, la conclusione di quella giurisprudenza di merito la quale, escludendo un obbligo "positivo" del notaio di accertare la capacità naturale delle parti, attribuisce invece rilevanza all'elemento "negativo", costituito dalla percezione da parte del notaio della palese assenza, in capo alla parte, di una volontà di conferma del contenuto dell'atto; affermando quindi che, "poiché la legge notarile non impone al notaio di verificare l'esistenza della capacità naturale in capo alle parti dei negozi da lui perfezionati, bensì soltanto la loro capacità legale, nonché di accertare l'esatta volontà delle medesime con riferimento all'atto da rogare, il delitto di falsità ideologica ex art. 479 c.p. a carico del notaio rogante è configurabile solo in presenza di elementi che rendano chiara l'assenza, in una delle parti, di una volontà di conferma del contenuto dell'atto"³⁷.

Efficacia probatoria della scrittura privata autenticata, volontà del contenuto e degli effetti dell'atto.

Quale che sia la conclusione corretta in ordine all'atto pubblico, sulla base degli orientamenti della giurisprudenza e delle considerazioni suesposte, appare certo che non possa imputarsi alcuna falsità ideologica al notaio in caso di autenticazione delle sottoscrizioni apposte alla scrittura privata, per il solo fatto che la parte che ha sottoscritto non è pienamente capace di agire.

Tale conclusione si ricava, innanzitutto, dall'individuazione dei *limiti oggettivi dell'efficacia probatoria privilegiata della scrittura privata*³⁸. Non sembra possano sussistere dubbi – alla luce del disposto degli artt. 2702 e 2703 c.c. – in ordine al fatto che tale efficacia probatoria non copre, né lo potrebbe, l'esistenza della volontà e della capacità di agire di colui che l'ha sottoscritta: *eventuali patologie relative a questi aspetti possono determinare invalidità dell'atto giuridico (contenuto), ma non intaccano la veridicità del documento (contenente), e non possono quindi*

³⁷ Trib. Milano 16 gennaio 2007, cit.

Sulla stessa linea sembra quella dottrina che – mentre esclude l'obbligo del notaio di accertare la capacità naturale, cosa che esula dalle sue competenze e cognizioni – ritiene però che "il notaio ha l'obbligo di rifiutare il proprio ministero qualora si avveda che la parte difetta palesemente di capacità naturale": BOERO, *La legge notarile commentata*, I, Torino, 1993, p. 216.

Di rilievo anche Cass. 25 maggio 2006, n. 12386, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Prova documentale*, n. 22, secondo la quale l'efficacia privilegiata ex art. 2700 c.c. dell'atto pubblico notarile non si estende alla rispondenza delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale "alla effettiva intenzione delle parti".

³⁸ Sulla scrittura privata come mezzo di prova legale, cfr. in dottrina CECCARINI, *Scrittura privata*, in *La prova documentale nel processo civile*, Milano, 2006, p. 65; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 320; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto (art. 1350)*, Milano, 2003, p. 72; LISERRE, *L'atto pubblico e la scrittura privata*, in *Il contratto in generale, III - Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 1999, p. 443; LASERRA, *La scrittura privata*, Napoli, 1959; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992; CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805; SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Novissimo dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 809; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987, p. 963; FALZONE-ALIBRANDI, *Scrittura privata*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, III, Roma 1977, p. 696; SCHLESINGER, *La scrittura privata*, in *Jus*, 1961, p. 447.

determinarne la falsità. Un indizio in senso contrario sembrerebbe, a prima vista, desumersi dalla disciplina dell'*abusivo riempimento del foglio firmato in bianco absque pactis* (in assenza, cioè, di un previo accordo di riempimento): l'art. 488 c.p. qualifica come falsità un tale comportamento, con conseguente necessità della querela di falso al fine di disconoscere la paternità del documento. Ciò perché in tal caso "l'abuso incide sulla provenienza e sulla riferibilità della dichiarazione al sottoscrittore" (comportando la totale assenza di una sia pur embrionale volontarietà dell'atto). A differenza dell'ipotesi di preesistenza di un accordo di riempimento, *ex art. 486 c.p.*, nel qual caso la querela di falso non è necessaria proprio perché un atto volontario di "emissione" da parte del sottoscrittore vi è stato ³⁹. Ciò non significa, però, che nei casi di scrittura privata sottoscritta in uno stato di totale mancanza di coscienza e volontarietà della sottoscrizione sia possibile applicare per analogia l'art. 488 c.p. (stante il divieto di analogia in sede penale). D'altra parte, nel caso più grave di incapacità di intendere e di volere, che "elimina il consenso", il rimedio a disposizione dell'incapace non è il disconoscimento della paternità del documento, bensì quello della eliminazione dell'atto giuridico, mediante esperimento dell'azione di nullità del contratto per difetto di un elemento essenziale (artt. 1418, comma 2, e 1425, n. 1, c.c.): e sembra certo che non possa esigersi la querela di falso al fine di far valere tale nullità. Anche in presenza di incapacità di intendere e di volere, pertanto, deve ritenersi sussistere il nesso eziologico che ricollega il documento al suo autore: l'eventuale incapacità, o assenza di volontà dell'atto, rileva esclusivamente sul piano della validità dell'atto giuridico (contenuto nel documento), e non dell'*imputazione del documento a chi ne appare autore*: imputazione che – con la sola eccezione della fattispecie disciplinata dall'art. 488 c.p. – *ha luogo sulla base della sola esistenza della sottoscrizione (non disconosciuta) in calce alla scrittura privata*.

L'autenticazione notarile delle sottoscrizioni apposte alla scrittura privata non modifica, in linea di principio, l'assetto sopra descritto: *la scrittura privata è prova legale anche se non autenticata* (in presenza di riconoscimento, o non disconoscimento, della stessa da parte di colui contro il quale la scrittura è prodotta). Per meglio dire, *l'autenticazione della sottoscrizione da parte del notaio o altro pubblico ufficiale non è che uno dei modi grazie ai quali la scrittura privata "si ha per riconosciuta"* (cfr. l'art. 2703 c.c.): mezzo equipollente quindi al riconoscimento della parte. Proprio in ragione di tale equipollenza, *l'intervento del notaio non determina alcuna estensione, sul piano oggettivo, dell'efficacia di prova legale, rispetto alla ipotesi in cui la scrittura sia priva di autenticazione*: l'art. 2702 c.c. dispone infatti che la scrittura privata fa piena prova "della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta", non certo della validità delle stesse dichiarazioni, né tanto meno dell'esistenza dei presupposti in presenza dei quali esse possono ritenersi valide; e *tale oggettiva limitazione dell'efficacia di prova legale vale sia per la scrittura non autenticata che per quella autenticata*.

³⁹ Cass. 7 febbraio 2006, n. 2524, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1743; Cass. pen. 21 settembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1497, con nota di FERRARI, *Sulla distinzione tra abuso e falsità in foglio firmato in bianco*; Cass. pen. 12 novembre 1982, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Falsità in atti*, n. 158; SCHERMI, *Abusivo riempimento di foglio firmato in bianco e querela di falso*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2713. Sulla rilevanza della c.d. "paternità emissiva", cfr. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997, p. 372 ss.

La funzione dell'autenticazione notarile delle sottoscrizioni consiste essenzialmente nell'accertamento – previa verifica dell'identità personale, con efficacia di prova privilegiata *ex art. 2702 c.c.* – della provenienza della scrittura privata da chi ne appare autore; nel preliminare controllo di legalità della scrittura privata *ex art. 28 l.n.*; nel preliminare controllo della capacità legale e della legittimazione, *ex art. 54 reg. not.* ⁴⁰. Non rientra invece tra le funzioni dell'autenticazione quella di assicurare la consapevolezza del contenuto del documento, o l'esistenza della volontà riferita a tale contenuto: verifiche, queste, che rilevano esclusivamente sul piano della diligenza e correttezza professionali del notaio, *ex artt. 1176, 1175 e 1375 c.c.* ⁴¹, e dell'osservanza degli obblighi deontologici ⁴². Nei casi in cui l'ordinamento intende assicurare inderogabilmente tali risultati, esso richiede invece la forma dell'atto pubblico *ad substantiam* ⁴³, precludendo alle parti la scelta dello strumento – più agile ma meno garantista – della scrittura privata (autenticata o meno).

La scrittura privata autenticata non presuppone, quindi, necessariamente una indagine della volontà delle parti ad opera del notaio. L'inapplicabilità dell'art. 47 l.n. all'autenticazione, già affermata in passato sulla base di importanti argomenti ⁴⁴, che sono stati sopra sintetizzati, si ricava ora testualmente dall'art. 47-ter l.n. (aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. c), del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 110), il cui secondo comma dispone che soltanto “l'atto pubblico informatico è ricevuto in conformità a quanto previsto dall'articolo 47”; mentre invece, per quanto riguarda l'autenticazione con impiego di modalità informatiche, l'art. 47-bis l.n. rinvia solamente all'art. 25 del d. lgs. n. 82/2005 (che, come già visto, non richiede in alcun modo l'osservanza dell'art. 47). Ma se l'autenticazione non presuppone alcuna indagine della volontà del sottoscrittore, ne deriva come inevitabile conseguenza che la stessa autenticazione non contiene alcuna attestazione implicita riguardo all'esistenza di una “piena” capacità di agire del sottoscrittore, o al fatto che questi abbia compreso (e quindi conosciuto) il contenuto della scrittura: per la semplice ragione che tale comprensione (e conoscenza) non costituisce

⁴⁰ Per l'applicabilità dell'art. 54 reg. not. anche alla scrittura privata autenticata, cfr. CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 391 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1428 (ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali).

⁴¹ PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1426 ss., ove si chiarisce comunque che il notaio autenticante, in base al contratto d'opera professionale ed all'obbligo di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, deve informare le parti di tutte le conseguenze che possono derivare dall'atto (tra le quali conseguenze vi è, ora, l'efficacia esecutiva). Trattandosi, peraltro, di obbligo professionale e non funzionale, le parti possono dispensare il notaio da tale dovere di chiarimento e informazione.

Gli obblighi professionali di diligenza e correttezza e gli obblighi deontologici devono probabilmente ritenersi violati allorché il notaio autenticante non abbia assolto ai propri doveri di informazione e chiarimento, e non si sia per tale ragione avveduto di eventuali problemi cognitivi o intellettivi del soggetto: ma tali infrazioni rilevano esclusivamente sul piano della responsabilità civile e di quella disciplinare del notaio, non certo su quello della *immutatio veri* che la sentenza del tribunale di Trento ha voluto ravvisare nell'aver autenticato la sottoscrizione apposta ad una procura da parte di una persona anziana con qualche problema di orientamento e di comprensione.

⁴² Cfr. l'art. 48 del Codice deontologico notarile.

⁴³ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 47-48.

⁴⁴ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 75 ss.

presupposto necessario né della scrittura privata, né dell'autenticazione delle relative sottoscrizioni. Né può ritenersi che detta autenticazione contenga una attestazione implicita della validità (non annullabilità) dell'atto giuridico contenuto nella scrittura, e quindi del compimento dei relativi controlli ad opera del *notaio autenticante*: il quale anzi, come si dirà, *può e deve autenticare anche gli atti annullabili*, nell'ambito del più generale dovere di non rifiutare il proprio ministero (art. 27 l.n.). Del resto, anche senza pensare a situazioni patologiche, si può ben ipotizzare (e nella pratica avviene con qualche frequenza) che *la parte riponga piena fiducia* nel notaio autenticante (o nel consulente o intermediario che ha curato per suo conto la redazione della scrittura), ed *accetti di sottoscrivere la scrittura privata senza porsi il problema di leggerla o di conoscerne in dettaglio il contenuto* ⁴⁵. Coerentemente, *la dichiarazione del privato contenuta nella scrittura privata autenticata non può considerarsi in alcun modo come se fosse "resa al notaio"*, come ha correttamente ritenuto la giurisprudenza, quando ha escluso che la falsa dichiarazione di essere proprietario – riportata in una scrittura privata autenticata contenente una compravendita – integri falso ideologico del privato ⁴⁶.

Questo punto è stato adeguatamente chiarito da dottrina e giurisprudenza, concordi nel ritenere senz'altro inquadrabile nell'art. 2702 c.c. anche la *sottoscrizione dell'analfabeta*, il quale non abbia potuto leggere la scrittura privata e di venire a conoscenza del relativo contenuto; ciò sulla base del principio di autoreponsabilità, e delle esigenze di sicurezza del traffico ⁴⁷. Lo stesso vale nell'ipotesi di *abuso del foglio firmato in bianco*, ex art. 486 c.c., in presenza di *accordo di riempimento poi violato*: anche in questa ipotesi si concorda sulla riferibilità della scrittura (e relativa vincolatività) nei confronti di colui che l'ha sottoscritta, ancorché egli non abbia avuto conoscenza del relativo contenuto, sempre sulla base del suddetto principio di autoreponsabilità. *Tutto ciò dimostra come la volontà del contenuto e degli effetti non abbia rilevanza ai fini della vincolatività della scrittura privata, e della relativa efficacia probatoria*. Del resto la giurisprudenza – nelle occasioni in cui si è occupata della sottoscrizione dell'analfabeta – ha collocato le eventuali patologie (derivanti dall'assenza di coscienza e volontà del contenuto e degli effetti in capo al sottoscrittore) su un

⁴⁵ Nel caso qui in esame, il notaio, pur non essendovi obbligato, ha dato atto nell'autentica di aver letto la procura alla mandante. Tale menzione è, in realtà, imposta dal codice deontologico notarile (art. 42) unicamente per gli atti conservati nella raccolta degli atti notarili ("La scrittura privata tenuta a raccolta viene letta dal notaio alle parti, salva espressa dispensa delle parti stesse. Nell'autentica il notaio fa menzione della lettura o della dispensa dalla stessa. La reiterata presenza della clausola di esonero costituisce indizio di comportamento deontologicamente scorretto"). Essa comunque non implica di per sé che – in concomitanza alla lettura o anteriormente ad essa – il notaio abbia operato l'indagine della volontà della parte.

⁴⁶ Cass. pen. 31 maggio 1990, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 560, ed in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 273.

⁴⁷ È pacifico che la scrittura privata vincoli il suo autore (salva la rilevanza dei vizi del consenso), sulla base del principio di autoreponsabilità, anche se la scrittura stessa non è stata letta e conosciuta, addirittura anche se chi ha sottoscritto è analfabeta: COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino 2004, p. 324; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, Milano, 2003, p. 83; PATTI, *Della prova documentale*, cit., p. 19 ss.; CARRESI, *In tema di sottoscrizione di scrittura privata*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, p. 158; FERRARA, *La firma dell'analfabeta nelle scritture private*, in *Giur. it.*, 1940, IV, c. 81; CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 522 ss.; Cass. 26 gennaio 1976 n. 251, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1909, con nota di DI LALLA; Cass. 22 luglio 1950 n. 2049, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1228, con nota di DISTASO.

piano diverso da quello disciplinato dall'art. 2702 c.c., ossia quello della validità dell'atto giuridico (affermando solamente che sarebbe configurabile, sulla scia della tradizione di diritto comune, una distinta presunzione *iuris tantum* di esistenza e validità del consenso, la quale ammetterebbe la prova contraria). Si concorda, pertanto, nel ritenere *che l'efficacia di prova legale della scrittura privata, ex art. 2702 c.c., non si estende all'esistenza della volontà del contenuto e degli effetti dell'atto, e più in generale non si estende alla relativa validità.*

In conclusione, *l'indagine della volontà delle parti in sede di autenticazione delle sottoscrizioni apposte ad una scrittura privata non rientra tra i doveri inderogabili del notaio-pubblico ufficiale; di conseguenza, non rientra tra tali doveri neanche l'accertamento della capacità necessaria al fine di intendere e di volere il "contenuto" e gli "effetti" della scrittura medesima.*

Volontarietà della sottoscrizione della scrittura privata e capacità di intendere e di volere. Autenticazione e falso ideologico.

Occorre, a questo punto, fare un passo ulteriore. La circostanza che il notaio non debba indagare la volontà della parte che sottoscrive la scrittura privata, e non debba quindi accertarsi della consapevolezza del relativo contenuto in capo alla parte stessa, non esclude che il notaio abbia, invece, *l'obbligo di verificare la volontarietà dell'atto* (intesa come spontanea e cosciente determinazione della parte di sottoscriverlo, assumendone così la paternità). E' vero che non esiste alcuna espressa norma di legge che ponga a carico del notaio un tale obbligo, ma è altresì vero che non sembra possibile ipotizzare che il ministero notarile possa essere prestato in presenza di *eventi che turbino gravemente la libertà volitiva del soggetto*: si pensi, per citare due casi estremi, *all'impossibilità di ammettere la legittimità di un'attività di autenticazione della sottoscrizione apposta per effetto di violenza fisica, ovvero in uno stato ipnotico o di sonnambulismo*. E' evidente che, da un lato, l'attività giuridica del privato è governata dal principio di autonomia (art. 1322 c.c.), che ne costituisce il necessario presupposto; e che, d'altro lato, lo stesso art. 2702 c.c. – nel momento in cui attribuisce alla scrittura privata efficacia di "piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni" in essa contenute, presuppone che una "dichiarazione" esista, e questa certamente deve essere volontaria e non coatta, né eterodiretta⁴⁸.

Si tratta, però, di capire come le esigenze suesposte possano essere realizzate attraverso la disciplina dell'autenticazione. *La legge impone un'unica attestazione notarile nell'atto di autenticazione*, quella che la sottoscrizione è stata apposta alla presenza del notaio. Si tratta però di vedere se la stessa autenticazione presupponga "necessariamente" – come ha ritenuto a volte la giurisprudenza – determinati controlli da parte del notaio autenticante, e di conseguenza possa ritenersi contenere una o più "attestazioni implicite" circa l'avvenuto espletamento di tali controlli, la cui falsità rilevarebbe sul piano penale. Ai fini

⁴⁸ Sul concetto di dichiarazione, cfr. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 371; CASTIGLIA, *Dichiarazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988; SACCO, *Dichiarazione contrattuale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., Aggiornamento, ****, Torino, 2009, p. 156. Per la necessità della volontaria sottoscrizione (ed "emissione") della dichiarazione ai fini della relativa imputazione, cfr. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997, p. 274 ss.

qui in esame rileva, essenzialmente, il *controllo relativo alla capacità di intendere e di volere di colui che sottoscrive la scrittura privata*.

Si è già visto, a proposito dell'atto pubblico, che *l'efficacia di prova legale non si estende alle eventuali attestazioni notarili circa l'esistenza della capacità di agire delle parti* (che non avrebbero ad oggetto una "percezione" di fatti, ma piuttosto una "valutazione" da parte del notaio); conclusione che, evidentemente, non può non valere a maggior ragione nel caso della scrittura privata autenticata. Il problema è, però, se sussista un obbligo del notaio autenticante di verificare la capacità naturale di chi sottoscrive la scrittura privata, ed in caso affermativo se tale obbligo costituisca presupposto logicamente necessario ed imprescindibile dell'autenticazione.

Secondo la giurisprudenza, l'incapacità naturale di agire, quale disciplinata dall'art. 428 c.c., presuppone una "grave" compromissione delle facoltà cognitive, del tutto equiparabile – tranne che sotto l'aspetto dell'abitudine e permanenza – a quella che dà luogo ad interdizione⁴⁹. Fra tale patologia psichica e la piena capacità di intendere e di volere esistono, però, molteplici stati "intermedi" di alterazione delle capacità cognitive ed emozionali, compresi quelli cui dà luogo lo stato di senilità⁵⁰, che non integrano una incapacità vera e propria, e che non danno luogo quindi ad una patologia dell'atto; senza considerare – come si è plasticamente evidenziato – che "spesso un'infermità o uno stato di alterazione mentale, tali da scemare notevolmente la capacità di discernimento, sono insidie che possono celarsi dietro un comportamento timido o reticente della parte costituita, spesso interpretato come timore reverenziale per la

⁴⁹ E' affermazione costante della giurisprudenza che l'annullamento per incapacità naturale postuli l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del soggetto, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi: cfr. per tutte Cass. 6 dicembre 2001, n. 15480, in Riv. not., 2002, p. 1531; Cass. 18 aprile 2005, n. 8079, in Riv. not., 2006, p. 559; Cass. 11 giugno 2009, n. 13630, in Riv. not., 2010, p. 500; Cass. 10 aprile 2010, n. 9081, in Foro it., Rep. 2010, voce Successione ereditaria, n. 146.

⁵⁰ Sul quale v. in particolare BERSI, *Incapacità naturale e senilità*, in Nuova giur. civ., 1999, II, p. 49; BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in Famiglia, persone e successioni, 2006, p. 719; PATTI, *Senilità e autonomia negoziale*, in Famiglia, persone e successioni, 2009, p. 259; CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell' "ageing testator"*, in Nuova giur. civ., 2011, I, p. 1035 ss. (ove il rilievo che tale fattispecie si trova "in una area grigia, di confine, normalmente esclusa dall'ambito di applicazione dei rimedi codicistici previsti per le ipotesi di incapacità di intendere e di volere e di consenso carpito con dolo", da cui il disagio degli interpreti nel rinvenire una soluzione normativa adeguata per i casi di senilità; e che spesso la persona anziana "non è priva in modo assoluto della coscienza dei propri atti, tuttavia la sua volontà è stata distorta da una condizione di significativa vulnerabilità"; concludendo che "il notaio è privo degli strumenti tecnici e della competenza necessaria per una specifica indagine sulla capacità naturale della parte; è tenuto a non ricevere l'atto solo se si accorge di una palese incapacità: nella maggior parte dei casi di cui qui si discute l'anziano sarebbe probabilmente in grado di superare il "test notarile" a maglie larghissime").

Proprio da una incomprensione di fondo dei problemi della senilità, ben diversi da quelli dell'incapacità assoluta di intendere e di volere, appare segnata la sentenza del tribunale di Trento, che ha dato luogo al presente parere, nella parte in cui afferma che "se per ottenere l'attenuazione della patologia cerebrale ... occorre porsi verso la donna novantenne con tale delicato tatto con approcci psicologicamente misurati e mirati a tranquillizzarla, ebbene è proprio in ciò la prova che ci troviamo di fronte ad un menomato orizzonte noetico".

figura notarile”⁵¹. In definitiva, a lievi alterazioni o anomalie delle facoltà psichiche o cognitive, che non configurano incapacità di intendere e di volere (e non danno luogo ad alcuna patologia dell’atto), possono contrapporsi – sull’altro estremo – ipotesi di *incapacità naturale che addirittura “elimina il consenso”* (e dà quindi luogo a nullità dell’atto, in base al combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 1, c.c.); ipotesi intermedia è poi quella della *incapacità naturale che fa venir meno solamente la facoltà di giudicare il riflesso dell’atto nella propria sfera di interessi*, ferma restando la capacità di consentire coscientemente al compimento dell’atto, il quale è, in tal caso, solamente *annullabile* (art. 1425, comma 2, e 428 c.c.)⁵².

Qual è il riflesso della suddetta differenziazione sui doveri del notaio autenticante? A norma dell’art. 28, n. 1, l.n., *al notaio è fatto divieto di ricevere o autenticare solamente quegli atti che siano espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari all’ordine pubblico*. Secondo l’orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità e della dottrina prevalente, il divieto riguarda i soli atti affetti da nullità assoluta, con esclusione degli atti meramente inefficaci o annullabili⁵³. *Il notaio può quindi, anzi deve ricevere o autenticare gli atti annullabili* (la cui patologia è prevista nell’esclusivo interesse di un soggetto privato, il quale può convalidare l’atto o rinunciare all’azione di nullità⁵⁴). Sull’interesse privato del soggetto tutelato con l’azione di annullabilità prevale, quindi, l’interesse pubblico al compimento da parte del notaio degli atti del suo ministero, che lo stesso notaio non può rifiutare a norma dell’art.

⁵¹ LEO, *Incapacità naturale e attività notarile*, cit., p. 1042-1043.

⁵² “L’incapacità prevista dall’art. 428, e sanzionata con l’annullabilità, è l’inettitudine a giudicare, a conoscere il rapporto tra l’atto compiuto e la propria sfera di interessi, giudizio la cui manifestazione più consueta è data dalla valutazione di convenienza e alla quale si accompagna, nella valutazione della norma, la situazione di chi, per cause patologiche, non riesce a controllare le proprie azioni o a sottrarsi all’influsso di altra persona di cui è succubo”; al contrario, “non rientrano nella previsione di cui all’art. 428, pure essendo comprese nel significato corrente di incapacità naturale, le perturbazioni psichiche che tolgono al soggetto la capacità stessa di consentire, cioè di pronunciarsi sul piano giuridico. Rimangono ipotesi di nullità, nonostante la previsione dell’art. 428, i casi del negozio compiuto dal demente o, comunque, dalla persona che manca della coscienza e della volontà dell’atto compiuto, anche se essa sia interdetta. Cause di nullità sono le ipotesi, altrettanto tradizionalmente considerate, del sonnambulismo e dell’ipnotismo. Se all’atto volontario è essenziale non soltanto l’intenzionale comando ai movimenti del corpo, lo stimolo ai nervi motori, ma altresì la coscienza del fine per il quale la persona agisce, l’ipnosi e il sonnambulismo non possono che togliere tale coscienza, e ciò sia quando il movimento del corpo dell’ipnotizzato sia comandato dall’ipnotizzatore, ipotesi che corrisponde alla violenza fisica, sia quanto si tratti di ipnosi meno profonda, di c.d. stato post ipnotico, di atti compiuti per fascinazione o suggestione, intesa come energia fisica: in quest’ultima ipotesi, pur essendo l’atto materialmente riferibile al soggetto, la nullità discende dalla mancanza dell’intenzione di immettersi nel traffico giuridico” (PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell’incapace naturale*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 759 ss.). Nel medesimo senso v. PISCHETOLA, *L’accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, cit., p. 400-401.

⁵³ Cfr. per tutte Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, p. 493; Cass. 3 agosto 1998, n. 7602, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Notaio*, n. 68; Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, p. 704 ss.; Cass. 4 novembre 1998, n. 11071, in *Riv. not.*, 1999, p. 1014; Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *Riv. not.*, 2001, p. 892; Cass. 7 novembre 2005, n. 21493, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Notaio*, n. 47; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3526, in *Riv. not.*, 2008, p. 1414.

⁵⁴ Cfr. sul punto TOMMASINI, *Annulabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; QUADRI, *“Nullità” e tutela del “contraente debole”*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1143 ss.; GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 201.

27 l. not., a pena di sanzioni disciplinari della massima gravità, quali sono la sospensione o la destituzione (artt. 138, comma 2, e 142, lett. b), l. not.), e di sanzioni penali (art. 328 c.p.). E' evidente, a fronte di tali gravi sanzioni, che *prevale l'interesse pubblico all'assolvimento da parte del notaio del proprio dovere di rogito o autentica, nel conflitto con l'interesse privato* (disponibile, e comunque tutelato *ex post* con l'azione di annullamento) *del soggetto affetto da incapacità naturale* (non radicale). Dalla gerarchia di valori desumibile dal sistema normativo si ricava quindi inequivocabilmente che, *in caso di semplice dubbio sulle capacità psichiche della parte, il notaio deve senz'altro stipulare, anziché rifiutare il suo ministero*⁵⁵. Che è poi la ragione, desumibile anche dai lavori preparatori, per la quale il rifiuto del notaio di ricevere o autenticare atti è stato limitato ai soli casi in cui gli stessi sono "espressamente" proibiti dalla legge, e "manifestamente" contrari all'ordine pubblico (art. 28 l. not.)⁵⁶. Né può considerarsi senza rilievo il fatto che il notaio possa non avere a propria disposizione, nel momento in cui è richiesto di stipulare, tutti gli elementi necessari ai fini di un eventuale "giudizio preventivo di annullabilità", se si tiene conto – oltre alla difficoltà di valutazione di stati psicologici – della previsione dell'art. 428 c.c., che subordina tale annullabilità alla sussistenza di un "grave pregiudizio" a carico dell'incapace (e, nel caso di contratto, alla "malafede" della controparte). Ciò che più importa, ai fini che qui interessano, è che *l'inapplicabilità del divieto ex art. 28 l.n. agli atti annullabili per incapacità di intendere e di volere esclude che l'accertamento della capacità della parte "rilevi come un "prius logico-giuridico essenziale" dell'attività del notaio"*⁵⁷, tale da far individuare nell'autenticazione una "attestazione implicita" dell'avvenuto accertamento della capacità, coperta da pubblica fede. Soprattutto perché *il ministero notarile finalizzato all'autenticazione delle sottoscrizioni di una scrittura privata* – a differenza dell'atto pubblico, ove è richiesta dall'art. 47 l.n. una penetrante indagine della volontà – *presuppone unicamente l'esistenza in capo alla parte di una coscienza e volontarietà dell'atto (e non necessariamente del relativo contenuto)*, la quale volontarietà può coesistere con una parziale alterazione delle facoltà cognitive e intellettive (che è situazione diversa dalla radicale assenza di capacità cognitive e intellettive, quindi dalla mancanza di qualsiasi coscienza e volontà, che pregiudicherebbe la stessa "esistenza giuridica" e "riferibilità" della dichiarazione a quel soggetto).

Chi scrive ha, qualche anno fa, affermato che "Il notaio deve, però, effettuare anche nella scrittura privata autenticata un *"accertamento minimale" in ordine alla capacità di agire delle parti ed alla "volontarietà dell'atto"* (da non confondersi con la "volontà del contenuto" del medesimo); accertamento indispensabile al fine di consentire l'imputazione della scrittura autenticata ai sottoscrittori, tenendo conto del "crisma di legalità" che l'autenticazione - sia pure in misura inferiore all'atto pubblico, assicura"; precisando altresì che "proprio perché l'indagine notarile, sotto il profilo funzionale, è ridotta al profilo "minimo"

⁵⁵ In tal senso CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'"ageing testator"*, cit., p. 1034 (il quale, richiamato l'art. 27 l.n., ritiene "plausibile che il notaio, maggiormente legato all'obbligo di prestare il suo ministero, concluderà, *in dubio*, per la non-incapacità").

⁵⁶ Cfr. CASU, *Controllo di legalità*, in *Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento*, V, Roma 2002, p. 161.

⁵⁷ LEO, *Incapacità naturale e attività notarile*, in *Riv. not.*, 1999, p. 1040.

dell'imputabilità della dichiarazione, la legge non richiede specifiche e rigorose formalità, che sono prescritte invece per l'atto pubblico al fine di garantire la rispondenza del "contenuto" dell'atto alla volontà delle parti"⁵⁸. Quando si dice che è richiesto un "controllo minimale" della capacità di intendere e di volere da parte del notaio, si intende, allora, esclusivamente che *al notaio autenticante è precluso prestare il proprio ministero nei casi estremi* del soggetto sotto ipnosi, totalmente demente, sonnambulo, ecc.: casi nei quali difetta completamente, ai fini dell'atto, l'elemento del "consenso" cosciente, e quindi manca la "dichiarazione" alla cui prova è finalizzata la scrittura privata, ex art. 2702 c.c. Al di fuori di tali casi estremi, *il notaio* (il quale non possiede neanche le cognizioni tecnico-scientifiche necessarie per poter giudicare della capacità di intendere e di volere, e che comunque non ha l'obbligo di indagare la volontà di colui che sottoscrive la scrittura privata) *non è evidentemente tenuto* – nella sua qualità di pubblico ufficiale – *ad effettuare indagini approfondite sulla capacità del sottoscrittore, e non gli è quindi consentito di rifiutare il proprio ministero sulla base della sola "sensazione" che le capacità psichiche del soggetto, pur non totalmente pregiudicate, siano alterate*: un tale rifiuto si porrebbe in irrimediabile contrasto, come si è visto, con l'art. 27 l.n.

In conclusione, il notaio, all'atto di autenticare la sottoscrizione apposta ad una scrittura privata, deve limitarsi a constatare la sussistenza del *requisito minimo della coscienza e volontarietà dell'atto*, la cui mancanza implicherebbe l'assenza della "dichiarazione" (cui si riferisce l'art. 2702 c.c.) e del "consenso" (elemento essenziale ai fini della validità dell'atto: arg. ex artt. 1418, comma 2, e 1425, n. 1, c.c.): solo in tale ipotesi estrema scatterebbe il *divieto nei confronti del notaio di autenticare l'atto*, sancito dall'art. 28, n. 1, l.n.

Del resto, come è stato riconosciuto di recente dalla Suprema Corte, *l'autenticazione notarile non è destinata a provare la capacità di intendere e di volere della persona che ha sottoscritto la scrittura privata; di conseguenza, non può normalmente configurarsi alcun delitto di falso ideologico del notaio, in dipendenza della sola autenticazione della sottoscrizione di un soggetto che non sia "pienamente" capace di intendere e di volere*⁵⁹. L'autenticazione notarile, d'altra parte, *non è destinata a provare l'avvenuto espletamento da parte del notaio di controlli relativi alla capacità di agire*: l'unica "attestazione implicita" che potrebbe ritenersi inclusa nell'autenticazione è, a tutto concedere, quella relativa all'esistenza di un "livello minimale di capacità di intendere e di volere", o altrimenti detto all'assenza di un *radicale stato di incoscienza*, percepibile *ictu oculi* da una persona di normale esperienza e avvedutezza, e quindi anche dal notaio, *da cui deriverebbe l'inesistenza giuridica e la non riferibilità della dichiarazione al soggetto che*

⁵⁸ PETRELLI, *L'indagine della volontà delle parti e la «sostanza» dell'atto pubblico notarile*, cit., p. 76. Cfr. anche TONDO, *Forma e sostanza dell'autentica*, cit., p. 283.

⁵⁹ Cass. 9 marzo 2012, n. 3787, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Prova documentale*, n. 16 ("l'autenticazione, da parte del notaio, della firma apposta in calce ad un atto di delega non costituisce prova legale della validità del consenso manifestato dal sottoscrittore").

In linea generale, è pacifico, in giurisprudenza, che "ai fini della configurabilità del reato di falso ideologico in atto pubblico, alla stregua della testuale formulazione dell'art. 479 c.p., occorre che la falsità abbia ad oggetto fatti dei quali l'atto sia «destinato a provare la verità», indipendentemente dalla circostanza che trattisi di taluno dei fatti tipizzati nella prima parte della norma incriminatrice (fatti compiuti dal pubblico ufficiale o avvenuti alla sua presenza o dichiarazioni delle quali egli debba attestare l'avvenuta ricezione) ovvero di altri fatti che il pubblico ufficiale sia comunque chiamato ad attestare": Cass. pen. 16 novembre 2010, n. 43512, in *Riv. pen.*, 2011, p. 526.

sottoscrive. Solo in questo caso limite – che non si è prospettato peraltro nel caso di specie⁶⁰ – potrebbe quindi configurarsi il divieto di autenticare l’atto ex art. 28 n. 1 l.n.⁶¹, ed in caso di stipula un *falso ideologico del notaio autenticante*⁶².

Attestazione dell’esistenza dei poteri di rappresentanza e falso ideologico.

Nella vicenda qui all’esame, il notaio è stato incolpato anche per avere autenticato un atto costitutivo di società, nella (*asserita*) *consapevolezza che la procura sarebbe stata “non genuina ed invalida”*. Della genuinità e non falsità dell’autenticazione della sottoscrizione dell’incapace si è già detto. Quanto alla asserita invalidità, a parte quanto sopra precisato sulla difficoltà del relativo

⁶⁰ Dalla lettura della sentenza del tribunale di Trento emerge come vi siano state diverse interpretazioni mediche in ordine allo stato della persona della cui incapacità si tratta; l’ultimo vero accertamento medico risale a circa sei mesi prima del momento in cui è stata autenticata la sottoscrizione della procura, e comunque lo stesso tribunale afferma solamente di ritenere “*problematica la piena capacità di intendere e di volere*” della mandante, senza giungere ad escludere radicalmente ed in via assoluta detta capacità (significative in questo senso le testimonianze del medico curante e dei familiari, citate nella sentenza, che certo non evidenziano una incapacità totale e radicale, ma piuttosto lo stato di una persona sofferente che comunque riconosceva, discorreva, colloquiava, ecc.). In prossimità della data di autenticazione oggetto di esame, ricorre solamente la testimonianza di altro notaio, anch’egli soggetto non esperto e non in grado di operare un accertamento tecnico di rilevante complessità come quello in esame. Ma, soprattutto, non è stato adeguatamente considerato il fatto che l’incapacità naturale va accertata con riferimento all’esatto momento in cui l’atto è compiuto, il quale può collocarsi in un “lucido intervallo” (la cui sussistenza non è esclusa neanche da una demenza senile permanente). Né appare possibile ipotizzare, nel caso in esame, una inversione dell’onere della prova circa la sussistenza dello stato di incapacità nel momento in cui venne sottoscritta la procura: una tale inversione, affermata dalla giurisprudenza ancorché soltanto in ambito civilistico, presupporrebbe quantomeno che l’incapacità sia accertata in almeno due momenti, prossimi nel tempo, e che il compimento dell’atto si collochi in un momento intermedio (cfr. per tutte Cass. 28 marzo 2002, n. 4539, in *Riv. not.*, 2002, p. 1005; Cass. 30 marzo 1987, n. 3040, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Successione ereditaria*, n. 85), cosa che non è avvenuta nel caso in esame.

Né può darsi rilievo, come ha fatto il tribunale, alla presenza nella procura di riferimenti tecnico-giuridici alla costituzione di una società in accomandita semplice, ad un conferimento di azienda, ecc., alla luce di quanto già detto riguardo alla irrilevanza della coscienza e volontà del contenuto dell’atto ai fini della validità dell’autenticazione di scrittura privata. Di più: la giurisprudenza ha affermato che addirittura nel testamento pubblico – ove massima è l’intensità dell’obbligo di indagine della volontà in capo al notaio – non commetta reato di falso ideologico il notaio che “*trasfonda con espressioni giuridiche appropriate, inserite nella scheda testamentaria, la volontà effettivamente manifestata dal de cuius*”, perché proprio in tale trasfusione e “*adeguamento*” consiste primariamente la funzione notarile (Cass. pen. 4 luglio 1980, in *Riv. pen.*, 1981, p. 190).

⁶¹ PISCHETOLA, *L’accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, cit., p. 402-403.

⁶² Completamente diversa da quella esaminata nel testo è la fattispecie della *circonvenzione di persona incapace*, disciplinata dall’art. 643 c.p. (che si realizza allorché il notaio “per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della 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”). Quest’ultima *presuppone elementi ulteriori* rispetto a quelli oggetto del presente parere (l’intento di procurare a sé o ad altri un profitto; l’abuso di bisogni, passioni, inesperienza, stato di infermità o deficienza psichica; l’induzione al compimento di un atto; la dannosità di tale atto per l’incapace o per altri), d’altro lato, è sufficiente uno “stato d’infermità o deficienza psichica”, ossia di “*vulnerabilità*”, che può non giungere alla totale incapacità.

giudizio – e sulla conseguente impossibilità di far discendere da giudizi valutativi peraltro necessariamente incompleti addirittura una imputazione di falso, con la inerente consapevolezza di una *immutatio veri* che davvero non si ravvisa – non può non ricordarsi che *l'atto annullabile produce pacificamente i propri effetti fino a quando non è eventualmente pronunciato l'annullamento*. Ciò significa che, nella fattispecie in esame, ammesso e non concesso che la procura fosse annullabile, la stessa era comunque provvisoriamente efficace al momento della stipula dell'atto costitutivo di società, ed il procuratore era quindi munito in tale momento dei richiesti poteri di rappresentanza. *E' inesatta, perciò, e non condivisibile l'affermazione della sentenza qui in esame, secondo la quale l'atto costitutivo di società sarebbe ideologicamente falso in conseguenza della assunta "invalidità" della procura*.

La giurisprudenza ha avuto modo, del resto, di chiarire che non è configurabile falsità ideologica nel comportamento del notaio che richiami nell'atto dallo stesso ricevuto una procura, con cui venivano conferiti al rappresentante poteri insufficienti per la stipula dell'atto medesimo: ciò perché *l'atto notarile non è destinato a provare la verità dell'esistenza dei poteri di rappresentanza*⁶³. Manca quindi un elemento essenziale, richiesto dall'art. 479 c.p. al fine di integrare la fattispecie delittuosa.

Risposte ai quesiti.

E' possibile, a questo punto, riassumere sinteticamente le conclusioni a cui si è giunti, rispondendo ai quesiti posti:

1) – La *differenza*, nell'ambito del più ampio *genus* degli "atti notarili", tra "atto pubblico" e "scrittura privata autenticata" è pacifica in dottrina e giurisprudenza: il primo è il documento pubblico formato dal notaio (di cui questi è l'autore, che deve dirigerne personalmente la compilazione a norma dell'art. 47 l.n.), nel quale il medesimo notaio trasfonde ("documenta") le dichiarazioni a lui rese

⁶³ Cass. 9 settembre 1999, n. 9567, in *Notariato*, 2000, p. 427, con nota di FERRI, *Efficacia probatoria della scrittura privata: concetto, presupposti e limiti* ("Non fa fede fino a querela di falso l'attestazione del pubblico ufficiale secondo la quale la firma dal medesimo autenticata è proveniente da un soggetto nella qualità di rappresentante di un altro, *perché l'effettiva titolarità del potere di agire in nome e per conto è circostanza attinente al contenuto intrinseco dell'atto* e non alla identità del sottoscrittore e all'apposizione della firma alla presenza del pubblico ufficiale"); Cass. 19 settembre 2011, n. 19058, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Notaio*, n. 49 ("Nell'esercizio delle funzioni notarili a lui spettanti, il console, ai sensi dell'art. 49 l. 16 febbraio 1913 n. 89, attesta l'identità personale delle parti ma non anche la veridicità delle qualifiche che le stesse ritengono di attribuirsi; ne consegue che, qualora un soggetto si dichiara legale rappresentante di una società, l'atto pubblico redatto dal console (nella specie autentica di procura) fa fede della circostanza che il comparente si è dichiarato tale, ma non anche dell'effettiva titolarità dei poteri rappresentativi enunciati"). V. anche Cass. 17 giugno 2010, n. 28529, in *Riv. pen.*, 2010, p. 983 ("In tema di falsità ideologica commessa dal privato in atti pubblici (art. 483 c.p.) è da escludere la sussistenza del reato nel caso di falsa attestazione, da parte di uno dei contraenti di un contratto di compravendita immobiliare (nella specie, il venditore) di essere in possesso di valida procura rilasciata dal *dominus*, atteso che il contratto di compravendita non ha, per sua natura, la finalità di costituire prova della veridicità di quanto dichiarato dalla parte, salvo che in casi particolari nei quali detta finalità sia prevista dalla legge a tutela di prevalenti interessi pubblici (come, in particolare, con riguardo alle attestazioni richieste dalla normativa urbanistica)").

dalle parti, previa indagine della relativa volontà. L'intervento notarile nell'atto pubblico è quindi pregnante e decisivo, ed è proprio la complessa attività di indagine della volontà delle parti, con correlata attività di "adeguamento" di tale volontà ai dettami dell'ordinamento giuridico, a giustificare sia i numerosi formalismi dell'atto pubblico (cfr. gli artt. 51 ss. l.n.), sia l'estensione oggettiva dell'efficacia di prova legale, che l'art. 2700 c.c. riferisce anche alle "dichiarazioni delle parti" (*rectius*, alla corrispondenza tra documentazione pubblica e tali dichiarazioni).

La scrittura privata autenticata, invece, è un documento la cui paternità è imputabile alle parti (ancorché il notaio, come spesso avviene, possa prestare la propria attività professionale e di consulenza – ma *non* di pubblico ufficiale – ai fini della relativa redazione ⁶⁴); l'autenticazione – che è anch'essa un atto pubblico – consiste nella semplice attestazione che le sottoscrizioni sono state apposte alla presenza del notaio (previo accertamento dell'identità personale delle parti). L'efficacia di *prova privilegiata* della scrittura privata (autenticata o meno) è circoscritta all'unico aspetto della "*provenienza delle dichiarazioni*" da chi ha sottoscritto (artt. 2702 e 2703 c.c.). E' assodato inoltre che *il notaio autenticante non ha alcun obbligo inderogabile di indagare la volontà delle parti che sottoscrivono la scrittura privata* (e ciò giustifica il ridotto formalismo dell'atto di autenticazione, che la legge non impone neanche di leggere alle parti ⁶⁵: cfr. gli artt. 2703 c.c., 72 l.n., 86 r.n.).

2) – *Gli atti considerati nel processo penale in esame* (procura; atto costitutivo di società in accomandita semplice) *sono chiaramente e senza alcun dubbio scritture private autenticate*; il notaio, in qualità di pubblico ufficiale, poteva quindi limitarsi ad autenticare le sottoscrizioni delle parti, salvi i controlli inderogabilmente impostigli dalla legge. Egli ha comunque attestato nell'autentica solamente di aver accertato identità personale, veste rappresentativa e poteri, senza fare alcun cenno alla capacità di agire delle parti stesse.

3) – Come già detto, il notaio che autentichi le sottoscrizioni apposte ad una scrittura privata non è obbligato ad indagare la volontà delle parti, in quanto l'art. 47 l.n. si applica unicamente agli atti pubblici. Obblighi di informazione e chiarimento derivano certamente dal contratto d'opera professionale e dal codice deontologico notarile, ma si tratta di obblighi non inderogabili e

⁶⁴ CASU-SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, cit., p. 455 ss.

⁶⁵ CASU-SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, cit., p. 464 ("Scopo della lettura, nell'atto pubblico, è infatti quello di consentire alle parti di valutare se il notaio, nel confezionare il documento, abbia correttamente interpretato la loro volontà negoziale, espressa in termini generici e talvolta approssimativi. In questo modo la lettura presuppone un ruolo creativo del documento da parte del notaio, mancando il quale essa lettura apparirebbe priva di significato. Nella scrittura privata autenticata, invece, questo ruolo creativo manca per definizione, perché il legislatore ha disciplinato la norma come se il testo della scrittura venga predisposto da persona diversa dal notaio e a quest'ultimo sia attribuito soltanto il compito di autenticare la sottoscrizione. Può accadere che le parti affidino al notaio il compito di elaborare il testo della scrittura, ma in questo caso, nell'effettuare questo compito elaborativo, il notaio si comporta non come pubblico ufficiale, bensì come un libero professionista e in tal caso non sorge un obbligo funzionale di lettura, ma eventualmente l'opportunità professionale di porre le parti in grado di conoscere quello che si apprestano a sottoscrivere").

comunque non riguardanti la figura del notaio-pubblico ufficiale, ma semmai quella del notaio in qualità di professionista.

Di conseguenza – salvi i suddescritti obblighi professionali e deontologici, dai quali peraltro il notaio stesso può essere dispensato dalle parti – è *ben possibile che il notaio si limiti ad autenticare le sottoscrizioni* apposte alla scrittura privata, una volta verificata l'identità personale delle parti e la liceità del relativo contenuto, *senza accertare preventivamente che le parti abbiano avuto conoscenza di detto contenuto, e che ne abbiano compreso appieno il significato e gli effetti* (cosa che sarebbe invece obbligato a fare, a norma dell'art. 47 l.n., se si trattasse di atto pubblico). *Il notaio deve soltanto assicurarsi che la parte che sottoscrive la scrittura privata lo faccia spontaneamente e coscientemente*, che si tratti cioè di una scelta autodeterminata e volontaria. A tal fine deve ritenersi sufficiente un livello minimale di coscienza e volontà, che può dirsi escluso solamente in presenza di una alterazione radicale ed assoluta delle capacità psichiche della persona (alla quale non si richiede di comprendere appieno il significato dell'atto giuridico incorporato nella scrittura, né i relativi effetti, ma solamente la volontà e capacità di sottoscriverlo liberamente). Tale difetto assoluto di coscienza, in quanto per sua natura "palese", è percepibile da qualsiasi persona di normale avvedutezza e diligenza, e non può non essere percepito dal notaio. Al di fuori di tale caso limite, deve ritenersi che *il notaio che autentichi la sottoscrizione della parte senza indagarne preventivamente la volontà e accertarne la capacità naturale, agisca in conformità alle norme inderogabili che disciplinano lo svolgimento della funzione notarile di autenticazione*. Al notaio è vietato solamente di autenticare atti che siano espressamente proibiti dalla legge e manifestamente contrari all'ordine pubblico (*ex art. 28, n. 1, l.n.*); egli deve però – secondo l'orientamento ormai costante della giurisprudenza di legittimità, e la dottrina quasi unanime – *autenticare anche gli atti annullabili*, trattandosi di un vizio dell'atto che non incide su interessi generali, ma solo sull'interesse (privato) della parte (alla quale è attribuita dalla legge la possibilità di convalida o di rinuncia all'azione di annullamento), sul quale *prevale l'interesse generale a che il ministero notarile non venga rifiutato (art. 27 l.n.)*. Uno stato di *incapacità naturale che non elimini totalmente coscienza e volontà* può dar luogo a mera *annullabilità* dell'atto compiuto, *ex art. 428 c.c.*, e quindi *il notaio è obbligato ad autenticarlo a norma dell'art. 27 l.n.*

4) In relazione ai fatti ed agli atti di cui al processo penale in esame, *non può quindi ritenersi giuridicamente fondata*, alla luce di quanto la legge notarile impone al Notaio autenticante, *l'accusa di falsità ideologica* contestata al dott. Ciò in quanto:

- non esiste, negli atti di autenticazione in esame, alcuna attestazione espressa di sussistenza della capacità naturale in capo alla persona della cui capacità si discute;

- anche in presenza di una tale attestazione, la stessa non sarebbe stata comunque coperta da pubblica fede, come pacificamente e condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza;

- non esistendo un obbligo del notaio autenticante di indagare la volontà del contenuto e degli effetti dell'atto, non sussiste neanche l'obbligo di accertare l'esistenza della capacità naturale, necessaria a comprendere tale contenuto e

tali effetti; non può configurarsi, quindi, neanche una “attestazione implicita” di avere svolto i relativi controlli;

- non risulta dalla sentenza che la persona asseritamente incapace fosse totalmente priva della capacità di discernimento; al contrario, da diversi passi della medesima sentenza si evince che la patologia dalla quale la stessa era affetta non le impediva, almeno in certi momenti, di intendere e volere, e di relazionarsi con altri;

- con riferimento all'atto costitutivo di società, posto in essere mediante utilizzo della procura rilasciata dalla persona asseritamente incapace, lo stesso deve ritenersi valido ed efficace, e non affetto da alcuna falsità “indotta”; tenuto conto anche del fatto che la procura sarebbe, semmai, annullabile a norma dell'art. 428 c.c., ma che la stessa è comunque pienamente efficace fino al momento del passaggio in giudicato dell'eventuale sentenza che pronunci l'annullamento.

Gaetano Petrelli