

## VALUTAZIONE DELLA CAPACITÀ DEL TESTATORE E FORMA DEL TESTAMENTO

SOMMARIO: 1. La capacità testamentaria e il caso dell'incapacità naturale. – 2. La valutazione della capacità testamentaria. – 3. La prova dell'incapacità. – 4. Il controllo del notaio che riceve le disposizioni di ultima volontà. – 5. *Segue*. Incertezze e criticità del metodo tradizionale. – 6. La valutazione della *testamentary capacity* nel diritto inglese e il ruolo del *draftman*. – 7. La responsabilità del professionista che redige o riceve le disposizioni di ultima volontà. – 8. Il testamento dell'incapace sotto il controllo del giudice.

1. In base alla disciplina del codice civile non possono disporre per testamento le persone che non hanno compiuto la maggiore età e gli interdetti per infermità di mente (art. 591 nn. 1 e 2). Inoltre, non possono disporre per testamento i soggetti che, «sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento» (art. 591 n. 3). L'ipotesi da ultimo ricordata, della c.d. 'incapacità naturale' del testatore, assume una particolare rilevanza, posto che la capacità può sussistere anche ove il testatore sia inabilitato<sup>1</sup> o sottoposto ad amministrazione di sostegno<sup>2</sup>. Essa,

---

<sup>1</sup> Per un caso in cui il soggetto inabilitato è stato ritenuto capace di testare, v. da ultimo Cass., 4 marzo 2020, n. 6709, in *Famiglia*, 2020, 515, con nota di V. ATTADEMO, *Testamento redatto dall'inabilitato e capacità a ricevere da parte del curatore*.

<sup>2</sup> V. spec. G. BONILINI, *La capacità di testare e di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 9–16, spec. 14 s., il quale osserva

al pari delle ipotesi di incapacità giuridica, presuppone l'inidoneità del soggetto a determinarsi coscientemente<sup>3</sup>, «l'inettitudine ad intendere o a volere al *momento* dell'atto»<sup>4</sup>.

Nelle impugnative testamentarie per incapacità, ai sensi dell'art. 591 n. 3 c.c., la valutazione della capacità del testatore è postuma e si basa essenzialmente su documentazione medica e testimonianze di soggetti che hanno avuto contatti con il *de cuius* nel periodo in cui il testamento è stato redatto. Il problema giuridico da affrontare attiene all'individuazione delle «condizioni mentali del soggetto, che sono senz'altro di impedimento ad una volontà attuale del soggetto stesso»<sup>5</sup>.

Gli indirizzi giurisprudenziali sono molto rigorosi e possono sintetizzarsi con la ricorrente massima, secondo cui «l'incapacità naturale del testatore postula la esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, 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 di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi»<sup>6</sup>. Si discorre in proposito di «una conduzione di

---

che «la regola, riguardo al beneficiario, è quella della capacità di disporre *mortis causa*; eccezionalmente, il giudice tutelare può privarlo di detta capacità, nel qual caso, il testamento sarebbe annullabile *ex se*, senza possibilità di provare che le disposizioni furono dettate in un momento di lucido intervallo». Tale potere compete al giudice in base all'art. 411, ult. comma, c.c. Sulla questione, v. anche nt. 50.

<sup>3</sup> G. ARENA, *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1970, XX, 909–922, spec. 916. Per un'indagine comparatistica, estesa ai principali ordinamenti europei, v. J.P. SCHMIDT, *Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa*, in *RabelsZ* 76, 2012, 1022–1050.

<sup>4</sup> P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 195.

<sup>5</sup> M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1964, 20.

<sup>6</sup> Così Cass., 19 febbraio 2018, n. 3934, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Successione ereditaria*, n. 132; Cass., 23 dicembre 2014, n. 27351, *ivi*, voce cit., n. 131; Cass., 10 marzo 2014, n. 5527, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 577, con nota di A. GENOVESE, *Annulamento del testamento per incapacità naturale e onere della prova*; Cass., 11 gen-

totale obnubilazione della mente del testatore, tale da precludergli non solo la redazione del testamento, ma anche il compimento di qualunque atto, cioè da renderlo totalmente incapace di intendere il significato della sua condotta e di assumerne volontariamente le conseguenze»<sup>7</sup>. Il carattere assoluto dell'incapacità in passato si è giustificata in considerazione della riconosciuta capacità di testare dei soggetti inabilitati, i quali non sono menzionati nell'art. 591 c.c. Poiché l'inabilitato è ritenuto capace di testare, non ogni menomazione della capacità può privare il testatore della capacità di testare. La norma, recepita dal codice civile francese, non appare decisi-

---

naio 2012, n. 166, in *Fam. dir.*, 2012, 894, con nota di L. VIGNUDELLI, *Sull'unità di misura dell'incapacità naturale del testatore*; Cass., 15 aprile 2010, n. 9081, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Successione ereditaria*, n. 133; Cass., 11 giugno 2009, n. 13630, in *Riv. not.*, 2010, 500; Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. dir.*, 2007, 676, con nota di A. BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*; Cass., 6 maggio 2005, n. 9508, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Successione ereditaria*, n. 115; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, 559, con nota di G. MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*; Cass., 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Riv. not.*, 2002, 1531, con nota di G. MUSOLINO, *La capacità di testare*; Cass., 24 ottobre 1998, n. 10571, in *Giur. it.*, 1999, 1815 ss.; Cass., 23 gennaio 1991, n. 652, in *Foro it.*, 1991, I, 758; Cass., 5 novembre 1987, n. 8169, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Successione ereditaria*, n. 62; Cass., 22 marzo 1985, n. 2074, *ivi*, 1985, voce cit., n. 76; Cass., 17 giugno 1983, n. 4171, *ivi*, 1983, voce cit., n. 61; Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, *ivi*, 1982, voce cit., n. 56; Cass., 8 gennaio 1981, n. 162, *ivi*, 1981, voce cit., nn. 79–81; Cass., 28 aprile 1981, n. 2578, *ibid.*, n. 78; Cass., 29 luglio 1981, n. 4856, *ibid.*, n. 76; Cass., 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 1304, con nota di A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*. Nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito, App. Cagliari-Sassari, 25 giugno 2018, in *Riv. giur. sarda*, 2019, I, 27, con nota di G. ZUDDAS, *Appunti sull'incapacità di intendere e di volere del testatore*; App. Napoli, 17 aprile 2003, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 246; Trib. Savona, 21 novembre 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 482, con nota di A. MARTINI BARZOLAI, *La mutevolezza d'intenti non è causa di invalidità del testamento*; Trib. Milano, 25 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 1258, con nota di V. SANTARSIERE, *Impugnazione del testamento olografo per incapacità di intendere e di volere del de cuius ed asserita mancanza di data*.

<sup>7</sup> A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 115. Per ulteriori rilievi, v. G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1991, 185–187.

va, poiché occorre comunque avere riguardo alla ragione sottesa al provvedimento del giudice<sup>8</sup>.

Soprattutto alla luce del sempre più diffuso fenomeno del testatore anziano e vulnerabile<sup>9</sup>, l'orientamento giurisprudenziale è stato negli ultimi anni criticato da parte della dottrina. Si è messo in luce che l'incapacità naturale avrebbe perso il carattere dell'assolutezza dell'istituto dell'interdizione e che si presenterebbe ingiustificata la differenza di trattamento riconosciuta al caso dell'incapacità naturale prevista dall'art. 428 c.c.<sup>10</sup>, per cui i giudici sembrano aver

---

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. già V. POLACCO, *Delle successioni*, 2<sup>a</sup> ed., I, *Successioni legittime e testamentarie*, Milano-Roma, 1937, 174, secondo cui «se l'inabilitazione fosse stata pronunciata per leggerezza di mente, essa fornirebbe un argomento in appoggio degli interessati che assumessero di provare [...] che l'individuo, quando testava, era infermo di mente a segno di non avere coscienza dei suoi atti». Nel caso dell'inabilitato per prodigalità potrebbero invece non sussistere ragioni per annullare il testamento (*ibid.*, 176). Nello stesso senso, v. A. CICU, *Testamento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., 111.

<sup>9</sup> V. soprattutto S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1009 ss.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità senile»*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 361–381; V. BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 763–774; A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, 157 ss.; C. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, in *Famiglia*, 2019, 549–560.

<sup>10</sup> V. in particolare S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1003 s.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità senile»*, cit., 361–381, spec. 364 ss.; in senso conforme A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 157 ss. Meno critico F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, Napoli, 2015, 53–59, spec. 58, il quale ritiene sufficiente predicare una applicazione coerente delle regole positive sulla capacità di testare. Negli anni sessanta, sosteneva la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale, A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, cit., 1305 s., osservando che alcuni indici normativi, tra i quali l'acquisto della capacità di testare a 18 anni invece che a 21, e l'irripetibilità dell'atto in caso di annullamento imponessero di valutare con maggiore rigore i casi di incapacità naturale del testatore rispetto a quelli in cui veniva in considerazione la capacità di concludere un contratto. Cfr. anche C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2<sup>a</sup> ed., I, Milano, 1964, 82, il quale rileva che l'incapacità deve almeno menomare gravemente la capacità di intendere o volere

accolto una definizione di incapacità «più sfumata», rispetto a quella «assoluta» richiesta per l'annullamento del testamento<sup>11</sup>.

Al di là delle espressioni utilizzate, appare errato che la giurisprudenza nel risolvere i casi di impugnazione del testamento per incapacità si riferisca generalmente alla nozione di infermità di mente, propria della disciplina dell'interdizione di cui all'art. 414 c.c. o comunque a un difetto assoluto di capacità. Già negli anni quaranta, un autorevole studioso aveva criticato l'indebita commistione tra interdizione e incapacità naturale del testatore sulla base di argomentazioni di carattere letterale e sistematico, giungendo ad affermare che, a prescindere dai presupposti concernenti l'interdizione, il giudice è tenuto a dichiarare il difetto di capacità «se la diagnosi del caso lo persuade che il testamento non sia stato seriamente inteso o voluto (dove il seriamente sta a denotare quel tanto di intelligenza e di volontà che sono sufficienti a garantirne la funzione sociale)»<sup>12</sup>. In dottrina si è anche osservato che le condizioni mentali del testatore nel caso di malattia in senso tecnico non devono essere tali da giustificare una sentenza di interdizione<sup>13</sup> e che l'anormalità delle condizioni mentali potrebbe anche dipendere da un fatto non riconducibile allo schema concettuale dell'in-

---

del testatore. L'a. ritiene sufficiente «un'infermità parziale [...] ossia un'infermità che perturbi la psiche solo in dati campi o in date direzioni [...] quando essa abbia avuto un'influenza determinante sulle disposizioni testamentarie» (*ivi*, 84).

<sup>11</sup> V. ancora M. CINQUE, *op. loc. ult. cit.* e A. FUSARO, *op. loc. ult. cit.* Sulle differenze tra l'incapacità di testare, ai sensi dell'art. 591 n. 3 c.c., e l'incapacità naturale, di cui all'art. 428 c.c., v. P. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1998, 209–217, spec. 214.

<sup>12</sup> In relazione alla disciplina del codice previgente, v. F. CARNELUTTI, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, in *Foro it.*, 1941, I, 1165–1168, il quale afferma che la formula dell'incapacità di testare «la seconda dall'essere non sano di mente quando si fa il testamento senza nessun limite o requisito intorno alla gravità dell'*infirmitas*; che, pertanto, questa debba raggiungere il grado necessario alla pronunzia dell'interdizione è qualcosa che la legge non dice».

<sup>13</sup> M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, cit., 45. Sia pure con riguardo a una problematica diversa, v. P. ZATTI, *Spunti in tema di limitata capacità di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 315–320.

fermità di mente (ad esempio, nel caso di uso di stupefacenti o di abuso di alcolici). Nella prospettiva del codice civile del 1942, non assume precipuo rilievo il tipo di patologia o la causa perturbativa, ma gli effetti sulla formazione e sulla manifestazione della volontà<sup>14</sup>. Sotto questo profilo, si è esattamente rilevato che l'errore metodologico (ormai da decenni) compiuto dalla giurisprudenza risiederebbe nella tendenza a eseguire una valutazione eccessivamente astratta, che non tiene conto delle caratteristiche specifiche del testatore e del rischio che possa essere stato influenzato<sup>15</sup>.

2. A fronte delle critiche rivolte all'orientamento giurisprudenziale che richiede l'accertamento di una incapacità assoluta ai fini dell'annullamento del testamento, occorre elaborare criteri idonei a stabilire se il testatore era in grado di comprendere quanto faceva o di determinare quanto voleva nel momento in cui il testamento è stato fatto<sup>16</sup>. In proposito, sembra necessario considerare soprattutto due

---

<sup>14</sup> In questo senso, A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 110 e ivi i riferimenti bibliografici.

<sup>15</sup> Cfr. A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 167, la quale contesta alla giurisprudenza di aver elaborato «una nozione astratta di incapacità, che prescinde da qualunque dimensione relazionale, come se la persona – oltre ad essere sempre uguale a se stessa e alle altre – fosse avulsa dal suo contesto, dal suo ambiente, non avesse relazioni e non potesse essere influenzata dal rapporto con gli altri».

<sup>16</sup> È rimasta isolata la tesi secondo cui la capacità di testare deve persistere dal momento della redazione del testamento a quello della morte del testatore, in modo che quest'ultimo possa revocare le proprie disposizioni testamentarie fino alla fine dei suoi giorni: v. P. GEFRIAUD, *De l'incapacité du testateur survenue entre la confection du testament et le décès*, Rennes, 1938 (thèse). Cfr. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions. Les libéralités*, 4ª ed., Paris, 2014, 309, i quali rilevano che la correttezza della tesi è smentita da un orientamento giurisprudenziale consolidato. Nella nostra dottrina, nel senso che la validità dell'atto è indipendente dal permanere di una concreta possibilità di esercizio del potere di revoca, v. per tutti M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950 (rist. Napoli, 2012), 93; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954 (rist. Napoli, 2010), 136 e 143.

aspetti. Il primo attiene alle possibili cause dell'incapacità di intendere e di volere, il secondo agli elementi dai quali è possibile evincere l'esistenza di anomalie nella manifestazione di volontà del testatore.

Relativamente al primo, sembra necessario accogliere una prospettiva interdisciplinare e considerare dal punto di vista della medicina legale quali sono gli elementi idonei ad incidere sulla capacità di testare<sup>17</sup>. Non sembra sufficiente il riferimento a disabilità cognitive di origine neurologica<sup>18</sup>, essendo necessario considerare fragilità decisionali di natura psichiatrica<sup>19</sup>, disturbi neuropsicologici da dipendenza ambientale, nell'autocontrollo e nel ragionamento sociale<sup>20</sup>, nonché l'esistenza della 'consapevolezza di sé'<sup>21</sup>. Soprattutto, appare necessario tenere conto della vulnerabilità sociale e del possibile sfruttamento degli anziani fragili<sup>22</sup>. Rispetto ai

<sup>17</sup> In questo senso, in prospettiva comparatistica, v. S. LAIMER, *Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland*, in *RabelsZ* 77, 2013, 555–591, spec. 561 s. Per una panoramica di carattere generale, relativa ai profili che vengono in considerazione da un punto di vista medico, v. S. BONZIGLIA, A. ANGLÉSIO, *Testamento e capacità*, in AA.VV., *Il testamento dell'incapace*, con introduzione di R. Calvo, Napoli, 2013, 9–42.

<sup>18</sup> Su cui v. A. STRACCIARI, *La disabilità cognitiva di origine neurologica*, in A. BIANCHI, P.G. MACRÌ (a cura di), *La valutazione delle capacità di agire*, Padova, 2011, 111–148; A. ANGLÉSIO, M. ZETTIN, *La diagnosi clinica e cognitiva*, in R. AA.VV., *op. ult. cit.*, 43–70. Da una prospettiva più generale, v. L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 251–272.

<sup>19</sup> Cfr. V. VOLTERRA, *La fragilità decisionale di natura psichiatrica*, in A. BIANCHI, P.G. MACRÌ (a cura di), *op. ult. cit.*, 149–155.

<sup>20</sup> V. in particolare A. BIANCHI, C. BENI, A. MAGI, *Neuropsicologia cognitiva delle capacità di agire*, in A. BIANCHI, P.G. MACRÌ (a cura di), *op. ult. cit.*, 157–185, spec. 177–184. Con riferimento alle ipotesi di monomania, v. relativamente al contesto statunitense B.E.S. FOGEL, *The Completely Insane Law of Partial Insanity: The Impact of Monomania on Testamentary Capacity*, in *42 Real Property, Probate and Trust Journal*, 2007, 67–111.

<sup>21</sup> Cfr. D. HOEROLD, D. PIERINI, A. CANTAGALLO, *La consapevolezza di sé e i suoi disturbi*, in A. BIANCHI, P.G. MACRÌ (a cura di), *op. ult. cit.*, 187–218.

<sup>22</sup> V. in argomento D.M. PINSKER, V.E. STONE, KEN MCFARLAND, *Lo sfruttamento finanziario degli anziani fragili*, in A. BIANCHI, P.G. MACRÌ (a cura di), *op. ult. cit.*, 219–235.

diversi fattori individuati dalla medicina legale, sussiste la tendenza a elaborare delle scale o dei livelli di incapacità e i protocolli prevedono l'effettuazione di un colloquio tra il medico e il soggetto interessato. Per la verifica postuma della capacità di testare si pone il problema dell'impossibilità di avere un contatto personale con il testatore e della prassi dei consulenti a esprimere un giudizio in termini di probabilità<sup>23</sup>. L'accertamento spesso si basa soltanto su riscontri documentali e può riguardare fatti avvenuti molti anni prima rispetto all'apertura della successione. Non di rado il testatore mostra significativi segni di cedimento, ma non risulta possibile escludere con certezza la capacità di agire.

Le difficoltà di un accertamento condotto sulla base dei soli parametri della medicina legale ha spinto la dottrina a rivolgere l'attenzione altresì al contenuto e alla forma della scheda testamentaria allo scopo di valutare la capacità del testatore<sup>24</sup>. In proposito, alcuni autori hanno messo in luce l'erroneità di una verifica contentutistica del testamento, non essendo giudicabile la scelta del testatore, la quale è libera e potrebbe perfino risolversi in un arbitrio o in un capriccio<sup>25</sup>. Non sussistono incertezze in merito alla libertà di

<sup>23</sup> V. in particolare S. BONZIGLIA, A. ANGLÉSIO, *Testamento e capacità*, cit., 31 ss.

<sup>24</sup> V. specialmente A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 120: «Se, infatti, oggetto della valutazione giudiziale è il discernimento del *de cuius*, essa non potrà che muovere dal contenuto e dalla forma della scheda testamentaria»; ID., *Incapacità naturale del testatore e conoscibilità dell'esecuzione testamentaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 759–768, spec. 762–766. Cfr. anche l'interessante parere di G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 273–289, ove si afferma che la valutazione della capacità del testatore «non può prescindere dall'analisi, in primo luogo, del contenuto dell'atto, al fine di acquisire utili elementi di giudizio attraverso l'indagine circa la serietà, la normalità e la coerenza delle disposizioni».

<sup>25</sup> In questo senso, v. A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in S. PAGLIANTINI, A.M. BENEDETTI (a cura di), *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., 65–93, a 83. In senso conforme, A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 173. Sul punto si richiama in genere A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 1304: «è certo che la determinazione testamentaria è spesso arbitraria e personalissima».

scelta del testatore, il quale gode di un ampio margine di discrezionalità nella definizione delle disposizioni testamentarie, che trova il proprio limite soltanto nell'ordine pubblico<sup>26</sup>. Tuttavia, pur essendo talvolta ridotto il confine tra un testatore affetto da patologie mentali e un testatore che opera male<sup>27</sup>, l'osservazione assume rilevanza soltanto se il testatore è pienamente consapevole degli effetti che scaturiscono dal testamento. Come è stato esattamente rilevato nell'esperienza giuridica tedesca, la libertà testamentaria deve essere difesa soltanto nelle ipotesi in cui il testatore sia in grado di esprimere una volontà spontanea e consapevole<sup>28</sup>.

Pertanto, diversamente dalle opinioni sopra riportate, sembra certamente opportuno prendere in esame il profilo sostanziale del testamento e valutare se esso corrisponda a un canone di 'normalità'<sup>29</sup>. Tale canone non coincide necessariamente con l'ordine di devoluzione della successione legittima di cui all'art. 565 ss. c.c., dovendosi considerare – in primo luogo – gli affetti e i rapporti

---

Nessun negozio è aperto alla scelta individuale dei motivi, diciamo pure dell'arbitrio, come il testamento».

<sup>26</sup> La questione è affrontata da G. PERLINGIERI, *Invaldità delle disposizioni mortis causa*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 125, secondo cui può assumere un peso decisivo – assieme ad altri elementi indiziari – l'incoerenza tra il comportamento del *de cuius* anteriore o posteriore alla redazione della scheda e il contenuto della scheda stessa.

<sup>27</sup> Per un'ampia rassegna di casi particolari nel contesto nordamericano, in cui il confine tra 'sin' e 'disease' del testatore si presentava esiguo, v. S.L. BLUMENTHAL, *The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-Century America*, in 119 *Harr. L. Rev.* (2006), 959–1034.

<sup>28</sup> V. in proposito A. RÖTHEL, *Testierfreiheit und Testiermacht*, in *AcP* 210, 2010, 32–66, spec. 55 ss.

<sup>29</sup> Sono esemplari le indicazioni di Cass., 5 gennaio 2011, n. 230, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Successione ereditaria*, n. 129 e Cass., 22 maggio 1995, n. 5620, *ivi*, 1995, voce *cit.*, n. 72, secondo cui «il giudice del merito non può ignorare il contenuto del testamento medesimo e gli elementi di valutazione da esso desumibili, in relazione alla serietà, normalità e coerenza delle relative disposizioni, nonché ai sentimenti ed ai fini che risultano averle ispirate». Tuttavia, in entrambe le decisioni il rilievo è stato utile a salvaguardare la validità del testamento.

di vicinanza coltivati dal *de cuius*. Nelle ipotesi in cui il testamento esclude, mediante la c.d. ‘preterizione’, uno degli eredi legittimari<sup>30</sup>, si dovrà indagare in merito alle motivazioni che hanno indotto il testatore a compiere una scelta che si discosta dall’abituale piano di affetti che connota la vita di una persona. Sembra che questi elementi, uniti ad altri di indole medica, possano contribuire in modo significativo a stabilire se il testatore fosse in grado di intendere e volere gli effetti delle disposizioni testamentarie. Sotto il profilo contenutistico, assume rilievo anche l’esistenza di pesanti incongruenze, contraddizioni o assurdit  nell’ambito del testamento<sup>31</sup>. Da tali indicazioni non si pu  per  dedurre *a contrario* che la redazione di un testamento dotato di logicit  e rigore terminologico costituisca espressione genuina della volont  del testatore<sup>32</sup>. L’elemento, ove siano individuabili discrasie tra le effettive competenze del testatore e le caratteristiche delle disposizioni testamentarie, potrebbe anche deporre per l’esistenza di forti condizionamenti esterni congiunti a una non piena capacit  di intendere e volere del testatore<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> In merito alla distinzione tra «esclusione *expressis verbis*» e «preterizione», v. ora G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano, 2017, 6–10. Da una prospettiva comparatistica, muovendo da un caso deciso dalla *Supreme Court* del Regno Unito, v. F. BARTOLINI, F.P. PATTI, *The Freedom to Disinherit Children*, in *ZEuP*, 2018, 428–445.

<sup>31</sup> Cfr. G. AZZARITI, voce *Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1957, 805-862, a 809; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacit  di disporre per testamento*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, 747–772, spec. 768 s. Per uno studio empirico concentrato sulle ultime volont  del testatore suicida, v. M. SINYOR, A. SCHAFFER, I. HULL, C. PEISAH, K. SHULMAN, *Last wills and testaments in a large sample of suicide notes: implications for testamentary capacity*, in *The British Journal of Psychiatry* 206 (2015), 72–76.

<sup>32</sup> Sul punto, v. S. BONZIGLIA, A. ANGLÉSIO, *Testamento e capacit *, cit., 23, secondo cui la capacit  deve essere valutata tenendo conto non solo del grado di compromissione cognitiva ma anche della complessit  del documento.

<sup>33</sup> V. ad esempio il caso (erroneamente) deciso da Cass., 11 aprile 2017, n. 9309, con nota di S. PATTI, *Invalidit  del testamento olografo per mancanza di volont : non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1063–1070.

Anche il profilo formale dei testamenti olografi, consistente in possibili cedimenti o imperfezioni della grafia, può costituire un punto di analisi per la valutazione della capacità del testatore<sup>34</sup>. Tuttavia, occorre procedere con cautela. La forma può fornire indicazioni sull'evoluzione del quadro psichico del soggetto, in particolare nel confronto con scritti precedenti, ma gli esperti segnalano che valutazioni di natura grafologica, tendenti a esprimere dati relativi alle funzioni cognitive sono da evitare<sup>35</sup>. Alterazioni del segno grafico potrebbero dimostrare la presenza di disturbi motori o della programmazione della scrittura, non necessariamente connessi allo stato cognitivo del testatore.

Invero, sembra più proficuo un confronto tra i contenuti del testamento e la storia personale del *de cuius*, in modo da verificare quali siano stati i rapporti affettivi. Ovviamente, un tale riscontro non può indurre a escludere in ogni caso la capacità del testatore ove la disposizione sia in favore di un soggetto che soltanto nell'ultima parte della vita del testatore era entrato nella sua sfera di affetti e del quale, in molti casi, i parenti non erano a conoscenza. Sentimenti di riconoscenza possono certamente essere la base di un atto di liberalità. Deve però sussistere una giustificazione plausibile sottesa alla disposizione, la quale dovrà essere verificata sulla base dei rapporti personali del *de cuius*. Come si vedrà nel prosieguo, la giurisprudenza, appare ancora eccessivamente focalizzata sul quadro medico, che in assenza di esami specialistici condotti anteriormente alla morte risulta difficilmente accertabile.

---

Nella fattispecie in esame, invero, le condizioni del testatore, un soggetto anziano di 92 anni, in preda tra l'altro a confusione mentale e irascibilità, tanto da imporre il ricorso a misure di contenzione, apparivano particolarmente gravi. Inoltre, il testatore, non vedente, aveva avuto bisogno di sostegno fisico (da parte del cugino, poi beneficiario) per redigere il testamento e aveva utilizzato un linguaggio preciso anche dal punto di vista giuridico, certamente a lui sconosciuto. Il caso è discusso anche da A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 171, la quale conclude affermando: «Una serie di elementi poteva dunque far dubitare che si trattasse di una valida manifestazione di volontà».

<sup>34</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 84.

<sup>35</sup> S. BONZIGLIA, A. ANGLÉSIO, *Testamento e capacità*, cit., 23 s.

3. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, l'onere della prova dello stato di incapacità nel momento in cui il testamento è stato redatto deve essere soddisfatto da chi impugna il testamento, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso chi vuole avvalersi del testamento deve dimostrare che la redazione è avvenuta in un momento di lucido intervallo<sup>36</sup>. La ripartizione dell'onere della prova viene spiegata dalla giurisprudenza alla luce della considerazione secondo cui «lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione»<sup>37</sup>.

Il suddetto indirizzo giurisprudenziale appare confacente alle regole sulla ripartizione dell'onere della prova ed è nella sostanza seguito anche in ordinamenti giuridici a noi culturalmente vicini<sup>38</sup>. Infatti, in base all'art. 2697 c.c., non sembra potersi mettere in dubbio che l'onere della prova relativo all'incapacità sia da porre in capo a chi impugna il testamento.

Nel caso dell'incapacità totale e permanente, la presunzione in favore di chi impugna opera in realtà soltanto in relazione alla prova dello stato di incapacità nel momento in cui il testamento è stato redatto. In altri termini, chi impugna deve dimostrare lo stato di incapacità totale e permanente e può giovare della presunzione al fine di provare che il soggetto era incapace nel momento in cui il testamento è stato fatto<sup>39</sup>. Lo stato in cui versa il testatore è infatti

---

<sup>36</sup> Così ancora Cass., 19 febbraio 2018, n. 3934, cit. Nello stesso senso, in dottrina, M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, cit., 66.

<sup>37</sup> L'inciso, presente in molte decisioni della giurisprudenza, è utilizzato, tra l'altro, da G. S(TOLFI), nota a Cass., 28 gennaio 1947, n. 91, in *Foro it.*, 1947, I, 452; C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., 87; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 141.

<sup>38</sup> Cfr. S. LAIMER, *Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un) fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland*, cit., 584.

<sup>39</sup> Ciò si ricava chiaramente da sentenze risalenti agli anni settanta e ottanta, in cui si affermava che il giudice di merito può trarre la prova dell'incapacità del testatore dalle sue condizioni mentali in epoca anteriore o posteriore al testamento, sulla base di una presunzione, potendo l'incapacità essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova. I giudici di legittimità affermavano che «ricorren-

idoneo a escludere che possano configurarsi momenti di lucido intervallo<sup>40</sup>. L'incapacità del testatore deve in ogni caso emergere con certezza alla base delle circostanze sottese alla domanda del soggetto interessato ad impugnare<sup>41</sup>.

---

do tale ipotesi spetta alla parte che sostiene la validità del testamento l'onere di provare un eventuale lucido intervallo nel momento della formazione del testamento»: Cass., 7 luglio 1978, n. 3411. Conferma del descritto *modus operandi* si rinviene anche in sentenze più recenti. V. ad esempio il caso deciso da Cass., 10 ottobre 2018, n. 25053, in *Rep. Foro it.*, 2018, *Successione ereditaria*, n. 135. L'impugnazione riguardava due testamenti che ne revocavano uno precedente. Il giudice del merito riteneva che dalla documentazione medica si evinceva un grave stato di demenza della testatrice, quando, in occasione dell'ultimo ricovero, manifestò un grave disorientamento temporale e l'incapacità di riconoscere le persone. Inoltre, le condizioni di degrado mentale della *de cuius* erano state confermate da alcuni testi, dall'esame diretto della scheda testamentaria, redatta con una grafia incomprensibile, disordinata e stentata, e dalla consulenza tecnica d'ufficio. Il giudice d'appello aveva altresì accertato che le condizioni di incapacità di intendere e di volere risalivano a un momento antecedente alla redazione della scheda, allorché la testatrice era già affetta da sindrome involutiva secondaria da demenza vascolare, patologia che comporta un deficit progressivo. Gli stessi principi sono applicati in Cass., 22 ottobre 2019, n. 26873, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Successione ereditaria*, n. 210, secondo cui «il giudice di merito può presumere l'incapacità del testatore dalle sue condizioni mentali, anteriori o posteriori, potendo l'incapacità stessa essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova; ne deriva che, quando l'attore in impugnazione abbia fornito la prova di una condizione di permanente e stabile demenza nel periodo immediatamente susseguente alla redazione del testamento, poiché in tal caso la normalità presunta è l'incapacità, spetta a chi afferma la validità del testamento la prova della sua formazione in un momento di lucido intervallo». Nello stesso senso, v. Cass., 16 novembre 2017, n. 27161, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Successione ereditaria*, n. 172; *contra* Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, in *Giust. civ.*, 1984, I, 173.

<sup>40</sup> Il suddetto aspetto è messo in luce da L. BARASSI, *La successione testamentaria*, cit., 62 s.

<sup>41</sup> L'orientamento giurisprudenziale risale a un periodo antecedente l'entrata in vigore del codice civile del 1942. Nel codice civile del 1865 la norma concernente l'incapacità naturale del testatore (art. 763 n. 3) faceva riferimento al 'tempo' in cui è stato redatto il testamento e non al 'momento', come ora stabilito dall'art. 591 n. 3 c.c. (v. per tutti M. GIORGIANNI, *La c.d. incapacità naturale nel Primo Libro del Nuovo Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 389–415, spec. 404,

In relazione alla suddetta presunzione ‘giurisprudenziale’<sup>42</sup> – che, come si è detto, incide soltanto sul profilo temporale relativo al momento in cui il testamento è stato redatto – non sembrano quindi giustificati i timori connessi a una sostanziale equiparazione tra la figura dell’incapacità naturale e quella dell’interdizione<sup>43</sup>. Nell’ipotesi in esame, la circostanza che il testatore versi in una situazione assimilabile a quella dell’interdetto per ragioni di coerenza deve indurre l’interprete ad una soluzione analoga a quella prevista dal codice civile per il testamento dell’interdetto<sup>44</sup>. Inoltre, il fatto che la suddetta presunzione in alcuni casi sia basata su un concetto di infermità psichica non sembra in contrasto con l’attuale conformazione dell’istituto<sup>45</sup>. L’incapacità per infermità psichica non esclude che possano venire in considerazione anche altre tipologie di incapacità, anche temporanee. A fronte della prova di un’incapacità totale e permanente, per qualsiasi causa, in un momento

---

nt. 1). La nuova formulazione non ha inciso sull’utilizzabilità della presunzione: in questo senso, v. C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 762. Del resto, la tesi è suffragata da chi afferma che la modifica normativa «non implica che chi impugna il testamento debba provare che la causa del vizio della volontà sussisteva nel preciso momento del testamento»: così A. CICU, *Testamento*, cit., 112.

<sup>42</sup> Secondo S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim.*, 2020, 891–921, a 918, le presunzioni giurisprudenziali riguardano «le ipotesi in cui la giurisprudenza introduce presunzioni (a volte in assenza dei requisiti previsti dall’art. 2729 c.c.) dettando una regola di ripartizione dell’onere della prova che, diversa da quella prevista dall’art. 2697 c.c., prescinde dalle caratteristiche della singola fattispecie concreta».

<sup>43</sup> In questo senso, v. A. FUSARO, *L’atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 164 s.

<sup>44</sup> Il punto è colto da C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., 82, il quale osserva che nei suddetti casi, l’incapacità del testatore «è innegabile, tanto è vero che, se egli fa testamento, il testamento è annullabile, così come è annullabile il testamento fatto dall’interdetto». Discorre invece di un «equivoco» A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell’incapace naturale*, cit., 74.

<sup>45</sup> Così invece A. GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa»?», in *Riv. trim.*, 2018, 192 ss.*

antecedente o immediatamente successivo<sup>46</sup> alla redazione del testamento, quest'ultimo in linea di principio deve essere considerato invalido.

Il problema connesso agli indirizzi giurisprudenziali sopra esaminati riguarda, in effetti, soltanto il livello di incapacità richiesto ai fini dell'annullamento del testamento<sup>47</sup>. Gli accertamenti basati su

---

<sup>46</sup> Cfr. Cass., 22 ottobre 2019, n. 26873, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Successione ereditaria*, n. 210, secondo cui «il giudice di merito può presumere la prova dell'incapacità del testatore dalle sue condizioni mentali, anteriori o posteriori, potendo l'incapacità stessa essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova; ne deriva che, quando l'attore in impugnazione abbia fornito la prova di una condizione di permanente e stabile demenza nel periodo immediatamente susseguente alla redazione del testamento, poiché in tal caso la normalità presunta è l'incapacità, spetta a chi afferma la validità del testamento la prova della sua formazione in un momento di lucido intervallo». In senso conforme, v. già C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., 87; *contra* M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, cit., 66, il quale rileva la mancanza di una base normativa per sostenere tale tesi.

<sup>47</sup> Nella giurisprudenza di merito, ad esempio, risulta inaccettabile la decisione Trib. Parma, 2 febbraio 2018, n. 174, in *De Jure*, ove la Corte ha accertato che il medico curante del testatore, visitando il paziente due giorni prima della redazione del testamento, aveva concluso che lo stesso non fosse in grado di intendere e di volere, non avendo la cognizione del valore del denaro. Il paziente credeva di guadagnare con attività di giardinaggio, mentre percepiva due pensioni e non era consapevole del passaggio dalla Lira all'Euro. La testimonianza del medico curante – incredibilmente – non ha impedito al Tribunale di Parma di affermare: «Quanto osservato dal medico curante due giorni prima del testamento impugnato non consente di reputare accertata un'infermità transitoria o permanente, tale da averlo reso privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi». Colpisce altresì la conclusione di Trib. Napoli, 16 marzo 2005, con nota di A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 711–725, ove testimoni hanno riferito di episodi durante i quali il *de cuius* era solito aggirarsi in piazza Dante in Napoli, rovistando nei contenitori dell'immondizia e che avvicinato per aiuto, questi aveva difficoltà a riconoscere le persone che gli si avvicinavano, emettendo delle parole in parte incomprensibili. Il Tribunale conclude affermando: «Tuttavia, tali comportamenti, ancorché anomali, e verosimilmente dettati soprattutto dall'anzianità dell'[...], non appaiono però sintomatici di una

meri riscontri medici concernenti la salute del *de cuius*, ove non sia possibile evincere una incapacità totale del testatore, non sembrano idonei a risolvere le questioni relative al testatore vulnerabile. A fronte di un contenzioso molto esteso, non sorprende che siano ben più frequenti le sentenze di rigetto delle domande di annullamento del testamento per incapacità, rispetto a quelle di accoglimento<sup>48</sup>. A questa problematica, si ricollega quella relativa agli effetti della pronuncia di annullamento per incapacità e al rischio che la volontà del testatore sia frustrata da un accertamento postumo condotto erroneamente<sup>49</sup>. Le difficoltà inducono a prestare maggiore attenzione ai mezzi per prevenire la *testamenti factio* di persone incapaci. Di certo l'amministrazione di sostegno potrebbe rappresentare uno strumento rilevante nei casi di maggiore gravità, posto che ai sensi dell'art. 411 c.c. il giudice può escludere la capacità testamentaria<sup>50</sup>. Tuttavia, appare certamente più significativo

---

condizione psichica suscettibile di rientrare in quella che legittima l'azione di annullamento di cui al citato art. 591 c.c.».

<sup>48</sup> Così F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento*, cit., 57 s. e ivi i riferimenti giurisprudenziali. Analogamente A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 81 rileva di una «prevalenza netta delle decisioni che salvano la validità del testamento». Per un caso in cui il testamento è stato annullato per incapacità, v. Trib. Milano, 14 marzo 2011, n. 3457, su *De Jure*.

<sup>49</sup> Nell'ordinamento tedesco, con specifico riferimento al trattamento degli atti giuridici posti in essere da soggetti incapaci, v. F. WEDEMANN, *Die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit*, in *AcP* 209, 2009, 668–705.

<sup>50</sup> Risultano in proposito di rilievo le considerazioni di Trib. Vercelli, 4 settembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, 283 ss., con nota di G. BONILINI, *Beneficiario di amministrazione di sostegno, e privazione, da parte del giudice tutelare, della capacità di testare*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 251 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Capacità testamentaria e amministrazione di sostegno*, secondo cui, ove chiamato ad esprimersi sull'opportunità di privare il beneficiario di amministrazione di sostegno della capacità di negoziare validamente un testamento, il giudice tutelare deve approfondire: «a) se lo stessi versi in condizioni di infermità o inferiorità tali da porlo in stato di facile raggrabilità e che non gli consentono di giovare di intervalli di lucidità; b) se comprenda in modo corretto o meno la natura dell'atto da compiersi; c) ancora, se vi possa essere indotto sulla scorta di percorso psicologico non corretto, alterato da indebiti fattori devianti esterni; ciò può fare avendo riguardo,

il ruolo del notaio nel testamento pubblico, il quale in ogni caso è chiamato a ‘indagare’ la volontà del testatore<sup>51</sup>. In proposito, l’analisi condotta nelle pagine che precedono fornisce spunti di rilievo in merito agli elementi da prendere in considerazione nel valutare la capacità del testatore.

4. Si afferma comunemente che, rispetto al testamento olografo, il testamento pubblico costituisce una forma maggiormente idonea a proteggere la volontà del testatore. La partecipazione del notaio e la presenza dei testimoni assicurano al testatore un ambiente più riparato da influenze esterne. Inoltre, il notaio ha la possibilità di accertare se il testatore abbia realmente consapevolezza in merito agli effetti che scaturiranno dall’atto di ultima volontà. In questo senso, il notaio può quindi valutare se il testatore è capace di intendere e di volere.

Tuttavia, le formalità previste per il testamento pubblico non sembrano garantire che solo soggetti capaci possano esprimere la propria volontà<sup>52</sup>. Secondo l’art. 603, comma 1, c.c. il testamento pubblico è ricevuto dal notaio in presenza di due testimoni. In base al secondo comma dell’articolo citato, il testatore, «in presenza dei testimoni, dichiara al notaio la sua volontà, la quale è ridotta in iscritto a cura del notaio stesso». Il notaio è inoltre tenuto a dare lettura del testamento ai testatori in presenza dei testimoni e men-

---

in via analogica, alle disposizioni che disciplinano l’attività notarile di raccolta degli atti – imponendo al rogante un’indagine sulla volontà delle parti – nonché a tutte le norme del codice civile che disciplinano l’invalidità successiva del testamento o delle singole disposizioni». In senso critico rispetto alla possibilità di privare il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno della capacità di testare, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2. *Le successioni*, Milano, 2015, 274.

<sup>51</sup> V. *infra* n. 4.

<sup>52</sup> Cfr. S. PATTI, *Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»*, in *Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2020, 1791–1799, spec. 1795, il quale mette in luce il (tenue) controllo esercitato dal notaio in merito alla volontà del testatore, affermando che «la forma pubblica non può considerarsi senz’altro adeguata per escludere che il testamento non sia il frutto di un’autonoma decisione della persona “vulnerabile”».

zionare ciascuna formalità nel testamento. Il testamento indica il luogo, la data e l'ora della sottoscrizione.

Non sempre il testamento si profila come atto particolarmente complesso. Il testatore potrebbe recarsi dal notaio e di fronte a due testimoni istituire come erede universale un soggetto, senza rendersi conto della consistenza del proprio patrimonio e degli effetti giuridici derivanti dall'atto. Altri rischi potrebbero sussistere nei casi in cui le disposizioni di ultima volontà si presentano più complesse. Invero, i problemi sembrano riguardare il ruolo che l'ordinamento giuridico attribuisce al notaio nella valutazione della capacità del testatore, posto che le norme in materia non forniscono indicazioni precise. Nell'affrontare l'argomento, in genere, vengono in primo luogo prese in considerazione le norme deontologiche previste dalla legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89).

L'art. 28 l. not. vieta al notaio di ricevere atti che siano «espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico». Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, la norma non riguarda gli atti annullabili e, quindi, non copre le fattispecie di cui all'art. 591 c.c.<sup>53</sup> Pertanto, il testamento dell'incapace non dovrebbe, in linea di principio, determinare per il notaio le sanzioni disciplinari previste in caso di violazione dell'art. 28 l. not. In ambito testamentario, l'indirizzo non appare condivisibile. La *ratio* sottesa all'orientamento riposa sulla distinzione tra atto nullo, per il quale l'ordinamento preclude in modo assoluto il perseguimento dell'intento delle parti, e atto annullabile, la cui efficacia è rimessa alla scelta degli interessati. La

---

<sup>53</sup> L'indirizzo è stato inaugurato da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Giust. civ.*, 1998, I, 380 s., secondo cui l'art. 28, comma 1, n. 1, l. 16 febbraio 1913 n. 89, imponendo il divieto di ricevere atti «espressamente proibiti dalla legge», si riferisce ai soli vizi che diano luogo, in modo inequivoco, alla nullità assoluta dell'atto per contrarietà a norme imperative. Nello stesso senso, v. Cass., 7 novembre 2005, n. 21493, in *Foro it.*, 2006, I, 1811; Cass., 12 aprile 2000, n. 4657, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Notaio*, n. 91; Cass., 4 novembre 1998, n. 11071, in *Riv. not.*, 1999, 1014 ss. Per una riflessione che tiene conto dei nuovi profili delle nullità contrattuali, v. N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim.*, 2002, 361 ss.

distinzione sembra avere minor rilievo nel contesto degli atti di ultima volontà, in cui i soggetti interessati ad annullare l'atto sono sempre diversi rispetto a chi l'ha redatto. Se è vero che il notaio dovrebbe agire per prevenire la lite, ossia cercando di evitare con il proprio ufficio il contenzioso tra i soggetti interessati<sup>54</sup>, sembra opportuno prevedere che il notaio debba evitare la confezione di un testamento pubblico potenzialmente annullabile. In questa direzione, non appare condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la norma sarebbe applicabile anche a casi di annullabilità manifesta, cioè quelli che il notaio avrebbe dovuto rilevare sulla base di un primo riscontro. In questo senso, sia pure nell'ambito di un contesto diverso, una sentenza del giudice di legittimità si è opportunamente discostata dal suddetto orientamento<sup>55</sup>. L'estensione dell'ambito applicativo della norma potrebbe indurre il notaio ad esercitare maggiore cautela e a rifiutare la confezione di testamenti, ove sussista il rischio che il testatore non sia capace o sia stato influenzato da terzi.

Vengono in considerazione anche gli artt. 47 l. not. e 67 reg. not., che stabiliscono in capo al notaio il diritto-dovere di «indagare la volontà delle parti». Sulla base di tali norme il notaio non

---

<sup>54</sup> Ossia, in funzione 'antiprocedurale': cfr. il celebre scritto di F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, 1-14 (già pubblicato in *Riv. trim.*, 1950, 921 ss.); nonché A. JANNUZZI, *La funzione del notaio nel processo*, in *Riv. not.*, 1953, 431, spec. 8 ss. e C. VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, *ivi*, 1956, 1-22, a 19. Ad avviso di S. SATTÀ, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 264-273, a 268 s., la «funzione antiprocedurale» sarebbe una «formula troppo fortunata», «esatta sul piano sociologico, ma di nessun valore sul piano giuridico». Tuttavia, l'a. specifica anche che l'atto pubblico «è essenzialmente giudizio». Di recente, v. A. FUSARO, *Il notaio esercita attività giurisdizionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 497 ss.; P. GROSSI, *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim.*, 2019, 653 ss.

<sup>55</sup> Cfr. Cass., 19 luglio 2016, n. 14766, in *Riv. not.*, 2016, 1170 ss., con nota di M. MALTONI, *Il controllo notarile sugli atti societari ex art. 2436 alla luce di una recente sentenza della corte di cassazione*, secondo cui «Incorre nella responsabilità disciplinare ex art. 28, 1° comma, n. 1, e 138 bis, 1° comma, l. notarile il notaio che richiama l'iscrizione di una delibera societaria affetta da invalidità "manifesta", cioè inequivoca, anche ove si tratti di mera annullabilità e non di nullità».

dovrebbe ricevere l'atto nei casi in cui si avveda che il testatore è incapace di disporre, in quanto la volontà della parte deve intendersi come 'consapevole'<sup>56</sup>. L'indagine condotta dal notaio sulla volontà del testatore impone al professionista di non ricevere il testamento quando si renda conto dell'incapacità di intendere e di volere del testatore o di una forte influenza esterna, idonea ad incidere sulla libertà del testatore.

La suddetta disciplina, tuttavia, non chiarisce in cosa consista la verifica che il notaio è tenuto ad effettuare. Qualche ulteriore informazione<sup>57</sup> si ricava dall'art. 37 dei principi di deontologia professionale dei notai<sup>58</sup>, secondo cui il professionista deve adottare «tutti i comportamenti necessari [...] per l'indagine della volontà delle parti, da svolgere, in modo approfondito e completo, mediante proposizione di domande e scambio di informazioni intese a ricercare anche i motivi e le possibili modificazioni della determinazione volitiva come prospettategli». Tuttavia, non si specifica quali debbano essere le domande e le informazioni e quali siano i motivi rilevanti ai fini dell'eventuale modificazione della determinazione volitiva<sup>59</sup>.

In assenza di determinati indici o protocolli ai quali il pubblico ufficiale dovrebbe attenersi, non sorprende che nei commenti si tenda a porre in capo al notaio esclusivamente l'obbligo di non

---

<sup>56</sup> Cfr. M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'“ageing testator”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1030–1040.

<sup>57</sup> Lo ricorda G. RE, *Testamento e capacità. Il ruolo del notaio*, in AA.VV., *Il testamento dell'incapace*, cit., 141–157, a 154.

<sup>58</sup> I suddetti principi sono stati approvati con delibera del Consiglio Nazionale del Notariato n. 2/56 del 5 aprile 2008 e pubblicati sulla Gazzetta ufficiale n. 177 del 30 luglio 2008.

<sup>59</sup> Per alcune indicazioni, sulla base di interviste a notai, v. F. ZOPPAS, *Il comportamento testamentario come osservato dai notai*, in G. GULOTTA, L. PRINO, F. ZOPPAS, M. ZUFFRANIERI, *Psicologia, psicopatologia e devianza nel testamento*, Milano, 2003, 51–69, spec. 64 ss., ove si descrivono alcune 'precauzioni' prese dai notai: ad esempio, diffidare dai clienti che non fissano l'appuntamento in studio, cercare di parlare nei colloqui telefonici direttamente con il testatore, non redigere l'atto al primo appuntamento, fare domande semplici sui dati anagrafici, rifiutarsi di redigere l'atto se sorgono dubbi.

ricevere atti da soggetti la cui incapacità risulti in modo «palese» o per la sua «conclamata evidenza»<sup>60</sup>. Peraltro, la tesi trova un certo sostegno nel suddetto orientamento giurisprudenziale relativo alla incapacità assoluta del testatore, richiesta ai fini dell'applicazione dell'art. 591 n. 3 c.c.<sup>61</sup> In effetti, si ritiene che, in base alla suddetta disciplina, al notaio non sia richiesta una 'vera' indagine sulla capacità naturale della parte<sup>62</sup>, ma una sorta di verifica 'incidentale', limitata a casi di emersione di un evidente stato di incapacità del testatore nel corso della ricerca della volontà espressa con l'atto<sup>63</sup>. In altri termini, il notaio dovrebbe verificare se la volontà espressa nell'atto corrisponda alla volontà effettiva del testatore. In merito alla questione, rileva altresì l'art. 27 l. not., in base al quale «Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto». Tale obbligo potrebbe costituire un ulteriore incentivo per il notaio a rifiutare di ricevere l'atto soltanto in casi in cui l'incapacità del testatore appaia sulla base di un riscontro immediato<sup>64</sup>. Infine, in molti contributi assume rilievo la circostanza che il notaio non dispone delle competenze medico-scientifiche per valutare la capacità del testatore<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 87.

<sup>61</sup> In questo senso, v. G. RE, *Testamento e capacità*, cit., 154.

<sup>62</sup> V. in questo senso, A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 86; S. PATTI, *Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»*, cit. 1765, nonché, in giurisprudenza, Trib. Milano, 16 gennaio 2007, in *Rep. Foro it.*, voce *Falsità in atti*, n. 25, secondo cui «la legge notarile non impone al notaio di verificare l'esistenza della capacità naturale in capo alle parti dei negozi da lui perfezionati».

<sup>63</sup> Così M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico*, cit. 1034.

<sup>64</sup> In questo senso, ancora M. CINQUE, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui appare «plausibile che il notaio, maggiormente legato all'obbligo di prestare il suo ministero, concluderà, *in dubio*, per la non-incapacità». Ma v. anche G. RE, *Testamento e capacità*, cit., 155: «se si "può" rogare, si "deve" rogare».

<sup>65</sup> A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 88.

5. Le segnalate insufficienze determinano due effetti negativi, non trascurabili: da un lato, la giurisprudenza non ha sviluppato un orientamento univoco in merito all'incidenza dell'adozione della forma del testamento pubblico sulla valutazione relativa alla capacità del testatore; dall'altro, in assenza di specifici doveri di condotta, appaiono limitati i possibili profili di responsabilità in capo al notaio<sup>66</sup>. Per quest'ultimo non sussistono quindi particolari incentivi a svolgere un accurato esame in merito alla capacità del testatore.

Per quanto concerne il primo aspetto, i giudici talvolta attribuiscono rilevanza alla presenza del notaio. Ad esempio, si è affermato che «è incontestabile che l'intervento di detto pubblico ufficiale, con la presenza dei testimoni, [...] comporta necessariamente, anche in relazione alle particolari articolazioni delle disposizioni contenute nell'atto, un virtuale controllo delle condizioni fisiche del ricorrente»<sup>67</sup>. In una diversa occasione, la giurisprudenza si è espressa nel senso che l'attestazione del notaio in merito lo stato di piena capacità mentale del testatore, «pur non impedendo ai soggetti interessati di provare il contrario, rappresenta tuttavia un fatto da cui è lecito dedurre almeno la mancanza di segni apparenti di incapacità del testatore all'atto della presentazione della scheda»<sup>68</sup>. In ogni caso, anche ove il notaio affermi nel testamento pubblico lo stato di sanità mentale del testatore per mancanza di segni appa-

---

<sup>66</sup> Non verranno considerati nella presente indagine questioni che coinvolgono la responsabilità penale del notaio, relative a condotte molto gravi. V. per un'ipotesi di falsità ideologica che ha coinvolto il pubblico ufficiale, Cass. pen., 5 dicembre 2008, n. 4694, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Falsità in atti*, n. 30, secondo cui integra la fattispecie di cui all'art. 479 c.p. «la condotta del notaio che, in un testamento pubblico, attesta falsamente l'incapacità del testatore di sottoscrivere l'atto per via di impedimento rappresentato da grave debolezza della mano, laddove si tratti, invece, di soggetto privo della capacità di intendere e di volere». Cfr. anche G. RE, *Testamento e capacità*, cit., 148 s.

<sup>67</sup> Così, sebbene nel quadro di una motivazione più ampia, basata sulla documentazione medica e sulle testimonianze esaminate nel corso del giudizio di merito, Cass., 23 gennaio 1991, n. 652, cit.

<sup>68</sup> In questi termini, in relazione a un caso di presentazione di un testamento segreto, Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Vita not.*, 1983, 692 ss.

renti di incapacità, il fatto può essere contestato con ogni mezzo di prova<sup>69</sup>.

Invero, la valutazione effettuata dal notaio non assume particolare rilevanza. In questo senso – diversamente rispetto a quanto avviene nell'ordinamento tedesco ai sensi del § 28 *Beurkundungsgesetz*<sup>70</sup>, il notaio non è neppure tenuto a indicare nel testamento le proprie considerazioni in merito alla capacità del testatore. Tuttavia, l'indicazione non sarebbe superflua perché l'obbligo di esprimere le proprie considerazioni relative alla capacità del testatore, avendo efficacia probatoria, potrebbe indurre il notaio a effettuare un esame accurato del suo stato mentale<sup>71</sup>. L'assenza di un siffatto obbligo contribuisce a generare incertezza, poiché il notaio talvolta

---

<sup>69</sup> Cfr. Cass., 30 gennaio 2019, n. 2702, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Successione ereditaria*, n. 209: «In tema di testamento pubblico, lo stato di sanità mentale del testatore, seppure ritenuto e dichiarato dal notaio per la mancanza di segni apparenti di incapacità del testatore medesimo, può essere contestato con ogni mezzo di prova, senza necessità di proporre querela di falso, poiché, ai sensi dell'art. 2700 c.c., l'atto pubblico fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ma nei limiti della sola attività materiale, immediatamente e direttamente richiesta, percepita e constatata dallo stesso pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni»; conf. Cass., 9 marzo 2012, n. 3787, *ivi*, 2012, voce *Prova documentale*, n. 11; Cass., 27 aprile 2006, n. 9649, *ivi*, 2006, voce cit., n. 17.

<sup>70</sup> § 28 BeurkG: «*Der Notar soll seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken*». Nell'ordinamento tedesco, in linea di principio, il notaio accerta la capacità di agire del disponente nel corso di un colloquio. Sebbene non sia configurabile un vero e proprio obbligo in tal senso, si afferma che, in caso di dubbi – e al fine di evitare qualsiasi tipo di responsabilità –, il notaio dovrebbe interpellare un medico (che non conosce il testatore) per una consulenza: v. K.W. LANGE, *Erbrecht*, 2<sup>a</sup> ed., München, 2017, 54 s., il quale segnala altresì che il coinvolgimento del tecnico rafforza l'efficacia probatoria della dichiarazione del notaio.

<sup>71</sup> Secondo C. COPPOLA, *L'incapacità naturale del testatore*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 521–526, a 524, non può negarsi che le attestazioni del notaio costituiscano un valido elemento di prova, «circa il vero atteggiamento assunto dal testatore durante la redazione dell'atto».

prende posizione sulla questione e altre volte desiste. Tanto che – non di rado – si discorre in proposito di «clausole di stile»<sup>72</sup>.

In ogni caso, non appare corretto ritenere le dichiarazioni del notaio, contenute nel testamento, come delle mere clausole di stile. Il notaio deve assumersi la responsabilità delle proprie dichiarazioni. Se ad esempio dal quadro clinico del testatore dovessero emergere gravi ed evidenti patologie mentali al momento della ricezione del testamento la condotta del notaio che attesti la piena capacità del testatore si configurerebbe come una grave negligenza.

Un altro aspetto problematico attiene alla già ricordata osservazione, secondo cui il notaio non disporrebbe delle competenze mediche per valutare la capacità del testatore, né il quadro probatorio sulla base del quale il giudice esprime successivamente la propria valutazione<sup>73</sup>. L'osservazione non appare decisiva. Il notaio ovviamente non ha il potere di svolgere un'istruttoria nel contraddittorio tra i diversi soggetti interessati; ha però la possibilità di operare con l'ausilio di un medico per ottenere un parere tecnico in merito alla capacità di intendere e di volere del testatore<sup>74</sup>. In realtà, risulta significativo che la consulenza medica richiesta dal notaio possa basarsi su colloqui intervenuti con

---

<sup>72</sup> Così G. AZZARITI, voce *Successione testamentaria*, cit., 809. V. altresì C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 769: «quella che – in un dato contesto fattuale – può sembrare una semplice clausola di stile, come tale del tutto irrilevante, risulterà invece, all'interno di un differente quadro, un elemento dotato di una certa suggestione». Ad avviso di G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 275, la clausola dimostrerebbe l'assenza di segni esteriori dell'incapacità del testatore. Su questioni interpretative relative alle clausole di stile, v. per tutti E. CARBONE, *Le clausole di stile nei negozi giuridici: interpretazione utile e vizio oggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 68 ss.

<sup>73</sup> A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 88: «il notaio non è un tecnico, né un giudice [...] ma ha solo “visto” il testatore». Nello stesso senso, M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento*, cit., 373.

<sup>74</sup> In questa prospettiva, assume interesse il punto di vista del medico legale, tratteggiato con esempi concreti da A. LOMI, *La valutazione diagnostica a protezione del cliente e del notaio*, in *5 Italian Journal of Legal Medicine* (2016), 60–66, il quale mette in luce che la condotta del notaio, che spesso si limita ad acquisire un certificato del medico di famiglia, si profila insufficiente.

il testatore e che l'esperto sia quindi in grado di ricostruire con maggiore attendibilità il quadro clinico del paziente. Appare quindi errata l'affermazione contenuta in una sentenza di merito secondo cui «[i]l notaio che roga un testamento pubblico deve effettuare una valutazione discrezionale, autonoma e necessariamente contingente della capacità naturale del testatore, e non è tenuto a compiere accertamenti approfonditi quali quelli che vengono eseguiti a successione aperta, dovendo soddisfare l'interesse primario alla rogazione dell'atto»<sup>75</sup>. Il confronto con una diversa esperienza giuridica permetterà di mettere ulteriormente in luce le carenze del descritto approccio e le reali possibilità offerte al professionista che entra in contatto con il testatore di accertare che le disposizioni di ultima volontà siano l'espressione di una scelta libera e consapevole.

6. Il problema relativo alla valutazione della capacità del testatore è avvertito anche in altri ordinamenti giuridici. Assume particolare rilievo il diritto inglese, in cui il diritto successorio, movendo da una concezione più ampia dell'autonomia testamentaria, non riserva una quota dell'eredità in favore dei legittimari<sup>76</sup>. L'assenza di

---

<sup>75</sup> Trib. Voghera, 17 novembre 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 887, con nota di V. DEL RE, *Responsabilità civile del notaio per rogazione di testamento successivamente annullato per incapacità naturale del testatore*. Risulta altresì eccessiva l'enfasi riposta sull'«obbligo pubblicistico» di cui all'art. 27 l. not. che induce il giudice ad affermare che il notaio «assume una posizione indipendente e scevra da ogni ripercussione eventualmente derivante dal successivo giudizio di impugnazione del testamento per incapacità del testatore, il cui esito, pertanto, non solo non gli è opponibile, ma è irrilevante rispetto al suo operato, ai fini della cui valutazione, comunque, le capacità psichiche del testatore dovrebbero essere stabilite con un giudizio *ex ante*, e non certo alla luce dei più approfonditi accertamenti effettuati nel giudizio di impugnazione del testamento».

<sup>76</sup> In favore di determinati soggetti (tra i quali il coniuge e i figli del *de cuius*) il diritto inglese prevede soltanto la possibilità di chiedere un sostegno finanziario (*financial provision*) a carico dell'eredità a fronte della dimostrazione di versare in stato di bisogno. Le norme di riferimento si trovano nell'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*: cfr., anche con riguardo alle evoluzioni della legislazione e della casistica, R. PROBERT, *Disquieting Thoughts: Who*

un forte strumento di tutela per i membri della famiglia del *de cuius* sembra determinare una maggiore attenzione per il formarsi della volontà testamentaria, poiché le impugnative relative alla *capacity* e all'*intention* costituiscono spesso l'unico mezzo di reazione in favore dei soggetti esclusi dall'eredità.

Per valutare la capacità del testatore sono quindi state sviluppate specifiche modalità di accertamento, idonee a far emergere l'incapacità del testatore. Inoltre, nei casi dubbi è stato configurato il dovere di coinvolgere un medico in grado di accertare se il testatore abbia la capacità per disporre dei propri beni.

Il test relativo alla capacità di disporre del *de cuius*, da condurre in via retrospettiva al momento dell'apertura della successione, risale al caso *Banks v. Goodfellow* del 1870<sup>77</sup> e si articola in quattro diversi passaggi:

- a. il testatore deve rendersi conto della natura dell'atto e dei suoi effetti. Deve cioè essere consapevole che il testamento riguarda la disposizione dei beni per il momento successivo alla morte;
- b. il testatore deve comprendere l'estensione del patrimonio oggetto della disposizione. Non è tenuto a ricordare ogni singolo componente, ma deve essere almeno consapevole del valore dei propri beni;
- c. il testatore deve essere in grado di individuare le persone – parenti e amici, facenti parte della cerchia dei suoi affetti – che potrebbero avanzare delle pretese (anche di indole morale) relativamente all'eredità, pur nell'ipotesi in cui decidesse di escluderle dal novero dei beneficiari. Occorre che il

---

*will Benefit when we are Gone?*, in B. HÄCKER, C. MITCHELL (eds.), *Current Issues in Succession Law*, Oxford, 2016, 31–49; R. KERRIDGE, *Family Provision in England and Wales*, in K.G.C. REID, M.J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN (eds.), *Comparative Succession Law*, III, *Mandatory Family Protection*, cit., 384–415. Da una prospettiva esterna, v. anche A. RÖTHEL *Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklungen und Erklärungsversuche*, in *RabelsZ* 76, 2012, 131–160.

<sup>77</sup> *Banks v. Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549.

testatore sappia valutare i suoi legami affettivi con i possibili beneficiari e la natura delle loro pretese in caso di esclusione dal testamento;

- d. il testatore non deve essere affetto da un ‘disordine mentale’ che potrebbe alterare la percezione dei propri affetti e indurlo a disporre in maniera diversa rispetto a come avrebbe razionalmente operato.

Il *Banks*-test è tuttora considerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina inglesi uno strumento idoneo a indicare il livello di capacità del testatore<sup>78</sup>. Si segnala anche l’importanza di valutare l’esistenza di precedenti disposizioni testamentarie e le ragioni sottese alla scelta di revocarle<sup>79</sup>. Inoltre, assume rilievo la complessità della scheda testamentaria, nel senso che disposizioni particolarmente sofisticate richiedono un livello di capacità più elevato<sup>80</sup>. Viceversa la semplicità delle disposizioni costituisce un fattore che consente di sostenere l’efficacia del testamento<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> V. soprattutto P. REED, *Capacity and Want of Knowledge and Approval*, in B. HÄCKER, C. MITCHELL (eds.), *Current Issues in Succession Law*, cit., 169–188; J. BROOK, *The Neighbour, the Carer and the Old Friend – The Complex World of Testamentary Capacity*, in H. CONWAY, R. HICKEY (eds.), *Modern Studies in Property Law*, Cambridge, 2017 e ivi i riferimenti giurisprudenziali. Tra i casi recenti, ove si è fatto uso del suddetto test, si segnalano in particolare *Re Walker* [2014] EWHC 71 (Ch) e *Sharp v. Adam* [2006] EWCA Civ. 449. Il test costituisce un punto di riferimento anche in altre esperienze giuridiche: v. per l’Australia l’esame critico di K. PURSER, *Assessing Testamentary Capacity in the 21st Century: Is Banks v Goodfellow Still Relevant?*, in 38 *U.N.S.W.L.J.* (2015), 854–879; in merito al Sud Africa, cfr. invece M. SCHOEMAN-MALAN, *The Requirements and Test to Assess Testamentary Capacity*, in 78 *THRHR* (2015), 605–621.

<sup>79</sup> P. REED, *op. ult. cit.*, 181.

<sup>80</sup> V. in particolare *In the Estate of Park* [1953] P 112, CA, concernente un testatore malato di 78 anni, già colpito da due ictus. Il testatore, un uomo d’affari di grande successo, in fin di vita decise di sposare la cassiera del proprio club e redasse il proprio testamento il giorno del ricevimento. Il testamento, dal contenuto complesso, è stato ritenuto invalido, poiché il testatore non era più in grado di curare i propri affari.

<sup>81</sup> *Hoff v. Atherton* [2004] EWCA Civ 1554.

Un altro dato interessante attiene all'onere della prova. Secondo un consolidato orientamento, in linea di principio è il *'propounder'*, ossia colui che intende far valere il testamento, il soggetto tenuto a dimostrare la sussistenza della capacità di agire al momento in cui il testamento è stato redatto<sup>82</sup>. La prova è agevolmente raggiunta in via presuntiva nel caso in cui il testamento presenti un contenuto *'razionale'*. In quest'ultimo caso, l'onere della prova è posto in capo alla parte che afferma l'incapacità del testatore<sup>83</sup>. Nella valutazione della capacità del testatore si tiene inoltre conto della partecipazione di un *solicitor* alla redazione della scheda. Se un professionista indipendente ha incontrato il testatore e illustrato i contenuti della scheda, la Corte deve essere molto cauta nel sindacare in merito all'assenza di capacità del testatore<sup>84</sup>.

In questo quadro, assume rilevanza la questione della forma del testamento. Il diritto inglese conosce una sola forma ordinaria di testamento scritto, in cui non è richiesta la presenza di un professionista<sup>85</sup>. Tuttavia, è raro che il testatore predisponga da solo la

---

<sup>82</sup> V. *Barry v. Butin* (1838) 2 Moo PC 480: «the *onus probandi* lies in every case upon the party propounding a Will; and he must satisfy the conscience of the Court that the instrument so propounded is the last Will of a free and capable Testator».

<sup>83</sup> Le regole sulla ripartizione dell'onere della prova possono essere ben esemplificate con il caso *Symes v. Green* (1859) 1 Sw & Tr 401. Il testamento è stato impugnato da un nipote del *de cuius*, il solo parente sopravvissuto a quest'ultimo. Il testamento è stato considerato *'razionale'* e rispettoso dei prescritti requisiti formali e, in via presuntiva, si è dunque ritenuto che la scheda fosse stata preparata da un soggetto sano di mente. Il nipote, tuttavia, è riuscito nuovamente a ribaltare l'onere della prova dimostrando che il testatore presentava un disturbo mentale che in parte lo induceva a credere di essere destinato alla perdizione eterna poiché aveva partecipato a un sacramento pur essendo indegno. Il *propounder* non riuscì a contrastare efficacemente le allegazioni del nipote e il testamento venne considerato privo di effetti. La stessa situazione si è verificata nel recente caso *Re Key, Key v. Key* [2010] WTLR 623.

<sup>84</sup> V. *Re Ashkettle* [2013] EWHC 2125 (Ch).

<sup>85</sup> Il diritto inglese, a partire del 1837, alla *section 9* del *Wills Act* (da ultimo emendato nel 1983) prevede i requisiti di validità della sola forma di testamento scritto (a e b), prevedendo che la sottoscrizione del testatore è fatta o ricono-

propria scheda, essendo in genere coadiuvato dal c.d. *draftman*, ossia il soggetto – in genere un *solicitor* o un altro professionista esperto in ambito successorio – chiamato a redigere la bozza della scheda testamentaria che quest'ultimo sottoscrive. Il ruolo del *draftman* diverge notevolmente rispetto a quello del notaio. In proposito, è sufficiente rilevare che l'esperto inglese potrebbe preparare il testo delle ultime volontà anche anni prima rispetto alla sua confezione da parte del testatore; inoltre, il *draftman* in linea di principio non è neppure tenuto a incontrare il testatore<sup>86</sup>.

Il fatto che nel diritto inglese si tenda a valorizzare la presenza di un professionista che abbia incontrato (e parlato con) il testatore, ancorché anziano, quale elemento idoneo a corroborare la presunzione di capacità, dovrebbe far riflettere l'interprete italiano posto di fronte, in alternativa, a un testamento pubblico o a un testamento olografo. Quest'ultima forma non offre alcun supporto utile per sostenere la presunzione di capacità del testatore. Il riscontro comparatistico sembra dunque confermare la tesi, secondo cui di fronte a un testamento olografo dal contenuto anomalo, redatto da un testatore molto anziano o malato, si debba muovere da un criterio

---

sciuta dal testatore in presenza simultaneamente di due o più testimoni (c), i quali sono tenuti ad attestare e sottoscrivere il testamento o a riconoscere la sottoscrizione del testatore (d). Sui predetti requisiti, v. *amplius* R. KERRIDGE, *Parry & Kerridge The Law of Succession*, 13<sup>a</sup> ed., London, 2016, 43–55; B. SLOAN, *Borkowski's Law of Succession*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2017, 108–132. Ne deriva che il diritto inglese non conosce la forma del testamento olografo: cfr. R. KERRIDGE, *Testamentary Formalities in England and Wales*, in K.G.C. REID, M.J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN (eds.), *Comparative Succession Law*, I, *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011, 303–328, a 325; *contra*, con riguardo alla fase antecedente all'entrata in vigore del suddetto atto normativo, R.H. HELMHOLZ, *The Origin of Holographic Wills in England*, in 15 *Legal History* (1994), 97 ss. In prospettiva storica, v. in particolare B. HÄCKER, *Testamentsformen in England – unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung*, in M. SCHMOECKEL, G. OTTE (Hrsg.), *Europäische Testamentsformen*, Baden-Baden, 2011, 105–135, spec. 119–130.

<sup>86</sup> Segnala che il *draftman* dovrebbe ricevere le istruzioni dal testatore in assenza di persone che potrebbero beneficiare dal testamento o comunque influenzarne i contenuti, P. REED, *Capacity and Want of Knowledge and Approval*, cit., 181.

di ripartizione della prova che ponga in capo al beneficiario l'onere di dimostrare la capacità del testatore.

Orbene, ai fini della presente indagine, interessa rilevare che la giurisprudenza a partire dagli anni settanta ha iniziato a prendere in considerazione l'espletamento di un protocollo, denominato *Golden Rule*, secondo il quale in presenza di testatori molto anziani, infermi (o comunque in caso di dubbi sulla capacità del testatore) sarebbe buona prassi richiedere un parere medico in merito alla capacità di intendere e di volere del testatore<sup>87</sup>. Non sussiste un vero e proprio onere di ottenere una consulenza medica, né la consulenza dell'esperto esclude definitivamente l'incapacità del testatore<sup>88</sup>. La finalità del coinvolgimento del consulente è soprattutto quella di evitare che il testatore disponga dei suoi averi senza essere capace di intendere e di volere e che in merito alla questione della capacità del testatore sorga un contenzioso. Infatti, il parere positivo dell'esperto determina una presunzione difficile da superare circa la capacità del *de cuius* al momento della confezione dell'atto di ultima volontà. Pur in assenza di un obbligo del *draftman*, la giurisprudenza ha iniziato a considerare profili di responsabilità del professionista che non acquisisce un parere

---

<sup>87</sup> V. in particolare i casi *Kenward v. Adams* (1975) *The Times*, 28 November, *Re Simpson* (1977) 121 SJ 224 e *Buckenham v. Dickinson* [1997] 4 CL 661. Cfr. altresì M. FROST, S. LAWSON, R. JACOBY, *Testamentary Capacity*, Oxford, 2015, 130–137 e ivi i riferimenti giurisprudenziali. Gli aa. segnalano in particolare i casi *Cowderoy v. Cranfield* [2011] WTLR 1699 e *Re Key, Key v. Key* [2010] 1 WLR 2020, in cui, rispettivamente, si è dato atto che il *Draftman* non dispone delle competenze per valutare la capacità del testatore e che sussiste una condotta negligente nel caso in cui non sia stato richiesto un parere medico. In *Re Key*, si è affermato: «The substance of the golden rule is that when a solicitor is instructed to prepare a will for an aged testator, or for one who has been seriously ill, he should arrange for a medical practitioner first to satisfy himself as to the capacity and understanding of the testator, and to make a contemporaneous record of his examination and findings» (*ivi*, 2022 s.).

<sup>88</sup> V. chiaramente *Sharp v. Adam* [2006] WTLR 1059: «The golden rule is a rule of solicitors' good practice, not a rule of law giving conclusive status to evidence obtained in compliance with the rule».

medico nel caso di un cliente testatore anziano o che presenti segni di infermità<sup>89</sup>.

Il parere del medico dovrebbe riguardare i quattro punti del suddetto *Banks*-test e il *draftman* è tenuto ad informarlo dettagliatamente in merito agli elementi che formano il patrimonio e ai contenuti della scheda testamentaria<sup>90</sup>. Particolare cautela è richiesta nei casi dei c.d. *deathbed wills* in cui il professionista acquisisce le informazioni relative al testamento direttamente al capezzale della persona prossima al decesso e la pressione derivante dal voler aiutare il paziente potrebbe essere fonte di errori<sup>91</sup>.

Anche nella dottrina e nella giurisprudenza inglesi spesso si sottolinea la legittimità di un testamento ‘capriccioso’ e, come talvolta è avvenuto nella nostra dottrina, si mette in luce che l'autonomia testamentaria è il regno dell'arbitrio<sup>92</sup>. Invero, pur non potendosi affermare che l'approvazione sociale del testamento costituisca un suo requisito, il discostarsi in modo sorprendente rispetto a ciò che normalmente si attenderebbe da un testatore nella medesima posizione del disponente gioca senza dubbio un ruolo significativo nella complessiva valutazione della capacità del testatore<sup>93</sup>. In

---

<sup>89</sup> V. M. FROST, S. LAWSON, R. JACOBY, *Testamentary Capacity*, cit., 134 ss. V. anche *infra* n. 7.

<sup>90</sup> Cfr. ancora M. FROST, S. LAWSON, R. JACOBY, *op. ult. cit.*, 304–306, i quali in una delle appendici al volume (denominata *Specimen 'Golden Rule' to a Medical Practitioner Requesting an Opinion on Testamentary Capacity*) riportano una bozza che riproduce i contenuti della lettera di incarico che il *Draftman* dovrebbe sottoporre al medico ai fini della consulenza.

<sup>91</sup> Cfr. M. FROST, P. REED, M. BAXTER, *Risk and Negligence in Wills, Estates, and Trusts*<sup>2</sup>, Oxford, 2009, 105; M. FROST, S. LAWSON, R. JACOBY, *op. ult. cit.*, 154; nonché, per i risvolti medici, K. PURSER, T. ROSENFELD, *Too ill to will? Deathbed wills: assessing testamentary capacity near the end of life*, in 45 *Age and Ageing* (2016), 334–336. Dalla prospettiva della psicogeriatra, v. C. PEISAH *et alii*, *Deathbed wills: assessing testamentary capacity in the dying patient*, in 26 *Int. Psychogeriatr.* 2014, 209–216.

<sup>92</sup> V. B. SLOAN, *Borkowski's Law of Succession*, 3<sup>a</sup> ed., cit., 74.

<sup>93</sup> Così avviene nel diritto inglese. V. ad esempio *Cowderoy v. Cranfield* [2011] EWHC 1616 (Ch), par. 133: «if the provisions of a will are surprising, that

termini generali, si osserva che il testamento può essere il risultato di un intento capriccioso, frivolo o addirittura malvagio<sup>94</sup>, purché risulti rispettato il suddetto *Banks-test*.

7. Il livello di effettività delle norme a protezione del testatore dipende altresì dalla responsabilità in cui incorre il notaio che redige un atto annullabile per incapacità del testatore o che avrebbe dovuto accorgersi della presenza di un evidente vizio di volontà. La questione si collega alla funzione preventiva della disciplina della responsabilità civile<sup>95</sup> che, ponendo in capo al professionista l'obbligo di risarcire il danno, nel caso in esame potrebbe indurre quest'ultimo ad esercitare la propria attività con un più elevato grado di diligenza.

Non risultano frequenti i contributi concernenti ipotesi di invalidità del testamento. Invero, si profilano problematiche sia la qualificazione della responsabilità in cui incorre il notaio che l'individuazione del danno risarcibile. La tesi più convincente sembra quella secondo cui il notaio risponde per responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., nei confronti dei propri clienti, e a titolo di responsabilità extracontrattuale, in base all'art. 2043 c.c., nei confronti di terzi danneggiati dall'atto<sup>96</sup>.

---

may be material to the court's assessment of whether the testator did have capacity».

<sup>94</sup> Sul punto si richiama in genere *Boughton v. Knight* (1873) LR 3 P&D 64, in cui Hannen J ha affermato: «the law does not say that a man is incapacitated from making a will if he purposes to make a disposition of his property moved by capricious, frivolous, mean, or even bad motives».

<sup>95</sup> V. soprattutto i saggi raccolti in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile. Alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.

<sup>96</sup> V. in particolare C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., 265 s. e, in tempi più recenti, G. ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1984, 989–994. Per una esposizione delle diverse teorie esistenti in argomento, v. per tutti F. ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990, 79–110. In giurisprudenza, cfr. Trib. Voghera, 17 novembre 2007, cit.: «La responsabili-

I problemi relativi alla responsabilità del notaio per la confezione di un testamento invalido presentano caratteri peculiari. Anzitutto, si potrebbe considerare la posizione del testatore, che ha intrattenuto un rapporto contrattuale con il notaio. L'invalidità del testamento elide in modo definitivo ulteriori possibilità di esprimere la volontà testamentaria e configura con certezza un inadempimento del contratto d'opera intellettuale<sup>97</sup>. Si è messo in luce che tale inadempimento non cagionerebbe, tuttavia, un danno patrimoniale risarcibile e potrebbe semmai, sulla scorta degli obblighi conseguenti alla risoluzione del contratto, permettere agli eredi di ottenere la restituzione dell'onorario percepito<sup>98</sup>. In effetti, la restituzione dell'onorario è espressamente prevista dall'art. 76, comma 2, l. not. in presenza di un atto nullo per causa imputabile al notaio. Il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento può essere chiesto soltanto in presenza di una violazione di diritti inviolabili, che in questa ipotesi non sembrano presidiare il testamento.

In prospettiva aquiliana, avendo quindi riguardo alla posizione dei beneficiari delusi, si è invece messa in luce la possibile assenza del presupposto del danno ingiusto allorché il beneficiario non possa godere dei diritti relativi alla disposizione testamentaria nulla<sup>99</sup>. In proposito, si segnala che non si configura un diritto dei beneficiari a succedere, lesa dal notaio che ha ricevuto le disposizioni di ultima volontà<sup>100</sup>. In senso contrario, si è in passato sostenuto che tale diritto non esiste, ma che si sarebbe configurato se il notaio non avesse commesso l'errore<sup>101</sup>. Inoltre, in sentenze di

---

tà del notaio per rogazione di testamento invalido ha natura extracontrattuale». In merito alle modalità con le quali valutare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità civile del notaio. La colpa professionale del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, 2523 ss.

<sup>97</sup> V. da ultimo A. CIATTI, *Responsabilità del notaio e testamento invalido*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, 23–31.

<sup>98</sup> A. CIATTI, *op. ult. cit.*, 27–29.

<sup>99</sup> V. ancora A. CIATTI, *op. ult. cit.*, 30 s.

<sup>100</sup> A. CIATTI, *op. ult. cit.*, 31.

<sup>101</sup> N. COVIELLO, *Delle successioni*, IV, Napoli, 1899, 277.

legittimità di poco successive all'entrata in vigore del codice civile del 1942 non si sono ravvisati problemi nel riconoscere in favore del soggetto che sarebbe stato beneficiario dalla disposizione testamentaria nulla un risarcimento del danno, sulla base di una volontà testamentaria «esistente», ma «inefficace» per colpa del notaio<sup>102</sup>. Secondo un autore assumerebbe rilievo la presenza di un interesse leso, idoneo insieme agli altri elementi di cui all'art. 2043 c.c. a generare un'obbligazione risarcitoria<sup>103</sup>.

Il problema è affrontato anche in altri ordinamenti di *common law* e di *civil law*. In quello inglese, in relazione alla responsabilità del professionista che assiste il testatore<sup>104</sup>, in una decisione si è affermato che la questione giuridica «lies at the interface of what has traditionally been regarded as the separate domains of contract and tort»<sup>105</sup> ed è stata riconosciuta la responsabilità per la confezio-

---

<sup>102</sup> Cass., 31 luglio 1948, n. 1313, in *Giur. it.*, 1950, I, 310, con nota di E. SIMONETTO, *Sulla capacità del notaio per la nullità del testamento pubblico derivante da incapacità di un testimone*: «Quando un testamento pubblico sia dichiarato nullo per inidoneità di uno dei testi assunti nell'atto (nella specie: minore età), il notaio, responsabile per negligenza nell'osservanza dell'obbligo di compiere gli opportuni accertamenti, è tenuto a risarcire i danni al beneficiario, quando la volontà del disponente sia certa, anche se manifestata in forma illegale». Il caso è ricordato anche da G. ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, cit., 992.

<sup>103</sup> E. SIMONETTO, *op. loc. cit.*

<sup>104</sup> V. *supra* n. 6.

<sup>105</sup> Così Steyn LJ in *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207, 235. Per un'attenta disanima del caso v. M. FROST, P. REED, M. BAXTER, *Risk and Negligence in Wills, Estates, and Trusts*, 2<sup>a</sup> ed., cit., 24–35; B. SLOAN, *Borkowski's Law of Succession*, 3<sup>a</sup> ed., cit., 142 s. Nel caso di specie, il *de cuius*, dopo essersi riconciliato con due sue figlie, avrebbe voluto revocare un precedente testamento per assegnare a ciascuna una somma di denaro. Lo studio legale al quale ha dato le istruzioni ha però tardato molto nel predisporre la scheda e nel frattempo il testatore è deceduto. La *House of Lords* ha confermato la decisione della Court of Appeal, secondo cui i negligenti *solicitors* erano tenuti a risarcire alle figlie del *de cuius* una somma pari a quella che sarebbe stata disposta in loro favore nel testamento, con una maggioranza di 3 a 2. Nel decidere il caso (di notevole interesse per profili riguardanti la qualificazione del duty of care nel diritto inglese: cfr. ad esempio M. LUNNEY, K. OLIPHANT, *Tort Law. Text and Materials*, Oxford, 2013,

ne di un testamento nullo nei confronti del soggetto che sarebbe stato beneficiario. Il cuore della motivazione della *House of Lords*, si è sostanziato nell'osservazione secondo cui il rimedio ha la funzione di colmare una lacuna ed evitare l'ingiustizia che altrimenti si verificherebbe<sup>106</sup>.

In ogni caso, il problema sembra porsi in maniera parzialmente diversa nel caso del testamento invalido per incapacità del testatore o per la presenza di un vizio di volontà, riconoscibile dal notaio. In questo caso i soggetti danneggiati non sono i beneficiari, i quali potrebbero anche aver esercitato una pressione illecita sul testatore, bensì i soggetti che avrebbero acquistato *mortis causa* in assenza del testamento. Il danno risarcibile in via extracontrattuale in queste ipotesi sembra riguardare i costi sostenuti per ottenere una pronuncia di invalidità del testamento<sup>107</sup>.

Nella casistica si segnala una interessante decisione di un giudice di merito, chiamato a valutare la responsabilità di un notaio recatosi al capezzale di un soggetto ricoverato in fin di vita in ospedale per riceverne le ultime volontà in forma di testamento pubblico<sup>108</sup>. Nel caso di specie, il testatore muore il giorno successivo alla redazione del testamento, a causa della patologia che lo aveva colpito, e l'atto di ultima volontà viene annullato poiché si accerta che il *de cuius* era incapace di intendere e di volere al momento della sua redazione. Il beneficiario del testamento

---

431–449) i giudici inglesi hanno applicato la concezione di *assumption of responsibility* accolta nel noto caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. V. Heller & Partners* [1964] A.C. 465.

<sup>106</sup> V. Lord Goff in *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207, 268: «a remedy to fill a lacuna in the law so as to prevent the injustice which would otherwise occur». La responsabilità si estende anche a ipotesi in cui il *solicitor* avrebbe dovuto presentare un'istanza per ottenere uno *statutory will* (su cui v. *infra* n. 8): v. B. RICH, *Adult Incapacity and Liability for Professional Negligence*, in Elder L.J. (2012), 343–347.

<sup>107</sup> In questo senso, relativamente al diritto inglese, R. KERRIDGE, *Parry & Kerridge The Law of Succession*, 13<sup>a</sup> ed., cit., 388 e ivi i casi richiamati.

<sup>108</sup> Trib. Voghera, 17 novembre 2007, cit.

annullato cita in giudizio il notaio che lo aveva rogato, affermando la sua responsabilità professionale per aver raccolto le volontà di un soggetto poi ritenuto incapace dall'autorità giudiziaria, e chiedendo la condanna, a titolo di risarcimento del danno, al pagamento di tutti gli oneri derivatigli dalla intercorsa vicenda giudiziale. Il Tribunale adito, esclusa la natura contrattuale della domanda risarcitoria formulata a carico del pubblico ufficiale, la respinge, non ravvisando alcuna negligenza né un nesso causale rilevante tra la rogazione dell'atto e l'asserito pregiudizio sofferto dalla parte attrice.

Tralasciando la questione relativa alla diligenza del pubblico ufficiale, si osserva che in relazione alla posizione del beneficiario del testamento annullato non è in effetti presente il nesso causale tra la condotta del notaio e l'asserito danno subito. Infatti, le spese sostenute non avevano lo scopo di annullare il testamento, bensì quello di salvaguardare i suoi effetti. In definitiva, in assenza della condotta illecita del notaio il soggetto non avrebbe beneficiato delle disposizioni testamentarie e si sarebbe trovato in una situazione analoga a quella successiva all'esito del giudizio di annullamento. La fattispecie decisa dal Tribunale ha riguardo a un tipico caso di *deathbed will* che, sotto il profilo della responsabilità, richiede una valutazione molto attenta della condotta del notaio<sup>109</sup>. Infatti, generalmente non sussiste il tempo per coinvolgere un esperto ai fini della valutazione della capacità del testatore e il rifiuto del notaio potrebbe determinare la sostanziale impossibilità di testare.

8. Alcuni sistemi giuridici di *common law* prevedono delle forme speciali di testamento, che permettono al soggetto incapace di testare con l'assistenza di un tutore. La finalità è quella di assicurare al soggetto incapace l'esercizio di un atto di autonomia, nell'ambito di una sede 'protetta', ossia sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. Tale testamento permette di ottenere un'allocazione dell'eredi-

---

<sup>109</sup> La questione è segnalata anche nel commento di V. DEL RE, *Responsabilità civile del notaio per rogazione di testamento*, cit., 895 ss.

tà diversa rispetto a quella della successione legittima, in grado di rispecchiare maggiormente le inclinazioni e i rapporti affettivi del soggetto divenuto incapace. La speciale regolamentazione consente altresì di individuare e risolvere prima della morte eventuali situazioni di incertezza, concernenti soggetti non ancora sottoposti a una misura di interdizione, ma affetti da patologie che incidono sulle facoltà di discernimento, o casi di indebite influenze esterne che possono anche aver portato alla redazione di un testamento sospetto.

Nella nostra esperienza giuridica sono rari i riferimenti a tali forme di testamento. Secondo l'insegnamento comune, pur in assenza di una espressa statuizione del legislatore, la volontà deve essere manifestata «personalmente dal testatore e non da altra persona»<sup>110</sup>. In passato, in relazione all'autonomia testamentaria dell'incapace, si affermava che un'eventuale approvazione dell'autorità tutelare ripugnerebbe alla natura del testamento, «atto personalissimo, che deve essere improntato alla massima spontaneità»<sup>111</sup>. In tempi più recenti, sulla scorta di un rinnovato interesse per lo statuto normativo del 'malato di mente' è stato messo in luce che anche gli incapaci, financo gli interdetti, potrebbero avere un interesse a testare, non soltanto in relazione a disposizioni aventi contenuto patrimoniale<sup>112</sup>. Si è quindi proposta una nuova forma di testamento

<sup>110</sup> Così A. CICU, *Testamento*, cit., 16, il quale aggiunge: «[n]on è quindi il testamento negozio che possa concludersi per mezzo di rappresentante, né volontario, né legale. Perciò non può aversi testamento di un incapace ad opera del genitore o tutore». Analogamente, C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., 50; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 119; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, 9–11; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, cit., 131. V. anche M.C. TATARANO, *Il testamento*, cit., 44.

<sup>111</sup> Così, sia pure con riferimento al testamento del prodigo, V. POLACCO, *Delle successioni*, 2<sup>a</sup> ed., I, cit., 175.

<sup>112</sup> V. *amplius* G. BONILINI, *Il testamento dell'infermo di mente*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, 511–521. Propone di proteggere il testatore fragile o anziano mediante la partecipazione di un medico, con adeguate qualifiche per valutare la capacità di discernimento del testatore, J.C. SONNEKUS, *Freedom of Testation and the Ageing Testator*, cit., 88: «A

nuncupativo alla presenza di un giudice. Il giudice, affiancato da un perito, dovrebbe assicurarsi che la dichiarazione di volontà sia resa liberamente e con ponderazione<sup>113</sup>. La proposta non sembra aver avuto alcun seguito.

Una forma di testamento della persona adulta incapace, a partire dagli anni settanta, è invece prevista nel diritto inglese, attualmente sotto la supervisione della *Court of Protection* che decide in merito ai contenuti della scheda. Il testamento, denominato ‘statutory will’ e ora disciplinato dal *Mental Capacity Act* 2005, è idoneo a contenere qualsiasi disposizione che il soggetto avrebbe potuto fare se non avesse sofferto di «an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain»<sup>114</sup>. Il testamento è sottoscritto per conto della persona incapace dalla persona autorizzata dal giudice (normalmente il tutore, il *deputy*). La sottoscrizione deve contenere il nome dell’incapace e quello della persona autorizzata dal giudice e avvenire in presenza di due o più testimoni. Inoltre, deve essere attestato e sottoscritto dai testimoni in presenza della persona autorizzata e deve essere altresì apposto il sigillo ufficiale della Corte.

La domanda per uno *statutory will* può essere proposta da qualsiasi soggetto interessato all’eredità, ad esempio dai parenti del testatore, sebbene normalmente sia formulata da parte del *deputy* della persona incapace<sup>115</sup>. La domanda è corredata da una con-

---

possible reform would be to require the frail and the elderly to execute wills in the presence of a medical practitioner qualified to verify their mental state».

<sup>113</sup> G. BONILINI, *op. ult. cit.*, 519: «Attraverso opportune domande, il giudice dovrebbe essere in grado di appurare se il soggetto intenda, indi voglia».

<sup>114</sup> Section 2 Mental Capacity Act 2005. In definitiva, la normativa riguarda soggetti incapaci di testare in base ai criteri di valutazione stabiliti nel caso *Banks v. Goodfellow*: su cui v. *supra* n. 6. Sussistono, tuttavia, ancora dei problemi di coordinamento tra il citato atto normativo e il *test* per valutare la capacità del testatore sviluppato in *common law*: v. P. REED, *Capacity and Want of Knowledge and Approval*, cit., 182.

<sup>115</sup> V. *amplius* K. MILWARD, M. CURTICE, R. HARDING, *Statutory wills: doing the right thing under the Mental Capacity Act 2005*, in 23 *BJPsych Advances* (2017), 54–62.

sulenza relativa allo stato di incapacità del soggetto e dalle indicazioni in merito al patrimonio e ai contenuti del testamento. Di fronte alla *Court of Protection* viene sentito il testatore e si forma un contraddittorio tra i soggetti individuati come beneficiari dal testamento, quelli che sarebbero beneficiari in base a un eventuale precedente testamento, nonché i soggetti che succederebbero *ab intestato*.

Prima dell'entrata in vigore del *Mental Capacity Act 2005*, nel definire le disposizioni di ultima volontà si seguiva un approccio denominato 'substituted judgment'. La Corte muoveva da una prospettiva soggettiva e personale nel tentativo di ricalcare le decisioni che il testatore avrebbe preso ove non fosse stato incapace di intendere e di volere<sup>116</sup>. Sebbene non sia possibile identificarne con esattezza i termini<sup>117</sup>, si sostiene generalmente che il *Mental Capacity Act 2005* abbia determinato un mutamento di impostazione. Secondo la *section 4* della normativa, sulla base di un ampio catalogo di criteri, è necessario determinare quali siano i 'migliori interessi' (*best interests*) della persona incapace. Si discorre in proposito di un 'balance sheet approach' che dovrebbe tenere conto di ogni possibile circostanza<sup>118</sup> e, in particolare, del modo in cui la persona verrà ricordata dopo la morte<sup>119</sup>. Apparentemente,

---

<sup>116</sup> Cfr. D. LUSH, *The evolution of the statutory will jurisdiction*, in Elder L.J. (2014), 173–180, a 177: «When the court makes a decision on the basis of substituted judgment, it ceases to take an impersonal, objective point of view, and adopts a personal, subjective perspective. It attempts to enter the mindset of the individual who is required to make the decision, and aims to make the decision that they would have made if they didn't lack capacity».

<sup>117</sup> In questo senso, v. R. KERRIDGE, *Parry & Kerridge The Law of Succession*, 13<sup>a</sup> ed., cit., 75.

<sup>118</sup> Cfr. Lewison J in *Re P (Statutory Will)* [2009] EWHC 163 (Ch): «best interests is not a test of "substituted judgement" (what the person would have wanted), but rather it requires a determination to be made by applying an objective test as to what would be in the person's best interests».

<sup>119</sup> Cfr. Munby J in *Re M (Statutory Will)* [2009] EWHC 2525, 38 (Fam): «Best interests do not cease at the moment of death. We have an interest in how our bodies are disposed of after death, whether by burial, cremation or donation for medical research. We have [...] an interest in how we will be re-

quest'ultimo elemento induce spesso a disporre in favore di organizzazioni non-profit<sup>120</sup>.

Acute critiche hanno avuto ad oggetto le modalità con le quali le Corti hanno applicato il criterio del *best interests*<sup>121</sup>. In particolare, il carattere paternalistico della valutazione porrebbe in molti casi in secondo piano il punto di vista del testatore, e l'esigenza di tutelare la sua autonomia, a favore dell'orientamento del 'doctor-knows-best'. Inoltre, il nebuloso parametro coprirebbe altre ragioni rilevanti ai fini della valutazione giudiziale, quali i valori sociali e culturali del giudicante. Il criterio si risolverebbe quindi in un assoluto diniego della capacità di prendere decisioni in caso di malattie mentali.

Le problematiche messe in luce denotano le difficoltà di sostituire le scelte del testatore con una determinazione giudiziale, attuata sulla base di parametri che non necessariamente rispecchiano la volontà del testatore. Tuttavia, assume una crescente rilevanza l'utilizzazione della procedura quale strumento per evitare le liti, revocando testamenti sospetti e ripristinando l'efficacia di testamenti redatti quando il testatore con certezza era capace di intendere e di volere<sup>122</sup>. Si segnala che la *Court of Protection* non avrebbe la competenza per decidere liti concernenti il testamento<sup>123</sup>, ma la procedura permette di evitare controversie relative a testamenti la cui validità

---

membered, whether on a tombstone or through the medium of a will or in any other way. In particular [...] we have an interest in being remembered as having done the 'right thing', either in life or, post mortem, by will».

<sup>120</sup> Cfr. R. KERRIDGE, *op. loc. ult. cit.*; S. HAMILTON, *Best Interests in Statutory Will and Gift Applications: Practical Implications of Re G*, in *Elder L.J.* (2011), 331 ss.; P. HEWITT, S. RICHARDS, N. STOURTON, *The Court of Protection, Charities and the Evolution of Best Interests*, in *Elder L.J.* (2012), 264 ss.

<sup>121</sup> V. l'accurato studio di R. HARDING, *The Rise of Statutory Wills and the Limits of Interests Decision-Making in Inheritance*, in *78 Modern Law Review* (2015), 945–70. Del resto, critiche rivolte allo *statutory will* si rinvencono anche in altre esperienze giuridiche: v. per il diritto della California H.T. KRIMMEL, *A Criticism of the California Statutory Will*, in *19 W. St. U. L. Rev.* (1991), 77–106.

<sup>122</sup> R. KERRIDGE, *Parry & Kerridge The Law of Succession*<sup>13</sup>, cit., 76 s.

<sup>123</sup> V. in senso critico R. HARDING, *The Rise of Statutory Wills*, cit., 959.

non appare certa. In una di queste ipotesi, la Corte ha affermato semplicemente che in virtù dell'importanza di ricordare la persona protetta per aver fatto la 'cosa giusta', nel migliore interesse del testatore, la 'cosa giusta' da fare è ordinare la predisposizione di uno *statutory will*, piuttosto che consentire al testatore di essere ricordato per essere stato la fonte di una controversia tra parenti e beneficiari istituiti con una scheda impugnata<sup>124</sup>.

Non sono infondate le osservazioni secondo cui, nei casi in esame, il testamento diviene sostanzialmente il risultato di una valutazione esterna condotta secondo i canoni della giustizia distributiva<sup>125</sup>. Peraltro, la finalità di evitare il contenzioso successivo alla morte del testatore e di affrontare immediatamente le questioni relative a un testamento sospetto nel contraddittorio tra gli interessati appare un elemento di indubbio valore. Incidendo su una situazione già compromessa e dovendo risultare accertata l'incapacità del testatore è incapace, lo *statutory will* assicura che le disposizioni di ultima volontà non saranno oggetto di dissidi.

Le esperienze del diritto continentale non prevedono la suddetta forma di testamento per il soggetto incapace<sup>126</sup>. Si è soste-

---

<sup>124</sup> *Re D (Statutory Will)* [2010] EWHC 2159 (Ch): «Given the importance attached by the court to the protected person being remembered for having done the 'right thing' by his will, it is open to the court, in an appropriate case, to decide that the 'right thing' to do, in the protected person's best interests, is to order the execution of a statutory will, rather than to leave him to be remembered for having bequeathed a contentious probate dispute to his relatives and the beneficiaries named in a disputed will».

<sup>125</sup> Così R. HARDING, *The Rise of Statutory Wills*, cit., 959. Da una prospettiva più ampia, che ricomprende le scelte di fine vita, v. M. S. WRIGHT, *End of Life and Autonomy: The Case for Relational Nudges in End-of-Life Decision-Making Law and Policy*, in 77 *Md. L. Rev.* (2018), 1062–1139, la quale propone di fare ricorso agli insegnamenti della psicologia cognitiva.

<sup>126</sup> In effetti, nel diritto francese sussistono alcune norme del *Code civil* concernenti la capacità testamentaria del soggetto incapace sottoposto a tutela (*tutelle*) introdotte con gli interventi normativi del 23 giugno 2006 e del 5 marzo 2007 (v. G. RAOUL-CORMEIL, *L'incapable du nouveau droit des libéralités et des successions*, in *JCP N*, 2007.1202; J. HAUSER, *Le testament de la personne vulnérable*, in *RTD civ.*, 2015, 356 ss.). L'art. 476 *Code civil* prevede che, a pena

nuto che siffatto superamento del carattere personalissimo del testamento non si sostanzierebbe in una maggiore tutela per il testatore, bensì nella definitiva cancellazione della sua autonomia negoziale, a vantaggio dei parenti o di altri soggetti vicini al testatore che potrebbero in tal modo ottenere una sorta di delazione *ab intestato* personalizzata sulla base delle proprie esigenze<sup>127</sup>. Le critiche non sembrano però tenere in considerazione la situazione in cui versa il testatore e i vantaggi conseguibili con lo *statutory will*. Quest'ultimo, è ammissibile soltanto nel caso in cui il testatore non sia capace, ossia in assenza di uno dei requisiti di validità del testamento. Non potendo il soggetto redigere un testamento valido, il pregiudizio alla sua autonomia non appare giuridicamente rilevante. L'alternativa al testamento autorizzato dal giudice e sottoscritto dal tutore sarebbe la successione *ab intestato*, il mantenimento di un testamento che non corrisponde alla volontà del testatore o – come suggeriscono alcuni casi inglesi –

---

di nullità, in assenza di autorizzazione giudiziale (o del *conseil de famille*, ove costituito) la persona sotto tutela non può fare testamento da sola. Inoltre, il tutore non può né rappresentare né assistere l'incapace (comma 2). Il diritto francese consente all'incapace, in ogni caso, di revocare da solo il testamento fatto prima o dopo l'apertura della tutela (comma 3). Infine, è prevista una sorta di revoca giudiziale, ove sia venuta meno la causa che aveva determinato il testatore a disporre prima dell'apertura della tutela (comma 4). In dottrina, si afferma che la nuova disciplina non è priva di rischi, alla luce delle possibili influenze esercitate da membri della famiglia; inoltre, si ricorda che il testamento è, in ogni caso, annullabile per *insanité d'esprit* (ai sensi dell'art. 901): cfr. PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités*, 8ª ed., Paris, 2018, 201 s. Su quest'ultimo aspetto risulta d'interesse la riflessione di J. HOUSSIER, *La successione della personne vulnérable*, in Aa.Vv., *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, 933–954, spec. 941–947, la quale rileva che l'autonomia riconosciuta alla persona vulnerabile è sostanzialmente infranta all'apertura della successione alla luce delle plurime impugnative testamentarie previste dal diritto francese (per: incapacità, vizi della volontà, ecc.).

<sup>127</sup> In questo senso, in prospettiva comparatistica, v. G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft. Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung*, Tübingen, 2016, 316–318.

di un testamento il cui contenuto è determinato da terzi vicini al testatore. In molti casi, attesa l'idoneità a contemperare i diversi interessi in gioco e ad evitare il contenzioso, sembra utile riflettere sull'opportunità di ricorrere a uno *statutory will*.