

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

XX

Ign - Inch



GIUFFRÈ EDITORE

730 ss.; RICCIO, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, 624 ss.; ID., *Incantanti e licitazioni (frodi negli)*, in *Nss.D.I.*, VIII, 1962, 492 ss.; SANTANIELLO, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1961, 337 ss.; MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, pt. II, Bologna, 1938, 199 ss.; CARACCIOLI, *Servizio di pubblica necessità e turbata libertà degli incantanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 1125; LOMBARDI, *Incantanti (turbata libertà degli)*, in *Enc. forense*, IV, 1959, 322; LORUSSO CAPUTI, *Le società fittizie nel delitto di turbata libertà degli incantanti*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, 715 ss.; RAVIZZA, *Il danno nel reato di frode nei pubblici incantanti*, in *Riv. pen.* (supplemento), 1918, 215; DE CONCILIIIS, *Frode e nullità negli incantanti*, in *Scuola pos.*, 1924, II, 97.

INCAPACITÀ

a) DIRITTO PRIVATO	P. 909
b) DIRITTO ECCLESIASTICO	» 922

Incapacità (diritto canonico) v. *Capacità canonica* (teoria generale).

Incapacità giuridica penale v. *Effetti penali della sentenza di condanna; Imputabilità* (diritto penale).

Incapacità di intendere e di volere (diritto penale) v. *Actio libera in causa; Capacità giuridica penale*.

a) DIRITTO PRIVATO.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il problema dell'incapacità giuridica. — 3. Figure di incapacità giuridica speciale. — 4. Incapacità di agire: nozione. — 5. Forme di incapacità di agire: incapacità legale e incapacità naturale. — 6. L'incapacità di agire e gli atti non negoziali.

1. *Premessa.* — Il termine « incapacità » indica il modo di essere del soggetto rispetto ad una situazione normativa. Poiché la norma consta di due proposizioni, quella causale e quella effettuale, e ad ogni proposizione fa riscontro una situazione, l'incapacità — allo stesso modo della capacità — va considerata con riferimento a ciascuna di queste situazioni (1). Tradizionalmente, infatti, si distinguono due figure di incapacità: l'incapacità giuridica — che designa l'inidoneità del soggetto a essere destinatario di effetti giuridici — e l'incapacità di agire — che designa l'inidoneità del soggetto ad assumere comportamenti giuridici validi.

Bastano queste osservazioni per fare intendere come i fenomeni dell'incapacità si

(1) Per l'analisi della struttura logica della norma v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in questa *Enciclopedia*, XIV, 464 ss.; DE STEFANO R., *La logica e lo studio teorico del diritto*, in *RIFD*, 1968, 68 ss.; e, da ultimo, AMATO N., *Logica simbolica e diritto*, Milano, 1969, 167 ss.; per le relazioni esistenti tra le situazioni normative e la capacità (di agire) v. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, VI, 10 ss., 16 ss.

contrappongono specularmente ai fenomeni della capacità e come non sia possibile una loro trattazione separata. Difatti, in CAPACITÀ (*teoria generale*) sono contenuti ampi riferimenti alle due figure di incapacità, anche se non tutti i problemi hanno potuto trovare un esauriente e tematico svolgimento. La presente indagine muove, almeno nelle linee generali, dal sistema di idee al quale si informa quello studio e di esso costituisce una integrazione, per quegli aspetti specifici che concernono in via diretta ed esclusiva le figure di incapacità.

In via di premessa, è opportuna qualche precisazione. La nozione di capacità giuridica è stata elaborata con particolare riferimento agli istituti del diritto privato, cioè al settore normativo sostanzialmente orientato verso la tutela dei diritti soggettivi (2), e la nozione di incapacità è stata riferita specialmente a questa situazione attiva. Invece, la scienza penalistica, operando in un settore normativo imperniato sul dovere (3), ha studiato il concetto di capacità in funzione di questa situazione passiva, e la diversa prospettiva va tenuta in conto ai fini di una possibile costruzione unitaria dell'istituto.

La figura dell'incapacità giuridica precede logicamente quella dell'incapacità di agire. Una comunità prima presceglie i soggetti destinatari delle sue norme e successivamente stabilisce quali di essi possono validamente agire (4). L'incapace di agire resta destinatario potenziale di tutte le norme del sistema, ma, in relazione a determinate categorie di comportamenti, non può validamente prospettare o realizzare le sue esigenze senza il tramite di un altro soggetto capace (di agire).

(2) Cfr. LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, Berlin, 1935, 5.

(3) Così, testualmente, GALLO M., *Capacità penale*, in *Nss. D. I.*, II, 1958, 882.

Il riferimento della capacità a situazioni effettuali passive non contrasta con la definizione di soggettività come potenzialità di interessi giuridici. La situazione di interessi normativamente tutelata è, infatti, alla base di ogni situazione giuridica attiva o passiva (cfr., per un'applicazione di questo principio, BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1957, 9 s.).

(4) L'individuazione del soggetto giuridico è un problema preliminare di organizzazione dell'ordinamento giuridico; v. al riguardo SCHMIDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1934, 7 ss.; BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, 67 ss. Certo la individuazione del soggetto è utile in quanto serve a determinare l'ambito di applicazione di taluni settori normativi (cfr. RIEZLER, *Naturrecht und Rechtsordnung*, in *Archiv für Rechts- und sozialphilosophie*, 1940-41, 162).

La quasi totalità dell'ordinamento rimane, dunque, aperta agli incapaci, a favore dei quali è predisposta una tutela rafforzata volta ad evitare eventuali pregiudizi nella fase di programmazione o di realizzazione dei loro interessi. In definitiva, l'individuazione della funzione svolta rispettivamente dalle due forme di incapacità deve essere ricavata dal dato normativo. Una considerazione meramente teorica può provocare confusione e rendere incerti anche i limiti dei singoli fenomeni (5).

2. *Il problema dell'incapacità giuridica.* — Il soggetto negli ordinamenti giuridici moderni è punto di collegamento dell'intero sistema normativo, cioè potenziale portatore di tutti gli interessi giuridici e potenziale destinatario degli effetti correlativi. In questo senso la soggettività coincide con la capacità giuridica, intesa questa come posizione generale del soggetto rispetto ai valori espressi dal sistema. Il nostro ordinamento non ammette ipotesi di incapacità giuridica generale, ma prevede incapacità giuridiche speciali dovute alla mancanza di determinate qualità del soggetto. L'incapacità giuridica speciale designa una relazione negativa tra il soggetto e alcune situazioni effettuali, caratterizzata dall'assenza di qualità inerenti alla persona e rilevanti rispetto a taluni settori normativi. Essa non incide sulla capacità giuridica generale o sulla soggettività (6). Né sono figure di incapacità giuridica quelle in cui un soggetto è escluso dalla (riferibilità della) situazione effettuale a causa di relazioni esistenti con l'oggetto o con altro soggetto della fattispecie condizionante o

(5) Come vedremo meglio in seguito l'indice normativo che vale a caratterizzare le due figure di incapacità consiste nel diverso tipo di anomalia che colpisce l'atto compiuto dall'incapace: nel caso di incapacità giuridica l'atto (o, più ampiamente, la situazione complessiva in cui l'atto si inserisce) è nullo (*rectus*: giuridicamente irrilevante), nel caso di incapacità di agire è annullabile (cfr. FALZEA, *Capacità*, cit., 28 ss.). L'incapacità giuridica comporta, dunque, l'impossibilità che certi effetti sorgano nella sfera giuridica di un soggetto; l'incapacità di agire non implica alcuna impossibilità del genere: all'incapace di agire non è preclusa, nel nostro ordinamento giuridico, la possibilità di porre in essere comportamenti giuridicamente efficaci (sulla definizione di capacità di agire come capacità di agire con effetti giuridici v. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1887, 193; REGELSBERGER, *Pandekten*, München und Leipzig, 1900, 438; HUSSERL G., *Rechtssubjekt und Rechtsperson*, in *Arch. civ. Pr.* 1927, CXXVII, 185; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1942, 39).

(6) FALZEA, *op. ult. cit.*, 20, 22.

della situazione giuridica effettuale e con i correlativi piani di interessi: queste ipotesi rientrano nel fenomeno del difetto di legittimazione. Così negli esempi tradizionalmente ricordati (7): in taluni impedimenti al matrimonio (art. 87, 88 c.c.) o all'adozione (art. 293, 295 c.c.), nell'indegnità a succedere (art. 463 ss. c.c.), nell'incapacità di ricevere per testamento o per donazione (art. 592, 799 ss. c.c.), nei divieti di acquisto stabiliti dall'art. 1471 e negli art. 323, 378, 396 comma 2 c.c., nel divieto di cessione dei crediti di cui all'art. 1261 c.c. In tutti questi casi il soggetto è escluso dalla situazione effettuale per ragioni a lui estrinseche e che non concernono quella situazione soggettiva preliminare e irrelata in cui consiste la capacità giuridica (8).

Di più complessa soluzione appare il problema dei rapporti fra incapacità giuridica e incapacità di agire. La tradizionale definizione della norma come direttiva dell'agire umano sembra comportare due corollari: la norma ha come suo punto di collegamento l'uomo, e l'uomo deve essere in grado di assumere il comportamento che la norma autorizza o impone (9) (v. PERSONA GIURIDICA). Da qui la tesi dalla necessaria convergenza, nel concetto di soggettività, della capacità giuridica e della capacità di agire (10). L'in-

(7) Cfr. i rilievi del RESCIGNO P., *Capacità giuridica (Diritto civile)*, in *Nss.D.I.*, II, 1958, 876, e Id., *Legittimazione (Diritto sostanziale)*, Ivi, IX, 1963, 720.

(8) FALZEA, *op. ult. cit.*, 44 ss. Che non si tratti di ipotesi di incapacità è dimostrato dalla constatazione che il soggetto non è escluso da una categoria generale di effetti giuridici, o anche da un singolo tipo di effetto, nei riguardi di chiunque e relativamente a qualsiasi bene (FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 189).

(9) I due corollari sono già negati dall'osservazione della realtà giuridica che riconosce la soggettività ad enti diversi dall'uomo e agli incapaci di agire.

(10) Il tentativo di elaborare una nozione unitaria di soggettività giuridica in cui confluisca la capacità giuridica e la capacità di agire trova la sua giustificazione in premesse di carattere filosofico. Si ricordi l'insegnamento di KANT: « *Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind* » (*Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, Königsberg, 1797-1798, ora in *Werke in sechs Bänden herausgegeben von W. Weischedel*, Wiesbaden, 1956, 329). L'influsso di Kant è visibile nell'opera di THIBAUT (v. sul punto, LANDBERG E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München und Berlin, 1910, 111, 2, 29 ss., 69 ss.; e KIESSNER, A. F. J. Thibaut, in *ZSS.R.*, 1960, 67, 328 ss.) il quale non riconosce la capacità giuridica agli incapaci di intendere o di volere (THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Jena, 1803, 188). L'orientamento di questo autore è particolarmente importante, perché va a lui attribuito il merito di aver introdotto il concetto di capacità giuridica nella dottrina tedesca (cfr. MICHAELIS,

capacità di agire avrebbe come conseguenza necessaria l'incapacità giuridica: è inutile

Die Überwindung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1937, II, 306). THIBAUT, nell'ottava edizione del *System des Pandektenrechts* (Jena, 1828) muta opinione ed indica come soggetto giuridico chi « *einen menschlichen Körper hat* » (p. 212, 213). Tale interpretazione, pur apparendo in netto contrasto con la nozione di diritto soggettivo come libertà di agire (così espressamente KIERULFF, *Theorie des gemeinen Rechts*, I, Altona, 1839, 154, 33, 39), era destinata a divenire dominante: cfr. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, II, § 60 ss.: III, § 106, 113, che definisce la capacità giuridica come « *mögliches Haben der Rechte* » e la contrappone alla capacità di agire come « *möglichen Erwerben derselben* », per poi distinguere fra « *Rechtzuständigkeit* » e « *Rechtserwerb* » e « *Rechtsausübung* » (sulla distinzione tra titolarità ed esercizio v. già HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Göttingen, 1832, 120). La diversificazione dei concetti capacità giuridica e capacità di agire è accolta dagli autori più significativi della scienza giuridica tedesca, così WÄCHTER, *Pandekten*, I, allgemeiner Teil, Leipzig, 1880, 200 ss., 205; REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, 234; DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin, 1896, 111; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, 356 ss.; FORSTER-ECIUS, *Preussisches Privatrecht*, Berlin, 1896, 92; CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, allgemeiner Teil, Tübingen und Leipzig, 1900, 191; MATTHIAS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1910, 30; ENNECCERUS e NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1955, 312; RIEZLER e COING, in *Staudinger's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, I, allgemeiner Teil, Berlin, 1957, 62; DANCKELMANN, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München und Berlin, 1967, 9.

Altri autori tentano di agganciare la capacità giuridica alla capacità di agire così, ad esempio, pur sulla base di premesse diverse, HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1901, 111 ss., 116; BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig, 1907. Quest'ultimo mantiene la distinzione fra capacità giuridica e capacità di agire ad un livello meramente logico (57) ritenendo che entrambe le capacità si fondino sugli stessi presupposti (63). In senso parzialmente analogo v. già BERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Freiburg und Leipzig, 1894, § 13 (rist., Aalen, 1961, 216 ss.).

Una posizione di grande rilievo occupa LARENZ (*Zur Logik des konkreten Begriffs*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1940, 279), il quale sviluppa la sua concezione della capacità giuridica nell'ambito della dottrina hegeliana del « concetto concreto-universale ». La relazione fra capacità giuridica e capacità di agire è influenzata dall'idea che la personalità giuridica e morale dipenda dalla « responsabilità »; in definitiva « *Handlungsfähigkeit, Zurechnungsfähigkeit und Verantwortungsfähigkeit sind Momente der Persönlichkeitsbegriffs* »; ma v. già dello stesso autore, *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., 23 e, per la teoria dell'imputazione, Id., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektive Zurechnung*, Leipzig, 1927. Nelle opere successive, pur mantenendo una netta separazione fra capacità giuridica e capacità di agire, LARENZ precisa che « *die Rechtsfähigkeit kommt dem Menschen zu, weil er seinem Wesen nach Person im ethischen Sinne ist* » e l'uomo è « persona » in senso etico in quanto egli solo può agire, può porsi degli scopi, può orientare il suo comportamento alla realizzazione degli

prescrivere un comportamento a chi non è in grado di assumerlo consapevolmente.

L'analisi della struttura normativa e la considerazione del profilo assiologico delle sue componenti conducono a risultati diversi. Il comportamento indicato nella parte effettuale della norma ha carattere strumentale in quanto la trasformazione che esso produce realizza l'interesse protetto. Ora, ciò che importa alla comunità è la realizzazione dell'interesse medesimo; e, a meno che l'interesse per la sua particolare natura non sia realizzabile soltanto dal suo titolare, è indifferente che il comportamento attuativo sia assunto dal titolare della situazione giuridica o da un soggetto diverso. Già su questo piano generale si avverte, quindi, come soggetto dell'interesse e soggetto del comportamento non coincidano necessariamente. Ne consegue che l'incapacità di agire non implica sempre e necessariamente l'incapacità giuridica. La concezione unitaria della teoria della capacità non valuta adeguatamente il carattere strumentale del comportamento che la norma autorizza o impone (11).

scopi che si è posto (Id., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, 130). La tesi della necessaria implicazione fra capacità giuridica e capacità di agire, confluisce, in realtà, nel più complesso tema delle relazioni intercorrenti fra capacità giuridica, capacità di agire e soggettività (v. FALZEA, *Capacità*, cit., 21 ss.).

(11) Si sostiene che il riferimento di conseguenze giuridiche ad un soggetto può essere normativamente escluso non solo negando esplicitamente la spettanza dell'effetto, ma anche non riconoscendo al soggetto la possibilità di porre in essere il comportamento che realizza la situazione effettuale e vietando che altri lo assuma al suo posto. Così per ragioni di età si può essere privati del diritto di contrarre matrimonio, di riconoscere il figlio naturale, di domandare la legittimazione del figlio naturale, ecc. (cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 219 ss.; MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 91; CAPTANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1928, 178 ss.). La tesi suscita non poche perplessità. In primo luogo perché si può legittimamente dubitare che nei casi elencati si abbiano veri e propri diritti soggettivi (cfr. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 106, in nota; e, più in generale, ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, Leipzig, 1897-1898, 44), mentre va osservato che l'esclusione di terzi dal compimento dell'atto, in sostituzione dell'incapace, deriva dalla natura personalissima dell'atto stesso (come rileva il FALZEA, *Capacità*, cit., 28). Il divieto di agire non è poi assoluto; l'atto non è nullo, ma semplicemente annullabile. Tuttavia a questi esempi si richiama continuamente la dottrina giuridistica per avvalorare la tesi della normale conversione dell'incapacità di agire in incapacità giuridica (cfr. Santi ROMANO, *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, ora, in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, 197 ss.; MIELE, *op. cit.*, 98; ZANOBINI, *Corso di diritto amministra-*

Esistono, però, ipotesi ben definite nelle quali potrebbe pensarsi che l'incapace di agire sia escluso dalle conseguenze giuridiche tipiche del suo comportamento. L'incapacità di intendere o di volere si risolverebbe allora nell'incapacità giuridica. Questa possibilità è stata affacciata, con maggiore chiarezza, dalla dottrina penalistica a proposito della imputabilità.

L'analisi del regime dettato nel codice civile e nel codice penale in relazione agli atti illeciti commessi da un incapace di intendere o di volere indica che l'incapace è escluso dalla situazione passiva tipica derivante dall'illecito. L'art. 2046 c.c., regolando l'imputabilità del fatto dannoso, sembra istituire un collegamento atto-agente, ma, in definitiva, finisce con l'escludere la situazione di responsabilità collegata alla commissione dell'illecito.

L'art. 85 c.p. presenta un regime sostanzialmente identico. La scienza penalistica ha discusso a lungo sui rapporti fra imputabilità e capacità giuridica, pervenendo a risultati a volte solo apparentemente contrastanti. Tra la tesi che opera la riduzione della nozione di capacità giuridica penale a quella

dell'imputabilità (12) e l'opinione opposta (13) debbono correre solo differenze marginali se i sostenitori della distinzione non contestano che la non imputabilità costituisca una delle ragioni sostanziali di esclusione della capacità giuridica penale. Non è forse opportuno in questa sede sviluppare l'argomento, ma costituirebbe una inammissibile lacuna non accennare agli aspetti di questa problematica che incidono sulla nozione generale della incapacità giuridica.

La nozione di capacità giuridica accolta dai penalisti è mutuata dalla teoria generale del diritto (14) e viene definita come la virtuale titolarità di rapporti giuridico-penalistici. Bisogna quindi determinare il tipo di rapporto al quale tale posizione giuridica generale va riferita.

La configurazione della capacità giuridica nel diritto penale è direttamente collegata alla soluzione dei problemi relativi alla struttura ed al processo di soggettivazione della norma (15). Conceputa la norma come unità inscindibile di precetto e di sanzione, la giuridicità del dovere di astenersi dal commettere un illecito è connessa all'esistenza di un effetto secondario di natura sanzionatoria (16). Sulla base di questa premessa viene esclusa la capacità giuridica dei non imputabili. Se la giuridicità della norma primaria (o precettiva) è dedotta dall'esistenza della norma secondaria (o sanzionatoria) «ove, in relazione ad un soggetto, non vi sia alcuna norma che preveda il sorgere di rapporti punitivi a seguito della realizzazione di comportamenti posti in essere dallo stesso soggetto, deve concludersi che quest'ultimo non ha alcun dovere d'astenersi da alcun compor-

tamento» (17). La differenza fra imputabilità e capacità può valere solo sul piano dogmatico, giustificando un'autonomia meramente concettuale della capacità penale (18). Non si può tuttavia condividere l'assunto, presupposto da questo indirizzo, secondo il quale non è legittimo distinguere i diversi elementi — oggettivi e soggettivi — che integrano la fattispecie condizionante (19). Nella situazione complessiva che caratterizza l'insorgere dell'effetto penale, invece, occorre isolare i due ordini di elementi: e ciò non solo per la diversa collocazione delle disposizioni sul reato e sul reo — che potrebbe essere giustificata da ragioni di economia descrittiva — ma, principalmente, per l'esistenza di diverse formule di proscioglimento, che rivelano l'orientamento del legislatore a considerare analiticamente, per il loro riflesso sulla situazione effettuale, gli elementi che concorrono a formare la fattispecie condizionante (20). Le forme di inidoneità degli elementi oggettivi vanno perciò tenute distinte dalle forme di inidoneità degli elementi soggettivi e perciò dall'incapacità giuridica.

Né sembra indispensabile ancorare l'autonomia della capacità penale alla soluzione del problema, tuttora vivacemente dibattuto, della natura giuridica delle misure di sicurezza (21). Per i profili che qui rilevano sembra sufficiente tenere presente il processo di soggettivazione della norma penale nei confronti dei non imputabili. A questi ultimi non è applicabile la sanzione penale tipica (art. 85 c.p.), mentre è applicabile una misura di sicurezza. L'irrogazione della misura di sicurezza presuppone normalmente la commissione di un illecito (art. 202 c.p.): ciò è quanto basta per dedurre che anche al non imputabile fa carico un dovere di astensione, rispetto al quale, dunque, esso è pienamente capace. Per questa via vengono superate le obiezioni cui va incontro quella parte della dottrina che propone di tracciare la linea di confine tra capacità penale e imputabilità, asserendo che la prima attiene alla fattispecie che condiziona il rapporto penale primario, la seconda alla fattispecie del rapporto

punitivo (22). Se si afferma che il non imputabile è giuridicamente incapace riguardo al rapporto punitivo e per ciò stesso anche al rapporto precettivo, la distinzione fra imputabilità e incapacità penale perde ogni significato. Accettando i superiori rilievi, invece, da un verso si giustifica la capacità penale del non imputabile rispetto alla norma precettiva e la sua incapacità rispetto alla norma sanzionatoria tipica, e, dall'altro, si pone in primo piano il significato normativo della non imputabilità.

Non approda a risultati più sicuri il tentativo di assorbire l'imputabilità nella categoria della capacità di agire (23). Se l'incapacità di intendere o di volere è la situazione di fatto che esclude l'insorgere dell'effetto sanzionatorio tipico, sembra impossibile negare che essa si rifletta non tanto sulla capacità di agire quanto invece sulla capacità giuridica. La dottrina civilistica, però, mantiene una diretta correlazione tra non imputabilità e incapacità di agire e sostiene che l'incapace di intendere o di volere non possiede l'attitudine alla colpa (24). Numerosi indici normativi contrastano, a nostro avviso, questo punto di vista. L'incapace di agire è, normalmente, destinatario di un trattamento legale differenziato e più favorevole: appare, quindi, in contrasto con il significato proprio del regime giuridico dell'incapacità di agire sostenere che lo stesso può rispondere, in presenza delle condizioni previste dalla legge (art. 2047 comma 2 c.c.), a differenza dei soggetti capaci, per fatti dannosi non commessi con dolo o con colpa. Nel diritto penale, poi, si può rinvenire un dato testuale decisivo. Il non imputabile, se socialmente pericoloso,

tivo, Milano, 1958, 151; v. però FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München und Berlin, 1961, 424 s.; GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich, 1960, 296 ss.; e i decisivi rilievi del FALZEA, *op. cit.*, 27 s., sicché la capacità di diritto pubblico si atteggia, secondo questa tendenza, come «attitudine generale dei soggetti alla titolarità e all'esercizio di situazioni giuridiche» (così, ad esempio, LAVAGNA, *Capacità di diritto pubblico*, in questa *Enciclopedia*, VI, 90). Questa configurazione perde gran parte del suo significato se non si collega ad un regime normativo capace di fondare e giustificare le premesse metodologiche dalle quali l'elaborazione dottrinale ha preso le mosse. Ora, tale costruzione si regge su una nozione relativistica di capacità: nel diritto pubblico, infatti, le situazioni giuridiche sono in gran parte rivolte alla tutela di interessi sociali e si caratterizzano come «situazioni giuridiche speciali, esplicitamente create ai fini dell'organizzazione politica, amministrativa, processuale» (LAVAGNA, *op. cit.*, 90; in generale, sulla concezione relativistica della capacità giuridica, si consulti FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München und Berlin, 1963). Perciò appare del tutto inutile considerare quale potenziale punto di riferimento di tali situazioni chi non è in grado di attualizzarle. Viene così rivalutato l'insegnamento tradizionale, secondo il quale se ad un soggetto è attribuita la capacità giuridica si deve presumere che egli sia anche titolare della capacità di agire: *secus*, (ROMANO, *op. cit.*, 198; LAVAGNA, *op. cit.*, 89). In realtà, se nonostante il difetto di capacità di agire viene attribuita al soggetto una determinata situazione giuridica e l'atto di attribuzione è annullabile (cfr. LAVAGNA, *op. cit.*, 100), ciò prova che il soggetto non era giuridicamente incapace rispetto a quella situazione (FALZEA, *op. cit.*, 29).

(12) BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1969, 356 ss.; v. anche, con lievi differenze, PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1967, 204 s.

(13) MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1938, 64 ss.

(14) GALLO, *Capacità penale*, cit., 881.

(15) Sul problema, in generale, v. MORO, *La subbiettivazione della norma penale*, Padova, 1942.

(16) Questa concezione è dominante: cfr. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*², Padova, 1955, 18 ss.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.; GALLO, *op. cit.*, 882; DELL'ANDRO, *Capacità giuridica penale*, in questa *Enciclopedia*, VI, 108 ss. Sulla tesi contraria, che mette in primo piano l'aspetto valutativo della norma giuridica, v. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Ann. Camerino*, 1930, 5 ss.; AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, 67 ss.; ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 254 ss.; DI ROBIANT, *Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1377 ss.

(17) DELL'ANDRO, *op. cit.*, 115.

(18) Lo ammette anche il DELL'ANDRO, *op. cit.*, 110.

(19) Così invece DELL'ANDRO, *op. cit.*, 111.

(20) L'opportunità di una considerazione analitica dei vari elementi componenti la fattispecie condizionante è sottolineata dal FALZEA, *La condizionalità e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 8.

(21) *Contra*, GALLO, *op. cit.*, 883 ss.

(22) DELL'ANDRO, *op. cit.*, 114; sui rapporti fra capacità al reato e capacità alla pena v. le osservazioni del LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, 361 ss., specialmente 390.

(23) Cfr. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Trattato di diritto civile* diretto da GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, 16; ID., *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro IV. Delle obbligazioni* (Art. 1992-2059), Bologna-Roma, 1967, 314; POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1964, 106; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, 31 ss., 107 ss. Anche se si dovesse accogliere la tesi della responsabilità obbiettiva degli incapaci (cfr., sul punto, CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, 71, ed autori ivi citati) si dovrebbe in ogni caso concludere che l'incapace di intendere o di volere è escluso dalla normativa tipica dell'illecito e quindi è giuridicamente incapace.

(24) DE CUPIS, *Fatti illeciti*, loc. cit.; POGLIANI, *op. cit.*, 32.

Incapacità (dir. priv.)

può essere sottoposto ad una misura di sicurezza; l'accertamento della pericolosità sociale si opera sulla base delle circostanze indicate nell'art. 133 c.p. (art. 203 c.p.) che comprendono la valutazione dell'intensità del dolo e del grado della colpa (art. 133 n. 3 c.p.).

In conclusione, gli indici formali per la individuazione di una incapacità vanno ricercati nelle singole disposizioni normative, le quali devono prefigurare un'esclusione radicale e definitiva dell'incapace da una situazione effettuale. La causa dell'esclusione deve fondarsi su caratteri, su condizioni del soggetto intrinseche ed irrelate.

Dalle ipotesi di incapacità giuridica speciale che si possono isolare nel nostro sistema sembra di poter concludere che questa figura non opera più come strumento di discriminazione politica e sociale, ma rappresenta la traduzione normativa di un'oggettiva inidoneità dell'incapace all'attuazione degli scopi propri di determinati istituti (25).

3. *Figure di incapacità giuridica speciale.* — L'individuazione delle cause di incapacità giuridica speciale varrà a specificare il regime del fenomeno e a chiarirne meglio il significato normativo.

a) L'interdizione può comportare incapacità giuridiche speciali (26). Si osservi innanzi tutto che il legislatore si avvale di una formulazione tipica e ricorrente che sembra sancire una incapacità giuridica speciale in senso tecnico. Così, ad esempio, l'art. 2382 c.c.: « Non può essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi » (ma v. anche gli art. 2399, 2417 c.c.). La formula legislativa esprime, con sufficiente chiarezza, la necessità che determinati soggetti siano esclusi, in via preliminare e definitiva, da determinate situazioni giuridiche. Il divieto non è posto a tutela di un interesse pubblico o privato facente capo ad un ben definito soggetto giuridico, ma sancisce l'incompatibilità fra l'attribuzione della situazione e il sistema di valori della comunità.

b) Il fallimento può escludere l'applicazione al fallito di determinati settori normativi (27): a parte i divieti che il fallito divide con l'interdetto, altre incapacità sono configurate dal divieto di accedere alle sale di borsa (art. 8, 9 l. 20 marzo 1913, n. 272); di assumere l'ufficio di tutore (art. 350 n. 5 c.c.), di curatore (art. 393 c.c.), di giudice popolare d'assise (art. 9 l. 10 aprile 1951, n. 287), di giudice conciliatore (art. 8 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), di arbitro (art. 812 c.p.c.); di iscrizione negli albi degli avvocati e dei procuratori legali (art. 17 n. 2 r.d. l. 27 novembre 1933, n. 1578), dei revisori dei conti (art. 5 r.d. 10 febbraio 1937, n. 228), dei dottori commercialisti (art. 31 n. 2 d.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067), dei ragionieri e periti commerciali (art. 31 n. 2 d.l.g.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1088), dei dottori in scienze agrarie (art. 4 n. 2 r.d. 25 novembre 1929, n. 2248), degli esercenti professioni sanitarie (art. 9 d.l.g.C.p.S. 13 settembre 1946, n. 233), di gestire farmacie (art. 113 t.u. sanitario), ecc. Inoltre, la dichiarazione di fallimento comporta l'esclusione automatica del socio dalla società semplice (art. 2288 c.c.), dalla società in nome collettivo (art. 2293 c.c.) e dalla società in accomandita semplice (art. 2315 c.c.), e causa l'incapacità di assumere la carica di amministratore o di liquidatore di società per azioni e la decadenza dalla carica già assunta (art. 2382 c.c.). L'incapacità di maggior rilievo è costituita dall'esclusione dell'elettore attivo e passivo, essa viene meno alla scadenza dei cinque anni dalla data della sentenza dichiarativa, anche se dura ancora lo stato di fallimento (art. 2 n. 2 l. 7 ottobre 1947, n. 1058; art. 4 l. 20 gennaio 1948, n. 6; art. 5 l. 6 febbraio 1948, n. 29).

c) Quanto al difetto di cittadinanza, il diritto positivo è orientato all'eliminazione di ogni disparità di trattamento tra cittadini e stranieri. Tuttavia taluni campi di norme sono applicabili esclusivamente al cittadino (28). Agli stranieri non è costituzionalmente garantito il diritto di accedere ai pubblici uffici ed alle cariche direttive (art. 51 cost.). La mancanza di cittadinanza si risolve, quindi, in una incapacità giuridica speciale, come si desume dall'art. 127 t.u. imp. civ. St., secondo il quale il venir meno della

cittadinanza è causa di decadenza dal pubblico impiego (29).

d) È storicamente accertato che determinate condanne privavano il soggetto della capacità giuridica (30), e, ancor oggi, in speciali casi la sentenza di condanna dà luogo a forme di incapacità giuridica speciale. Così, ad esempio: « Il condannato all'ergastolo è in stato d'interdizione legale.

La condanna all'ergastolo importa anche la perdita della patria potestà, della potestà maritale e della capacità di testare, e rende nullo il testamento fatto prima della condanna » (art. 32 c.p.). Parte della dottrina ha ritenuto che in questa disposizione siano previsti casi di indegnità e non di incapacità giuridica (31). In realtà il regime predisposto è quello proprio dell'incapacità: l'indegnità è, almeno in questi casi, una delle possibili cause di incapacità giuridica speciale e non costituisce una categoria giuridica autonoma.

Analoga è la condizione dell'interdetto dai pubblici uffici, il quale è privo della capacità di assumere o di acquistare qualsiasi diritto, ufficio, servizio, qualità, grado, titolo, dignità, decorazioni e insegne onorifiche, indicati nell'art. 28 c.p. L'assolutezza di questo divieto è comprovata dalla considerazione che l'interdizione priva il condannato delle situazioni giuridiche già assunte (art. 28 comma 2 c.p.). Così anche l'interdizione da una professione o da un'arte la quale « priva il condannato della capacità di esercitare, durante l'interdizione, una professione, arte, industria, o un commercio o mestiere, per cui è richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza dell'Autorità, e importa la decadenza dal permesso o dall'abilitazione, autorizzazione, o licenza anzidetti » (art. 30 c.p.).

e) La cattiva condotta morale può causare la perdita di determinati diritti o porsi come ostacolo all'attribuzione di certi poteri od uffici (32). La causa di incapacità, verifi-

candosi dopo l'acquisto della situazione, ne produce l'estinzione.

In conclusione, nei casi indicati e negli altri casi che si possono isolare nel nostro ordinamento, l'incapacità giuridica speciale è predisposta per quei soggetti che la legge reputa inidonei rispetto a determinate classi di interessi giuridici.

4. *Incapacità di agire: nozione.* — La capacità giuridica designa una posizione statica, definisce il soggetto quale portatore potenziale di tutti i valori di un sistema normativo dato. Per il passaggio dalla potenzialità all'attualità e dalla mera esistenza del valore alla sua realizzazione il mezzo più frequente è il comportamento. La previsione normativa di un comportamento pone il problema della capacità di agire. Ciò che importa è che il soggetto sia in grado di operare una selezione fra i valori dei quali è il potenziale destinatario, e che, in un momento successivo, sia in grado di portarli a realizzazione. La capacità di agire designa l'idoneità del soggetto in ordine ai comportamenti volti alla costituzione e all'attuazione dei valori giuridici, esprime l'aspetto dinamico della soggettività, l'attitudine del soggetto a porre in essere comportamenti giuridici validi. Il presupposto di fatto della capacità di agire è rappresentato dalla capacità di intendere e di volere. Delle due componenti psicologiche, la volontà è stata da tempo studiata in relazione alle categorie fondamentali della dogmatica giuridica (norma, diritto soggettivo, negozio giuridico), la conoscenza, invece, solo di recente è stata fatta oggetto di una trattazione d'insieme (33): è stata così messa in luce la sua importanza nella vita economica e giuridica dell'uomo, il quale, nelle scelte e nelle azioni, ha necessità di conoscere gli interessi che attengono alla sua sfera pratica e i mezzi più appropriati per realizzarli. Infatti « si vuol dire che l'attuazione del diritto, specie nel suo aspetto normale o fisiologico, cioè in quanto attuazione spontanea e cosciente, sia condizionata alla conoscenza in quanto guida dell'azione » (34). Per la validità dell'atto è dunque necessaria la presenza nell'agente della capacità di intendere e di volere.

L'incapacità di agire, di conseguenza, ha come suo presupposto l'incapacità di inten-

(27) Cfr. VERNACCI DI FOSSOMBRONE, *Capacità commerciale del fallito e fallimento plurimo*, Milano, 1953, 29 ss.; ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in questa *Enciclopedia*, XVI, 379.

(28) V. anche BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 46 ss.

(29) I pubblicisti si occupano di questo tema nello studio dell'invalidità successiva. La mancanza della cittadinanza, sopravvenuta nel corso del rapporto di servizio, determina la decadenza immediata. In questa ipotesi l'amministrazione si limita a dichiarare l'avvenuta estinzione del rapporto d'impiego; cfr. MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico*, Milano, 1968, 73; AMENDOLA, *Dispensa e decadenza (impiego pubblico)*, in questa *Enciclopedia*, XIII, 166.

(30) BARBERO, *op. cit.*, 151 s.

(31) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 220.

(32) MESSINEO, *op. cit.*, 221.

(33) PUGLIATTI, *Conoscenza*, in questa *Enciclopedia*, VII, 45 ss.

(34) PUGLIATTI, *op. cit.*, 59.

(25) Cfr. FALZEA, *Capacità*, cit., 35 s.

(26) BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1961, 151; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 380.

Incapacità (dir. priv.)

dere o di volere e non si traduce in una impossibilità di assumere comportamenti giuridici, bensì comporta una inidoneità ad assumerli validamente: in linea di principio l'atto compiuto dall'incapace produce i suoi effetti, anche se sorge contemporaneamente il potere di rimuoverli (35).

5. *Forme di incapacità di agire: incapacità legale e incapacità naturale.* — Si distinguono tradizionalmente due figure di incapacità di agire, l'incapacità legale e l'incapacità naturale. La prima costituisce una situazione giuridica del soggetto e incide come tale sulla validità degli atti e dei negozi giuridici; la seconda è una situazione di fatto (36), e anch'essa incide sulla validità degli atti e dei negozi giuridici. Entrambe presuppongono l'inidoneità del soggetto a determinarsi coscientemente e si concretano in un mezzo giuridico predisposto a tutela dell'incapace.

Con riferimento ai fatti giuridici che non consistono in comportamenti umani non si pone un problema di capacità. Rimane dunque da accertare se la normativa della capacità possa essere riferita a tutte le attività astrattamente prefigurabili o vada piuttosto limitata a determinate classi di atti. Per risolvere il problema, però, occorre preliminarmente chiarire il rapporto intercorrente fra capacità legale e capacità naturale di agire. Si riscontra sul punto, nella dottrina, la tendenza a prospettare un costante parallelismo fra le due forme di capacità, ed a superare così il problema del coordinamento fra le due diverse normative (37).

A nostro avviso appare eccessivo sostenere che in relazione agli atti per i quali

non è richiesta espressamente la capacità legale, sia sempre necessaria la capacità naturale. Il nostro ordinamento, di regola, quando richiede la capacità del soggetto per il compimento di un atto, si riferisce alla capacità legale e assegna alla normativa sull'incapacità naturale un ruolo negativo e suppletivo: cioè quel che normalmente rileva non è la capacità ma l'incapacità naturale, e solo in quanto il soggetto legalmente capace sia di fatto incapace di intendere o di volere (38). L'orientamento tradizionale è rimasto ancorato invece ad interpretazioni volontaristiche del fenomeno giuridico che non sembrano più trovare accoglimento nel nostro diritto positivo. Il presupposto metodologico qui seguito, secondo cui la prescrizione della capacità di agire come requisito di validità «deve ricercarsi nella disciplina legale delle singole categorie di atti e desumersi dalla natura medesima di tali atti» (39), si fonda sull'accertata erroneità dell'interpretazione dell'incapacità di agire come impossibilità di produrre fattispecie giuridiche e favorisce l'identificazione del criterio seguito dal legislatore nella disciplina della capacità.

Il criterio per decidere sulla necessità giuridica della capacità di agire si desume dalla funzione dell'istituto nell'ambito del quale operano le varie categorie di atti. Se la normativa sull'incapacità è orientata a tutelare gli interessi del soggetto incapace, consegue che un problema di capacità si pone solo in relazione agli atti che, per gli effetti connessi, possono recare pregiudizio all'agente. Questo rilievo, sebbene frequente in dottrina, non è sempre coerentemente sviluppato e ciò porta spesso a soluzioni che appaiono in contrasto con il regime delineato nel codice civile.

Prendiamo le mosse dalle disposizioni sull'incapacità in materia di atti e di contratti (art. 427, 428, 1425 c.c.). L'incapacità di agire (legale e naturale) contraddistingue una regolamentazione predisposta per evitare possibili pregiudizi al soggetto che non possiede l'attitudine a provvedere ai propri interessi (art. 414 comma 1, 428 c.c.). Questa inidoneità a disporre (in senso lato) validamente deriva da una alterazione patologica (giudizialmente accertata) o da una immaturità psichica (legalmente presunta). Per il caso dell'incapacità legale l'art. 427 c.c. prescrive che gli atti compiuti dall'interdetto dopo la

sentenza di interdizione possono essere annullati su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi o aventi causa. Quanto all'incapacità naturale, è previsto un regime parzialmente diverso: l'annullamento, infatti, è subordinato alla prova che l'agente, maggiore di età e non interdetto, sia stato «per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti» e sempre che risulti «un grave pregiudizio all'autore» (art. 428 comma 1 c.c.). «L'annullamento dei contratti non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace di intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente» (art. 428 comma 2 c.c.). Collegando le disposizioni degli art. 414, 427, 428, 1425, 1441 c.c., appare evidente che nelle ipotesi indicate l'incapacità legale e l'incapacità naturale di agire presuppongono l'inidoneità del soggetto a provvedere ai propri interessi. La considerazione del pregiudizio di cui all'art. 428 commi 1 e 2, segna il momento di emergenza dell'interesse del soggetto incapace ed i limiti delle tutele di quest'ultimo nei confronti dei terzi.

Sorgono, con particolare riferimento all'art. 428, problemi teorico-pratici che meritano di essere segnalati. Se si sostiene che la volontà costituisce un elemento essenziale del negozio giuridico, si deve logicamente concludere per la nullità (o l'inesistenza) del negozio compiuto dall'incapace di intendere o di volere. Già sotto l'impero del codice del 1865 parte della dottrina aveva prospettato, con motivazioni diverse, la tesi della semplice annullabilità (40). Questo orientamento interpretativo è stato accolto dal legislatore del 1942, che lo ha tradotto nella formula dell'art. 428, suscitando una serie di vivaci reazioni da parte dei fautori della concezione volontaristica del negozio (41). Il dato normativo costituisce però un ostacolo difficilmente superabile e rappresenta invece un valido argomento per un'interpretazione del fenomeno negoziale in termini diversi (42).

(40) Per una rassegna critica delle varie tesi si rinvia a DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1939, 26 ss. (ma v. già dello stesso autore, *L'infirmità di mente nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 189 ss.).

(41) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, 23 ss.

(42) SUL PROBLEMA, PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*,

Resta però da chiedersi se la prospettiva volontaristica abbia conservato valore riguardo agli atti non negoziali e se, come pure è stato sostenuto, la capacità naturale assume un diverso rilievo nei confronti di questa categoria. Comunque si intenda la distinzione fra atti negoziali e atti non negoziali, si deve riconoscere che la volontà che l'ordinamento considera nelle azioni umane è una volontà cosciente, cioè consapevole del significato sociale o giuridico che l'atto ha. L'azione umana, questo è un dato di esperienza comune, è normalmente orientata al conseguimento di un risultato (43). La volontà cosciente che l'ordinamento può richiedere per il valido ed efficace compimento dell'atto deve essere conoscenza (e coscienza) del risultato cui l'atto tende e volontà dell'atto come mezzo rivolto al conseguimento di quel risultato. Se queste premesse sono esatte si può studiare unitariamente il rilievo della coscienza e della volontà nel contratto e negli atti giuridici negoziali e non negoziali. Il contratto compiuto da un soggetto in stato di incapacità di intendere o di volere è annullabile, nonostante manchi nel dichiarante non solo la volontà del contenuto, ma addirittura la volontà della manifestazione (44); e poiché la capacità naturale assolve alla medesima funzione negli atti e nei negozi giuridici, è possibile dedurre che la volontà non rileva come dato essenziale e che un problema di capacità non si pone per tutti gli atti leciti, negoziali o non inidonei a recare un pregiudizio al soggetto incapace.

Sotto un profilo pratico appare opportuno sottolineare che il pregiudizio è elemento indispensabile per l'annullamento non solo degli atti, ma anche dei contratti (45). Il com-

1940, I, ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica* (Saggi), Milano, 1951, 63 ss., e, specialmente, 70; GIORGIANNI, *La c.d. incapacità naturale nel primo libro del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 413 ss.; FUNAIOLI G. B., *L'incapacità di intendere e di volere del nuovo codice*, in *Riv. dir. priv.*, 1944, I, 10 ss.; ID., *Invalutà della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, I, 1947, 48, 215 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1960, 64.

(43) JHERING, *Der Zweck im Recht*², I, Leipzig, 1893, 14; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, estratto dal volume *In memoria di G. Venezian*, Messina, 1934, 187 ss., ora in *Diritto civile*, cit., 82 ss.

(44) GIORGIANNI, *op. cit.*, 414; CARIOTA-FERRARA, *Volontà, manifestazione, negozio giuridico*, in *Ann. dir. comp.*, 1941, XV, 379 s. in nota.

(45) RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 49; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*,

(35) Per una analisi attenta dei rapporti fra incapacità di intendere o di volere (ex art. 428) e infirmità di mente (ex art. 414 c.) v. FAZIO, *In tema di incapacità naturale riferita ad una sentenza di inabilitazione*, in *Giur. sic.*, 1959, 279 ss.

(36) FALZEA, *op. ult. cit.*, 29 s.

(37) In tal senso, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*², Napoli, 1966, 110 s.; RESCIGNO, *Capacità di agire*, cit., 866. La dottrina germanica meno moderna (cfr. JUNG, *Bürgerliches Recht*, Berlin, 1928, 508), riteneva necessaria la capacità naturale per il compimento degli atti materiali. La più moderna dottrina è orientata in senso contrario, FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Wien, 1965, 213; v. anche HEFERNEHL, in SOERGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁹, Stuttgart, 1967, 419; RIEZLER e COING, *op. cit.*, 533. Si avvertiva da tempo la difficoltà di un'estensione delle regole contenute nei § 104 ss. BGB agli atti giuridici in senso stretto v., sul punto, SCHWIMANN M., *Die Institutionen der Geschäftsfähigkeit*, Wien, 1965, 18, ed autori ivi citati.

(38) Cfr. *infra*, § 6.

(39) FALZEA, *op. ult. cit.*, 24.

ma 2 dell'art. 428 va interpretato inserendo la disposizione nel sistema complessivo, al fine di cogliere l'orientamento del legislatore nel regolare la sorte degli atti pregiudizievole e, per questo, in vario modo rinvocabili: così, ad esempio, nella disciplina della rescissione, la quale riguarda l'assunzione di « obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona » (art. 1447 c.c.). In entrambi i casi il legislatore interviene a proteggere il contraente più debole, a condizione però che la controparte conosca i motivi della debolezza altrui. Così anche per l'art. 1448 c.c. (ma v. pure l'art. 643 c.p.) con il quale si tende ad eliminare il pregiudizio arrecato all'incapace da chi, conoscendone lo stato, ne abbia tratto profitto. Collegando, poi, le disposizioni contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 428 c.c. si perviene alla conclusione che l'espressione « atti » del primo comma è riferibile anche ai contratti, per l'impugnativa dei quali il pregiudizio assume (o può assumere) una doppia rilevanza, come pregiudizio in sé considerato e come indice della mala fede dell'altro contraente (46). Tuttavia, la buona fede della controparte, anche in presenza di un pregiudizio dell'incapace, esclude l'annullamento: si attua così un contemperamento equitativo dei due interessi in giuoco. D'altra parte non è da escludere che il pregiudizio assuma rilievo anche nell'impugnativa concessa al soggetto legalmente incapace (47). Una tale interpretazione è avvalorata dalla stessa formulazione normativa — secondo la quale « gli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza d'interdizione possono (non già debbono) esser annullati » (art. 427 c.c.) (48) — e

Milano, 1955, 258; Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, 100; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*¹⁶, Padova, 1966, 85; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*⁶, cit., I, 1965, 156; contra, PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, 179; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, s.d., 488. In giurisprudenza entrambe le tesi hanno trovato accoglimento: cfr. Cass. 29 marzo 1957, n. 1092, in *Cal. giur.*, 1957, 532; Cass. 23 luglio 1960, n. 2123; App. Milano 5 giugno 1962, in *Giust. civ.*, 1962, II, 2266; App. Firenze 23 settembre 1965, in *Giur. tosc.*, 1966, 20; e App. Cagliari 13 dicembre 1960, in *Rass. giur. s.*, 1961, 216; Cass. 8 novembre 1966, n. 2732; Cass. 25 luglio 1967, n. 1931.

(46) RESCIGNO, *loc. cit.*; contra, BETTI, *op. ult. cit.*, 214.

(47) RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 74.

(48) Un'interpretazione equitativa che tenesse conto di tutti gli interessi in giuoco avrebbe consigliato di concedere alla controparte dell'incapace il potere di paralizzare l'azione proposta dal rappresen-

dalla funzione dell'istituto. Se si ammette infatti che la normativa dell'incapacità riposa sulla riconosciuta inidoneità del soggetto a provvedere ai propri interessi (art. 414 c.c.), sembra coerente ritenere che la ragione della tutela viene meno quando il soggetto, legalmente incapace, abbia conseguito una situazione che appare obiettivamente favorevole (art. 1441 c.c., art. 100 c.p.c.). La tutela dell'incapace deve trovare un limite nella sicurezza della circolazione giuridica e forse anche nel divieto di abuso del diritto (49).

6. *L'incapacità di agire e gli atti non negoziali.* — Il rilievo che l'incapacità assume rispetto ai vari tipi di atti dipende dai caratteri propri del singolo tipo.

L'osservazione strutturale non sembra strumento idoneo a risolvere il problema della capacità nei confronti degli atti non negoziali. Il criterio strutturale potrebbe servire solo se si attribuisse rilevanza essenziale alla coscienza e alla volontà del soggetto che pone in essere l'atto: è facile dimostrare però, che in molti casi, coscienza e volontà non sono necessari per l'esistenza dell'atto, mentre « assume esclusivo rilievo, in coerenza alla natura essenzialmente oggettiva del diritto, il momento esterno dell'attività » (50).

La categoria dell'atto, nella sua tradizionale configurazione, diviene così inidonea al-

tante di quello con la dimostrazione della mancanza di pregiudizio o, addirittura, del positivo vantaggio dell'atto per l'incapace (RESCIGNO, *loc. cit.*). Il rilievo che i rappresentanti legali non avevano mai perseguito l'annullamento degli atti posti in essere dai loro rappresentanti, solo a causa dell'incapacità di questi ultimi e prescindendo dalla considerazione di un qualsivoglia svantaggio, giustifica, secondo alcuni autori, l'assenza della menzione del pregiudizio come condizione di annullabilità (così BARASSI, in *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, Roma, 1934, 795).

(49) Sui rapporti tra sicurezza della circolazione giuridica ed incapacità negoziale v. BRANDT, *Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerliches Recht und Konkursrecht*, Stuttgart, 1936, ma v. già RUEMELIN, *Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr*, Tübingen, 1912; sul problema dell'abuso del diritto, v. ROMANO Salv., *Abuso del diritto*, in questa *Enciclopedia*, I, 166 ss.

(50) È infatti possibile che « la legge prenda in considerazione atteggiamenti involontari e inconsci, in quanto già capaci di esprimere esigenze umane giuridicamente rilevanti: si hanno allora i cosiddetti atti materiali (specificazione, occupazione, possesso, ecc.) in quanto produttivi di effetti giuridici (FALZEA, *Fatto giuridico*, in questa *Enciclopedia*, XVI, 950). In senso sostanzialmente conforme LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., 148; FLUME, *op. cit.*, 213 ss.

la comprensione di tutta una serie di fenomeni ed è necessario fare ricorso alla più ampia categoria del comportamento (51).

Le varie figure di comportamento si differenziano fondamentalmente per il modo con cui costituiscono e attuano le esigenze umane giuridicamente rilevanti. Per questa via è possibile distinguere comportamenti inattuali (o dichiarativi) e comportamenti attuali (o reali). I primi non incidono direttamente su interessi dell'uomo e presentano la struttura propria delle dichiarazioni; i secondi sono immediatamente realizzativi o lesivi di interessi umani e presentano normalmente la struttura propria degli atti reali (52). Il problema dell'incidenza della capacità di agire va ora posto in relazione a questi tipi di comportamento.

a) Dichiarazioni di volontà non negoziali. Questa categoria è stata solo da poco tempo oggetto di un'adeguata trattazione che permette alcune considerazioni generali preliminari al problema qui studiato (53). I giuristi tedeschi del secolo scorso avevano elaborato una definizione di negozio giuridico come dichiarazione di volontà che divenne trattativa. Solo all'inizio di questo secolo è stato possibile, sulla base dell'esame di ben definite figure giuridiche, giungere alla conclusione che « non ogni fattispecie alla quale appartiene una dichiarazione di volontà è un negozio giuridico » (54). L'enucleazione di una serie di figure non negoziali ha aperto la via all'indagine successiva rivolta a costruire la relativa categoria unitaria mediante la determinazione di un regime giuridico differenziato. In questo settore non si può procedere all'estensione in via analogica delle regole negoziali. Il metodo analogico ha mostrato, infatti, la sua inidoneità ad offrire un regime coerente per tutti i fenomeni complessi tradizionalmente ricompresi nella categoria. Né appare utile procedere ad una elencazione casistica, insufficiente a fornire dati sicuri di individuazione dei principi che

(51) FALZEA, *loc. cit.*

(52) Viene utilizzato il criterio distintivo indicato dal FALZEA, *op. ult. cit.*, 950.

(53) Fondamentali, i contributi del MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901; Id., *Willenserklärung und Willensgeschäft*, München, 1912, e del KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, München, 1912; in Italia v. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955 e, da ultimo, PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966.

(54) ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht*, I, Berlin, 1903, 122.

regolano le diverse figure. La distinzione fra le dichiarazioni di volontà negoziali e le dichiarazioni di volontà non negoziali si coglie centrando l'indagine sulle trasformazioni giuridiche che seguono la verifica dei due diversi tipi di comportamento dichiarativo (55). Si è constatato, infatti, che la dichiarazione negoziale causa una trasformazione giuridica di tipo superiore, costituendo, modificando o estinguendo una situazione effettuale. Le dichiarazioni di volontà non negoziali non hanno questa forza giuridica. Esse da una parte si fondano su una situazione soggettiva già costituita e, dalla parte opposta, non producono una nuova situazione effettuale (56), limitandosi a specificare o conservare la situazione di interessi preesistente. Le dichiarazioni non negoziali, in definitiva, presentano un'efficacia di tipo dichiarativo, recentemente definita nei suoi caratteri fondamentali (57). Il dato caratterizzante che si conquista attraverso la distinzione tra atti con efficacia innovativa (o costitutiva in senso lato) e atti con efficacia dichiarativa è il seguente: gli atti con efficacia innovativa producono un mutamento della situazione effettuale preesistente, gli atti con efficacia dichiarativa producono un mutamento nella situazione giuridica preesistente. Nel processo di svolgimento delle situazioni effettuali molte fasi sono caratterizzate dalla presenza di dichiarazioni di volontà non negoziali, quali strumenti che preparano o attuano la realizzazione dei valori giuridici. Questa considerazione assume particolare rilievo per la soluzione del problema della capacità. L'autonomia concessa al soggetto consiste nella libertà di prescegliere uno qualsiasi dei risultati pratici che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela (art. 1322 c.c.) e di adeguare gli strumenti giuridici al conseguimento del risultato prescelto. Una tale sfera di libertà non è impegnata nella dichiarazione non negoziale di volontà. L'autonomia è stata scontata nella precedente programmazione e nella conseguente situazione giuridica: in casi limite esiste solo la libertà di scegliere tra l'assunzione e la non assunzione del comportamento dichiarativo. Tali caratteristiche po-

(55) Questo criterio, sviluppato dal FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 492 ss. (ma v. già Id., *Teoria dell'efficacia giuridica*, Milano, 1951, ed. provv.), è seguito dal PANUCCIO (*op. cit.*, 306 ss.), nell'individuazione delle figure più tipiche di dichiarazioni non negoziali.

(56) PANUCCIO, *op. cit.*, 312.

(57) FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 492 ss.

Incapacità (dir. priv.)

trebbero far ritenere che la capacità di agire non sia richiesta per la validità della dichiarazione non negoziale (58). Questa conclusione sarebbe, però, eccessiva. Non vi è chi non veda come un ordine, un'istruzione, una scelta compiuta da un incapace possano pregiudicare gli interessi dell'incapace stesso, rendendo pregiudizievole lo svolgimento dell'effetto giuridico. La considerazione sostanziale del fenomeno richiede che il soggetto sia capace non solo nel momento della costituzione dell'interesse ma anche nel momento in cui l'interesse costituito viene indirizzato in una delle sue possibili specificazioni (59).

b) Dichiarazioni recettizie. Il problema della capacità del dichiarante si risolve anche in questo caso sulla base della qualificazione della dichiarazione (negoziale o non negoziale), secondo i rilievi avanti svolti. Diverso è il problema della capacità del destinatario della dichiarazione. La dottrina dominante ritiene applicabile alla specie il principio posto dall'art. 1190 c.c. (60), secondo il quale « il pagamento fatto al creditore incapace di riceverlo non libera il debitore, se questi non prova che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace ». Questa soluzione sembra contraddetta da ragioni di ordine teorico e pratico. Innanzi tutto occorre definire il ruolo della conoscenza nella determinazione dei comportamenti umani. La coscienza dell'atto va configurata come il presupposto « perché il soggetto sia in grado di compiere una ulteriore attività responsabile e rilevante in relazione a determinati effetti giuridici » (61). La capacità di intendere, che è posta alla base della capacità legale e naturale di agire, è espressione della idoneità del soggetto a prendere cognizione non solo dei risultati di un'azione (da lui) voluta, ma anche delle situazioni della realtà che precedono l'assunzione di un qualsiasi comportamento, al fine di avere presenti i dati alla luce dei quali andrà valutato il risultato dell'azione. La capacità di agire presuppone, in talune circostanze, l'esistenza e la conoscenza dei fatti che rendono l'azione

(58) PANUCCIO, *op. cit.*, 345. In realtà questa affermazione si rivela esatta solo se riferita alle dichiarazioni non negoziali di volontà che non possono recare un pregiudizio al dichiarante, come, in definitiva, sostiene anche il PANUCCIO (*op. cit.*, 106 ss.; 122 ss.; 139, 149, 154, 174, 185, 189, 195, 198).

(59) In questa ipotesi però l'incapacità, forse, non rileva direttamente ma è presupposto di applicazione della normativa sulla buona fede nell'esecuzione.

(60) V. da ultimo PANUCCIO, *op. cit.*, 232 ss., ed autori ivi citati.

(61) FALZEA, *Capacità*, cit., 19.

del soggetto possibile o necessaria. Nella specie esaminata « oggetto della valutazione non è dunque la dichiarazione del terzo nel momento della sua ricezione da parte del destinatario ma il fatto di coscienza di quest'ultimo » (62). La presa di coscienza del destinatario è un fatto in senso proprio e, in quanto tale, rifiuta quella stretta assimilazione al comportamento del creditore in sede di adempimento che si presenta come presupposto necessario di un'estensione analogica dell'art. 1190 c.c., estensione che potrebbe reggersi solo sulla base del richiamo generico al fondamento della capacità come istituto volto alla tutela del soggetto incapace. E qui viene in considerazione il secondo profilo, di ordine pratico. La categoria delle dichiarazioni recettizie comprende una notevole varietà di figure. La delimitazione dei vari tipi è stata ottenuta muovendo dalla definizione delle dichiarazioni recettizie come quelle dichiarazioni che, per la funzione pratica o giuridica che sono destinate a realizzare, devono essere conosciute giuridicamente dal destinatario (63). In una prima classe, la conoscenza del destinatario costituirebbe condizione necessaria di operatività pratica della dichiarazione (così, ad esempio, nelle proposte, nelle richieste, nelle intimazioni, nelle partecipazioni di notizia): la conoscenza del destinatario, così, rileverebbe come condizione per l'esistenza o per l'efficacia della dichiarazione e la capacità si attergerebbe come idoneità a concorrere alla produzione della fattispecie complessiva. La capacità, in questo primo caso, non svolge una funzione di tutela del destinatario, ma assume un ruolo diverso, sicché non è applicabile il regime della capacità in senso tecnico. Nelle altre dichiarazioni recettizie, rivolte alla limitazione della sfera giuridica altrui, la conoscenza della dichiarazione si affermerebbe invece come strumento di tutela del destinatario. Le dichiarazioni di questo tipo, infatti, « modificano o eliminano una situazione attiva del terzo, creano o modificano una situazione passiva, creano o modificano o estinguono un rapporto giuridico fondamentale del quale il terzo sia partecipe » (64). Esse costituiscono esercizio

(62) FALZEA, *lc. ult. cit.*

(63) GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in questa *Enciclopedia*, XII, 385. Sulle dichiarazioni recettizie v. le incisive osservazioni del PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, I, Milano, 1957, 370 ss.; ID., *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile*, cit., 562 ss.

(64) GIAMPICCOLO, *lc. cit.*

di un diritto potestativo del dichiarante e perciò è irrilevante la capacità di agire del destinatario, tutte le volte in cui questi non possa né impedire, né paralizzare la trasformazione giuridica (di tipo innovativo o di tipo dichiarativo) che la dichiarazione produce. Tuttavia, se il destinatario si trova in stato di incapacità, può aversi l'esonerazione della sua responsabilità per non aver adottato il comportamento che risulti dovuto a seguito della dichiarazione. Quando tra il dichiarante e il destinatario della dichiarazione sussiste un rapporto potestativo il principio che regola la capacità del destinatario si desume, dunque, dall'art. 1191 c.c.

c) Dichiarazioni di scienza. Il regime della capacità riguardo a questo tipo di dichiarazioni è predeterminato dalla legge. I principi su esposti si possono quindi fondare su precise indicazioni normative. L'art. 2731 c.c. richiede la presenza nel confidente della capacità di disporre del diritto, al quale si riferiscono i fatti confessati; e ciò si spiega « in base al carattere oggettivamente sfavorevole per il dichiarante del fatto confessato » (65). L'art. 248 c.p.c. prevede, al contrario, che possono essere sentiti come testimoni i minori degli anni quattordici: la norma si giustifica in considerazione della idoneità della testimonianza a produrre conseguenze sfavorevoli al dichiarante.

d) Atti reali. Il comportamento materiale, in cui l'atto reale si concreta, è immediatamente realizzativo o lesivo di un interesse pratico dell'uomo (66). Mentre la dottrina germanica più moderna è propensa a ritenere irrilevante, per la validità dell'atto reale, la capacità di agire (67), la dottrina italiana più autorevole (68) condiziona l'esistenza giuridica dell'atto alla capacità di intendere e di volere, assumendosi che l'atto esiste solo se sorretto da una volontà consapevole. Ancora una volta la considerazione morfologica dei fenomeni ha il sopravvento sugli aspetti sostanziali dei problemi giuridici ai quali si tratta di rispondere. I nostri giuristi muovono dalla distinzione fra atto reale e negozio, rilevando che nel primo è sufficiente la coscienza e la volontà dell'atto, mentre nel secondo è indispensabile la coscienza e

(65) PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, 15 s.

(66) FALZEA, *op. ult. cit.*, 18; CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 54 ss.

(67) FLUME, *op. cit.*, 213.

(68) SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 212.

la volontà del contenuto dell'atto (69); si giunge così alla conclusione — per esempio, in tema di atto di acquisto del possesso — che la capacità viene sempre in considerazione come semplice volontà e coscienza dell'atto e, quindi, come tale, può essere riconosciuta ai soggetti che versano in stato di incapacità legale purché siano in grado di intendere il significato del loro comportamento e di volere la presa di possesso della cosa (70). In questa impostazione, però, la normativa dell'incapacità legale e dell'incapacità naturale di agire non sembrano esattamente coordinate. L'incapacità legale esclude, in relazione agli atti leciti, la rilevanza della capacità naturale di agire e quindi anche della incapacità naturale. In relazione agli atti leciti, nel nostro ordinamento, la capacità naturale non ha, almeno di regola, un rilievo autonomo, e l'incapacità naturale svolge un ruolo negativo e sussidiario; quel che normalmente rileva non è la capacità, ma l'incapacità naturale, e solo in quanto il soggetto legalmente capace sia di fatto incapace di intendere o di volere. L'inaccettabilità del criterio proposto appare anche in materia di adempimento. Si sostiene che la capacità di agire assume rilievo come possibilità del soggetto di porre in essere il comportamento dovuto (capacità di volere) e non come possibilità di intendere il significato del comportamento (capacità di intendere) (71). Viene così operata una inammissibile scissione tra le due facoltà dello spirito, la cui compresenza è necessaria per l'assunzione di un comportamento giuridicamente valido: per il nostro diritto positivo la capacità naturale implica la capacità di intendere e di volere (arg. ex art. 428, 1389 c.c.). D'altra parte, con riguardo all'influenza dell'atto sul sistema di interessi dell'agente, si constata l'esistenza di vari comportamenti (come, ad esempio, l'occupazione) produttivi di un effetto vantaggioso: rispetto a tali comportamenti è giuridicamente inutile il ricorso all'istituto della incapacità. Lo stesso dovrebbe dirsi con riferimento all'atto di adempimento rispetto al quale l'incapacità del *solvens* non acquista alcun rilievo, in quanto i risultati che l'atto produce sono giuridicamente favorevoli per l'agente e l'atto in sé è un atto dovuto. Il problema dell'incapacità non si pone, infatti, per i comportamenti che costituiscono lo svol-

(69) CAMPAGNA, *op. cit.*, 134.

(70) CAMPAGNA, *op. cit.*, 155.

(71) CAMPAGNA, *op. cit.*, 200, in nota.

Incapacità (dir. priv.)

gimento di una situazione effettuale passiva. L'ordinamento giuridico che richiede ai fini dell'impugnativa dell'atto posto in essere da un incapace naturale l'estremo del pregiudizio « non può considerare pregiudizievole un comportamento che impone come doveroso » (72).

La dottrina è spesso fuorviata dalle dispute sulla tipologia dell'atto di adempimento. Ai fini della determinazione del regime giuridico non è però necessario identificare la struttura dell'atto (negoziale o non negoziale), quanto piuttosto individuarne la funzione (73). La funzione e non la struttura dell'adempimento giustifica la logica della disposizione contenuta nell'art. 1191 c.c.: se non può derivare al debitore alcun pregiudizio ogni volta che la sua attività solutoria sia contenuta nei limiti dell'obbligazione assunta, il profilo della capacità non acquista alcun rilievo. Il regime individuato dovrebbe trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui l'atto di adempimento si presenti, strutturalmente, come un negozio giuridico, purché il contenuto di questo rimanga nei limiti posti dall'obbligazione (74).

Giacomo Arena

Fonti. — Sono citate nel testo, in particolare al § 3.

LETTERATURA. — Oltre alle opere citate nella bibliografia di CAPACITÀ (*teoria generale*), v. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München und Berlin, 1963; SCHWIMMANN M., *Die Institutionen der Geschäftsfähigkeit*, Wien, 1965.

b) DIRITTO ECCLESIASTICO.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. — 2. Limiti alla posizione giuridica del soggetto determinati dal fattore religioso. — 3. Individuazione di un criterio di classificazione delle diverse figure; distinzione tra incapacità, incompatibilità ed esenzioni. — 4. Utilità del criterio di classificazione prescelto ai fini del raffronto con la disposizione costituzionale di eguaglianza. — 5. Esame di fattispecie: a) disposizioni unilaterali statali: esclusione da cariche pubbliche elettive; esclusione da funzioni amministrative o giudiziarie e dall'esercizio di determinate professioni. — 6. Segue: b) disposizioni di derivazione pattizia: limiti alla posizione giuridica del soggetto derivanti dall'art. 5 conc. e dall'art. 23 del Trattato.

(72) RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 125.

(73) Sull'atto di adempimento v. NICOLÒ, *Adempimento (diritto civile)*, in questa *Enciclopedia*, I, 556.

Un'analisi attenta delle relazioni fra struttura e funzione dell'adempimento è condotta dal BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1967, 49 ss.

(74) Cfr. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 145 ss.; v. però GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 196 s.

1. *Considerazioni preliminari.* — La dottrina ecclesiasticista adopera di frequente l'espressione « incapacità » riferita ai limiti posti alla posizione del soggetto nel mondo giuridico, determinati dal fattore religioso; ma il termine, usato insieme con altri, quali incompatibilità, esenzioni, immunità, inleggibilità o, più raramente, privilegi odiosi (1), assume un significato impreciso ed equivoco, perché alle diverse espressioni non corrispondono concetti esattamente delineati.

Invero la disciplina normativa, necessariamente frammentaria, non aiuta l'interprete nella sistemazione delle diverse fattispecie. Infatti il legislatore, particolarmente in questa materia, tende a regolare secondo esigenze di volta in volta diverse le singole situazioni alle quali collega effetti giuridici, senza troppo curare l'uniformità terminologica né inquadrare in un più vasto disegno sistematico le singole disposizioni, secondo il principio che lo vuole alieno da concetti e definizioni dottrinali, le quali, come tali, convengono piuttosto all'interprete (2).

Si potrebbe peraltro ritenere superfluo, almeno per la questione in esame, ogni sforzo interpretativo che vada oltre la mera esegesi delle singole disposizioni. Un tentativo di costruzione sistematica risponderebbe cioè ad esigenze di ordine e di chiarezza, ma sarebbe dommaticamente sterile e praticamente non necessario, perché dall'inquadramento delle fattispecie nell'una o nell'altra figura non scenderebbe alcuna apprezzabile conseguenza. A dissipare questo dubbio vale ricordare solo, per ora, che nell'ordinamento costituzionale repubblicano non vi è spazio per limiti alle situazioni soggettive dei cittadini, dovuti a distinzioni di carattere religioso, che costituiscano vere e proprie incapacità della persona. Ne segue la necessità di delineare un corretto criterio di individuazione delle incapacità determinate dal fattore religioso, che valga a distinguere con chiarezza questa figura dalle altre affini. All'esecuzione di questo disegno è necessario premettere l'indicazione delle fattispecie di

(1) Non sembra necessaria una completa rassegna terminologica, che individui preliminarmente i diversi significati che queste locuzioni assumono nelle formule legislative e nella letteratura ecclesiasticista; per una sommaria indagine in tal senso si rinvia al lavoro di ADVERSI, *Note sulle incompatibilità dei ministri di culto e degli ecclesiastici a coprire dati uffici*, in *Dir. eccl.*, 1962, I, 69 ss.

(2) Questo concetto, ma con riferimento alla nozione di negozio giuridico, in SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 128-129.