

Andrea Genovese

---

**IMPUGNAZIONE DEL  
TESTAMENTO PER INCAPACITÀ  
NATURALE: « CHI DEVE  
PROVARE CHE COSA »?**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## Impugnazione del testamento per incapacità naturale: « chi deve provare che cosa »?

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'indagine. — 2. *La testamenti factio activa*. — 3. La persona incapace naturale. — 4. Onere della prova: *a)* che cosa si deve provare e in quale modo. — 5. *Segue: b)* chi deve provare. — 5.1. Il rapporto tra regola (capacità biologica-psichica) ed eccezione (incapacità biologica-psichica). Osservazioni critiche. — 5.2. Il « momento » di redazione del testamento. Osservazioni sistematiche.

1. — Sfogliando un qualunque repertorio, è abituale imbattersi in pronunce giurisprudenziali con le quali si decide la controversia avente a oggetto l'impugnazione dell'atto di autonomia privata per incapacità naturale<sup>(1)</sup>; ciò indipendentemente dal fatto che lo stesso atto sia unilaterale o plurilaterale, *inter vivos* o *mortis causa*, a titolo gratuito o oneroso, a contenuto patrimoniale o non patrimoniale. Alla frequente attenzione che al tema riserva la giurisprudenza si accompagna, in modo adeguato, quella che ad esso dedica la dottrina, la quale non manca di compiere ampie riflessioni in argomento.

È opportuno svolgere una prima precisazione che si attaglia, in modo stringente, proprio a questa disciplina. A prescindere dal tipo di atto concluso dall'incapace naturale<sup>(2)</sup>, non è agevole confrontarsi con un solo

<sup>(1)</sup> ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 718, osserva che la distinzione tra incapacità legale e negoziale è formulata nel consueto lessico, più dottrinale che legislativo. Conformemente, FORCHIELLI, *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione. Art. 414-432*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 54. Un riferimento alla capacità naturale è peraltro compiuto nell'art. 1389 c.c. (così, RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 214 (le prossime citazioni si riferiscono a questa voce); ID., voce *Capacità di agire*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1964, p. 864; STANZIONE, voce *Capacità*, I, *Diritto privato*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 12.

<sup>(2)</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1972, p. 307; VENCHIARUTTI, *L'incapacità contrattuale*, in AA.VV., *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, IV, 2, Torino, 1991, p. 573; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Norme soggetti e rapporto giuridico*, in *Diritto civile*, I, 1, Torino, 1987, p. 131; CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento*

contributo, teorico o pratico, nel quale non si finisca per sfiorare, almeno una volta, il problema dell'onere della prova da assolvere perché possa pronunziarsi l'annullamento dell'atto<sup>(3)</sup>. Il tutto come se ogni indagine avente a oggetto l'impugnazione fosse attraversata da un preciso, incesante interrogativo: « chi deve provare che cosa »<sup>(4)</sup>?

In questo studio, incentrato sul testamento dell'incapace naturale<sup>(5)</sup>, si cercherà di individuare il motivo per il quale, nel tempo, chi si è occupato del tema abbia raramente inteso separare la sua trattazione dalla disamina dell'assetto dell'onere della prova cui soggiace l'azione. Ciò consentirà, in seconda battuta, anche di verificare se la preoccupazione, che sembra aver

*pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2011, I, p. 1035; VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in AA.VV., *Trattato dir. successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 107 s.; PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*<sup>2</sup>, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Rescigno, IV, 3, Torino, 1997, p. 873; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*<sup>2</sup>, diretto da Rescigno, coordinato da Ieva, I, Padova, 2010, p. 759 s.; PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 761 e 773; GIUNTA, *Incapacità di agire, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Milano, 1965, p. 19 s.; M. DI MARZIO, *Il testamento e i negozi trasmorte dal punto di vista dell'anziano*, in *Giur. merito*, 2011, p. 3001; NAPOLI, *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*<sup>2</sup>, in *Codice civ. comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, p. 285 s.

<sup>(3)</sup> Come posto in rilievo da C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 748, è pacifica, in dottrina, la natura negoziale del testamento.

<sup>(4)</sup> TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 67, osserva che, in ogni situazione regolata da norme, ciascuna parte ha l'onere di indicare la prova del fatto dal quale deriva l'applicazione della regola che porta a conseguenze a sé favorevoli. Per uno sguardo d'insieme dei principali problemi posti dall'onere della prova, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1952, *passim*; RICCA-BARBERIS, *L'onere della prova. Note per le lezioni*, in *Foro it.*, 1936, IV, c. 305 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966, *passim*; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Napoli, 1974, *passim*; ID., voce *Prova*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.; ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 292 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 1 ss.; ID., voce *Prova*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 9 ss.; COMOGLIO, *Le prove*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*<sup>2</sup>, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, XIX, 1, Torino, 1997, p. 237 ss.; CARNELUTTI, *La prova civile*<sup>2</sup>, rist., Napoli, 2016, p. 61 ss.; GENTILE, *La prova civile. Commento agli artt. 2697 a 2739 del codice civile*, Roma, 1960, p. 11 ss.; VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 3 ss.; BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, p. 71 ss.; VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707 ss.

<sup>(5)</sup> Per un quadro d'insieme della storia dell'istituto, si v. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, 1961, rist., p. 193 ss.

influito sul metodo impiegato dai giuristi nello studio dell'istituto, possa dirsi normativamente fondata.

2. — Conformemente a ciò che può affermarsi rispetto ad un qualunque negozio giuridico, affinché all'atto di ultima volontà si congiungano stabili effetti giuridici, la legge richiede che lo stesso atto sia formato da persona che non risulti sprovvista della « capacità di agire »<sup>(6)</sup>. Inoltre, è necessario che l'autore di questa dichiarazione non possa nemmeno qualificarsi in termini di « incapace naturale »<sup>(7)</sup>, con cui s'intende — muovendo dalla definizione che è possibile enucleare dalla lettura delle varie norme che disciplinano l'istituto — la persona che, sebbene legalmente capace, si provi essere stata, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere e/o di volere nel momento in cui perfezionava l'atto<sup>(8)</sup>.

(6) BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, ottava ed. aggiornata, Torino, 2016, p. 265 s., il quale segnala che, in base all'art. 47 della l. n. 218 del 1995, la capacità di testare è regolata dalla legge nazionale del disponente al momento del compimento del negozio. La detta regolamentazione deve confrontarsi con la disciplina europea di cui al Reg. n. 650/2012 (così, SASSI, *Commento sub art. 591 cod. civ.*, in SASSI-STEFANELLI, *Incapacità testamentarie. artt. 591-600*, in *Cod. civ. comm.*, fondato e diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2014, p. 6 s.). Per la differenza tra capacità di agire e potere di disporre, cfr. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, cit., p. 210 s. Inoltre, come posto in rilievo da A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura di Pagliantini e A.M. Benedetti, Napoli, 2013, p. 67, « [...] non appare più possibile sostenere l'esistenza di una capacità di testare diversa e specifica rispetto alla generale capacità di agire ». Secondo C.M. BIANCA, *Le successioni*<sup>4</sup>, in *Diritto civile*, II, Milano, 2005, p. 218, la « capacità di testare è quindi un momento della capacità di agire ed essa spetta a tutti coloro che sono capaci di agire ».

(7) Per una diversa sfumatura, cfr. BIGLIAZZI GERI, *La vocazione testamentaria*, in AA.VV., *Successioni*<sup>2</sup>, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, VI, 2, Torino, 1997, p. 50, secondo la quale l'art. 591 c.c. porrebbe sullo stesso piano la incapacità di agire con la incapacità naturale.

(8) Assume una diversa consistenza l'incapacità di intendere da quella di volere (GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*<sup>4</sup>, in *Diritto civile e commerciale*, a cura di Galgano, II, 1, Padova, 2004, p. 374). Come posto in evidenza da A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 72, l'uso della congiunzione « e » che compare nell'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c., in luogo della disgiunzione « o » di cui all'art. 428 c.c., rammenta al giurista di considerare « [...] la capacità di intendere e di volere come una medaglia con due facce inscindibili (anche se distinguibili) ». G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 274, pone correttamente in luce che, per capacità di intendere o di volere, si intende « l'idoneità a comprendere la portata e la rilevanza delle proprie azioni (capacità di intendere), nonché l'attitudine di volere con maturità di giudizio (capacità di volere) [...] ». Conformemente, cfr. BONZIGLIA-ANGLESIO, *Testamento e capacità*, in AA.VV., *Il testamento dell'incapace*, Napoli, 2013, pp. 14-15. Secondo la medicina legale (INTRONA, *Il deterioramento mentale su base organica: valutazioni medico-legali diverse in ambiti diversi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 134 s.), il

Si tratta, com'è facile intuire, di un fenomeno più attuale che mai, in considerazione del prolungamento della vita, che oggi è possibile registrare, al quale può <sup>(9)</sup> accompagnarsi, fatalmente, la diffusione di malattie senili idonee a determinare, a vario titolo, episodi di menomazione psichica, di debolezza decisionale <sup>(10)</sup> o di affievolimento della c.d. consapevolezza affettiva <sup>(11)</sup>.

Rispetto al tema trattato, in ambiente testamentario si può cogliere una delle ipotesi nelle quali è possibile imbattersi nell'utilizzo di un peculiare fraseggio per descrivere un fenomeno sostanzialmente unitario, appartenente ad una categoria generale. In questo ambito, infatti, si è soliti denominare il tema attraverso il ricorso alla locuzione *testamenti factio activa*, detta anche « capacità di testare ». Con essa si fa riferimento, come visto, a questo aspetto della più ampia capacità di agire <sup>(12)</sup>, intesa nella

difetto intellettuale « [...] si concreta nella incapacità di filtrare in modo critico le decisioni, di prevedere le conseguenze dei propri atti, di valutare i motivi per decidere in un modo piuttosto che in un altro »; diversamente, il difetto volitivo « [...] fa sì che il soggetto si lasci suggestionare facilmente dai suoi stessi errori di critica o dalle sue stesse deviazioni affettivo-sentimentali ovvero si lasci influenzare da altri che, per proprio o altrui interesse e facendo leva sulla scarsa capacità critica coartano la sua volontà e la indirizzano verso fini di proprio interesse personale ». Si v., inoltre, S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1003, secondo il quale quanto appena illustrato può frequentemente accadere allorché il testatore versi in una condizione di c.d. « solitudine relativa ». Essa ricorre quando il *de cuius* finisce per intrattenere esclusivi rapporti con un parente o con un professionista; ciò che — unitamente alla considerazione dell'unilateralità delle informazioni in tal modo fruibili dall'autore dell'atto — può influenzare, direttamente o indirettamente, il contenuto del testamento. La solitudine del testatore, sempre più anziano, è efficacemente posta in rilievo anche da PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Il testamento. Fisiologia e patologie. Atti del convegno di Bari, 21 novembre 2014*, a cura di Volpe, Napoli, 2015, p. 55.

<sup>(9)</sup> Come rivelato da A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 77 s., dal mero stato di anzianità non è però possibile inferire l'incapacità naturale del testatore giacché, « [...] nel diritto come nella vita, è senz'altro falsa la sentenza di Terenzio Afro *senectus ipsa est morbus* ».

<sup>(10)</sup> In questo contesto possono verificarsi anche episodi di c.d. captazione della volontà testamentaria, con riferimento alla quale, per un quadro d'insieme, cfr. SPOTTI, *L'annullabilità per captazione del testamento redatto da una persona fragile*, nota a Cass., sez. II, 4 febbraio 2014, n. 2448, in *Famiglia e dir.*, 2014, pp. 657 ss., spec. 662-663; D'AMBROSIO-ARNONE, *I deboli e la capacità di testare nel diritto civile*, in *Il testamento dell'incapace*, cit., p. 85 ss.

<sup>(11)</sup> Così, in modo incisivo, S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 1000. In argomento, cfr. altresì CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator*, cit., p. 1035; ID., *Capacità di disporre per testamento e « vulnerabilità » senile*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, p. 362; D'AMBROSIO-ARNONE, *op. cit.*, p. 72.

<sup>(12)</sup> ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 32, osserva che « La incapacità di testare è una sottocategoria della categoria della *incapacità negoziale*, a sua volta configurata come specie di una categoria più ampia: la incapacità di agire ».

dimensione di potere della persona di regolare *trans mortem* i propri interessi meritevoli di tutela mediante la formazione del testamento<sup>(13)</sup>.

È stato posto in risalto in dottrina che, attraverso il riferimento alla c.d. *testamenti factio* attiva, si ha riguardo al testamento nella dimensione di negozio giuridico, con riferimento al quale l'ordinamento esige che la dichiarazione di volontà sia emessa da un testatore che risulti dotato di un adeguato grado di intelligenza e volontà; condizione, questa, reputata imprescindibile perché possa affermarsi che qualunque atto è realmente frutto di una libera e cosciente determinazione del proprio autore<sup>(14)</sup>.

La capacità di testare è disciplinata dall'art. 591 c.c.<sup>(15)</sup>. Tra il primo ed il secondo comma di cui si compone la detta disposizione è introdotto ciò che una parte della dottrina ha ricostruito alla stregua di un rapporto tra regola ed eccezione<sup>(16)</sup>; rapporto che, per inciso — si avrà modo di

<sup>(13)</sup> BONILINI, *op. cit.*, p. 266; M.L. DE ROSA, *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, in *Pers. fam. e succ.*, 2012, p. 908.

<sup>(14)</sup> BONILINI, *op. loc. ult. cit.*; ID., voce *Testamento*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 366; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 274; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. civ.*, diretto da de Martino, Novara, 1982, p. 72; VIGNUDELLI, *Sull'unità di misura dell'incapacità naturale del testatore*, nota a Cass., sez. II, 11 luglio 2011, n. 15187, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 897. Altra parte della dottrina (con riferimento alla quale, si v. almeno LECCESE, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Napoli, 1999, p. 58 ss.; VENTURELLI, *op. cit.*, p. 109), infine, ritiene che la patologia dell'atto concluso dall'incapace naturale, in considerazione dell'espresso riferimento all'eventuale transitorietà della causa perturbatrice, sarebbe destinata a porsi a metà strada tra l'incapacità legale ed il vizio di volontà.

<sup>(15)</sup> Secondo una dottrina (CIAN, *Il testamento nel sistema degli atti giuridici, in Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2007, p. 170; GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, II, p. 562 nota 2), l'incapacità di testare congloberebbe in un'unica categoria l'incapacità di agire, da un lato, e quella di intendere e di volere, dall'altro. Da ciò deriverebbe il difetto di corrispondenza biunivoca tra incapacità di testare ed incapacità legale.

<sup>(16)</sup> ALLARA, *op. cit.*, p. 32 s.; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*<sup>7</sup>, Padova, 1979, p. 321; TAMBURRINO, voce *Testamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 475; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 908 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 755; GAMBINI, *Commento sub art. 591*, in AA.VV., *Delle Successioni*, a cura di Cuffaro e Delfini, in *Comm. cod. civ.*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 208; MIRANDA, *La capacità di disporre (e di ricevere) per testamento ed i vizi della volontà testamentaria*, in *Le successioni, III, Successioni testamentarie*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2000, p. 27; I. PRISCO, *L'annullamento del testamento pubblico per incapacità naturale del testatore postula la proposizione di querela di falso? Al fine dell'annullamento del testamento per incapacità naturale è sufficiente la prova di una generica alterazione delle capacità cognitive del de cuius?*, nota a Trib. Torre Annunziata, 16 maggio 2011, in *Foro nap.*, 2012, p. 799. Si v. inoltre SCHLESINGER, voce *Successioni (Diritto civile). Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 807, il quale osserva che l'art. 591 c.c. si limita a ribadire, in realtà, un principio generale, e vale a dire che, anche in tema di

osservarlo più avanti —, sembra anche aver largamente contribuito alla formazione del prevalente orientamento giurisprudenziale in argomento <sup>(17)</sup>, che formerà oggetto di valutazione critica nel presente studio.

Ponendo lo sguardo sul comma 1° dell'art. 591 c.c., è possibile riscontrare una prima norma giuridica qualificabile come « regolare ». Essa prevede che « Possono disporre per testamento tutti coloro che non siano dichiarati incapaci dalla legge ». Ovvero, se sei una persona provvista della capacità di agire [hai conseguito la maggiore età <sup>(18)</sup> e non sei stato privato di detta capacità per interdizione], allora puoi fare testamento: « se A », « allora B » <sup>(19)</sup>.

La lettura del comma 2°, n. 3, della stessa disposizione, permette invece di enucleare il contenuto di una diversa norma giuridica <sup>(20)</sup>, che, confrontata con quella regolare, può qualificarsi come « eccezionale ». In base ad essa, « Sono incapaci di testare: [...] 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento ». Detto in altre parole, la persona che, pur essendo capace di agire, sia risultata incapace di intendere e di volere nel momento in cui redigeva il

disposizioni testamentarie, la regola è la capacità e l'incapacità è l'eccezione; M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 60.

<sup>(17)</sup> Si v. Cass., sez. II, 10 marzo 2014, n. 5527, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, p. 577 ss., con nota di AND. GENOVESE, *Annullamento del testamento per incapacità naturale e onere della prova*.

<sup>(18)</sup> Per le modalità di calcolo della maggiore età, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 751 s.; BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 52.

<sup>(19)</sup> Con riferimento alla norma come giudizio, si v., senza alcuna pretesa di completezza, IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 5 ss. [anche in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1099 s. (da cui si cita), nonché in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 3 ss.]; ID., *Un diritto incalcolabile*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 7; AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2006, p. 69 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*<sup>3</sup>, Napoli, 2006, p. 241 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della seconda edizione, Napoli, 2002, p. 8 s.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3<sup>a</sup> rist., Padova, 1967, p. 31 ss.; ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, p. 12 ss.; GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, rist., Bologna, 1965, p. 16 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, p. 14 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in questa rivista, 1954, p. 350 ss. (e in ID., *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, p. 20 ss., da cui si cita).

<sup>(20)</sup> RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, cit., p. 214, osserva con il consueto nitore che « quando il soggetto sia legalmente capace di agire, è irrilevante l'incapacità naturale. Questa rende invalido l'atto soltanto come elemento di una fattispecie complessa [...] ».

testamento (« se A+a1 »), allora essa è sprovvista della *testamenti factio* attiva, e pertanto non può fare testamento (« allora - B »); o meglio, quel testamento, se redatto, è annullabile, nel termine di prescrizione di cinque anni <sup>(21)</sup>. In quanto norma eccezionale, l'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c. è di stretta interpretazione e insuscettibile di applicazione analogica <sup>(22)</sup>.

3. — Secondo la dottrina, mediante la locuzione « incapacità di intendere e di volere », impiegata nella costruzione della fattispecie dell'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c., l'ordinamento ha preteso, ai fini della produzione dell'effetto contemplato dalla norma, che a causa di un'infermità, transitoria o permanente, o per altra causa comunque idonea a turbare il normale processo volitivo e intellettuale del testatore, quest'ultimo sia risultato sprovvisto della coscienza dei propri atti <sup>(23)</sup>, ovvero dell'attitudine ad autodeterminarsi in modo completamente libero e cosciente <sup>(24)</sup>.

<sup>(21)</sup> Rispetto al tema della decorrenza del termine di prescrizione, cfr. PAGLIANTINI, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile*, in *Riv. not.*, 2008, p. 811 ss.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 89 ss.; SASSI, *op. cit.*, p. 13 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 770 s.; GAMBINI, *op. cit.*, p. 229 s.; MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*, nota a Cass., sez. II, 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, II, p. 562; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 220.

<sup>(22)</sup> ALLARA, *op. cit.*, p. 33; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 807; CICU, *Testamento*<sup>2</sup>, Milano, 1951, p. 104; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 266; CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1991, p. 186; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. loc. ult. cit.*; SASSI, *op. cit.*, p. 6.

<sup>(23)</sup> Non manca in dottrina chi ha osservato che il testamento concluso ad esempio dal demente, dal sonnambulo o dall'ipnotizzato non possa dirsi semplicemente annullabile per incapacità naturale, ma debba qualificarsi « nullo » per mancanza di volontà, se non addirittura « inesistente » (così, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 766).

<sup>(24)</sup> BONILINI, *Il testamento dell'infermo di mente*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di Cendon, Napoli, s.d., ma 1988, p. 511 s.; Id., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 268; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie. Art. 587-600*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 173; A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, nota a Cass., sez. II, 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 1303 (e in Id., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, Padova, 1988, p. 1316 ss., da cui si cita); TAMBURRINO, *op. loc. ult. cit.*; GAMBINI, *op. cit.*, p. 215; VENCIARUTTI, *op. cit.*, p. 561 s.; MARTINO, *Casi d'incapacità (art. 591)*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, I, Milano, 2011, p. 1166; CARACCILO, *L'incapacità naturale tra questioni di sostanza e problemi di prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1066 s.; GALLERANI, *Delle successioni testamentarie*, in questa rivista, I, 1965, p. 866 s.; LECCESE, *op. cit., passim*; VIGNUDELLI, *op. loc. ult. cit.*; GAMBINI, *op. cit.*, p. 216; PISCHE-TOLA, *L'accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, in *Riv. not.*, 2003, II, p. 397; COPPOLA, *L'incapacità naturale del testatore*, in *Pers., fam. e succ.*, 2005, p. 522; MORETTI, *Il negozio testamentario e il suo contenuto*, in AA.VV., *Testamento e patti successori*, a cura di Iberati, Bologna, 2006, p. 25 s.; LOI, *Le successioni testamentarie. Artt. 587-623 c.c.*, Torino, 1992, p. 147 s. In giurisprudenza,

Attraverso quell'espressione, è sembrato che il legislatore abbia inteso esprimere un concetto unitario, un'endiadi (25). Con esso è stata accordata rilevanza giuridica a qualunque causa perturbatrice del normale processo volitivo dell'autore dell'atto, indipendentemente dal fatto che la stessa dipenda da vere e proprie patologie mentali (26).

È possibile avere conferma della bontà di quanto appena posto in rilievo una volta eseguita una semplice considerazione. Il riferimento espresso, che si opera nella norma, all'eventuale « transitorietà » della causa che abbia privato il dichiarante della necessaria capacità di intendere e di volere, dimostra la preminenza dell'interesse del legislatore ad assicurare un'adeguata forma di protezione a garanzia della piena consapevolezza dell'atto di disposizione, indipendentemente dalla causa che abbia prodotto l'effetto di scemare le facoltà mentali del testatore (27).

La regolamentazione accordata dall'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c. si distingue da quella che caratterizzava il codice del 1865, il cui art. 763 prevedeva che « Sono incapaci di testare [...] quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento » (28).

Mediante la locuzione adottata dal codice vigente, si è assegnata

Cass., sez. VI, (ord.) 6 novembre 2013, n. 24881, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 175; Cass., sez. VI, (ord.) 11 gennaio 2012, n. 166, ivi, 2012, p. 509, con nota di BATÀ-SPIRITO, *Annullamento del testamento per incapacità naturale*; Cass., sez. II, 11 luglio 2011, n. 15187, cit.; Cass., sez. II, 12 agosto 2010, n. 18640, ivi, 2010, p. 1171; Cass., sez. II, 15 aprile 2010, n. 9081, in *Ced.*, 2010; Cass., sez. II, 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 676, con nota di BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*; Cass., sez. II, 6 maggio 2005, n. 9508, in *Guida dir.*, 2005, 24, p. 82; Cass., sez. II, 18 aprile 2005, n. 8079, cit.; Cass., sez. II, 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 197; Cass., sez. II, 24 ottobre 1998, n. 10571, in *Mass. Giur. it.*, 1998 (e in *Riv. notar.*, 1999, p. 1033; *Giur. it.*, 1999, p. 1815); Cass., sez. II, 5 novembre 1987, n. 8169, in *Mass. Giur. it.*, 1987 (e in *Arch. civ.*, 1988, p. 158); Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, ivi, 1982.

(25) M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 911.

(26) Evidenza peraltro correttamente Cass., sez. II, 10 novembre 1960, n. 3010, cit., che senza la capacità di intendere, intesa come capacità di discernimento, non ci può essere neanche la capacità di volere.

(27) Per INTRONA, *op. cit.*, p. 133, « [...] al centro dell'indagine sta il fatto costituito da una decisione testamentaria dalla quale si deve risalire all'autore correlando il tipo di decisione presa dal defunto ai dati clinici eventualmente disponibili ». In modo conforme, cfr. VIGNUDELLI, *op. cit.*, p. 898.

(28) Per uno sguardo d'insieme della posizione della dottrina formatasi prima dell'introduzione del codice del '42, si v. DEGNI, *Della capacità di disporre per testamento*, in AA.VV., *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1941, p. 386 ss.; CICU, *Incapacità naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, pp. 84-85. Da notare che, nella dottrina della medicina legale, si giudica positivamente il fatto che con l'art. 591 c.c. non si faccia riferimento alla infermità (così, INTRONA, *op. loc. ult. cit.*).

rilevanza a qualunque causa perturbatrice della volontà negoziale, e pertanto indipendentemente dal fatto che essa: a) sia permanente o transitoria; b) che rinvenga la propria fonte in patologie mentali ovvero in altre cause comunque idonee a produrre lo stesso effetto<sup>(29)</sup>. Quanto osservato consente di affermare che, in conseguenza della formulazione dell'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c., la valutazione demandata al giudice si sia trasferita dalla verifica della patologia alla considerazione degli effetti che una qualunque alterazione delle normali facoltà mentali possa produrre sul regolare processo di formazione della volontà<sup>(30)</sup>. Quindi, ai fini dell'annullamento del testamento, oltre alla sicura rilevanza della malattia che, per le sue caratteristiche, possa dirsi idonea a consentire la dichiarazione di interdizione, è senz'altro annullabile anche la scheda testamentaria redatta da chi era affetto da cause perturbatrici del normale intelletto, le quali siano comunque idonee ad escludere, in modo totale, la capacità di discernimento nel dichiarante<sup>(31)</sup>.

4. — Se qualunque avvocato è consapevole dell'esigenza di dover fornire la dimostrazione dei fatti che costituiscono il fondamento del diritto azionato (art. 2697 c.c.), l'interpretazione delle varie norme che consentono — in presenza dell'elemento in comune: « incapacità naturale » — l'annullamento dell'atto, ribadisce, senza possibilità di fraintendimento, la necessità dell'assolvimento dell'onere della prova. Gli artt. 120, 428, 591, comma 2°, n. 3, e 775 c.c., nell'instaurare un'intima connessione tra l'aspetto sostanziale e quello processuale, richiamano l'attenzione dell'interprete sul fatto che, per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, dovrà offrire in giudizio la prova rigorosa della dedotta forma d'incapacità<sup>(32)</sup>.

Deve essere stato per questo motivo che — come osservato *in limine* — ogni giurista che si sia avvicinato al tema dell'incapacità naturale, raramente abbia poi mancato di svolgere qualche riflessione proprio riguardo al regime dell'onere della prova che caratterizza l'azione<sup>(33)</sup>.

(29) A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 73 s.; MUSOLINO, *op. cit.*, p. 562 s. Per quanto riguarda il tema del « quantum d'incapacità invalidante la volontà del *de cuius* » al fine dell'annullamento dell'atto, cfr. VIGNUDELLI, *op. cit.*, pp. 897 e 899 ss.; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 326 s.; GIROLAMI, *op. cit.*, p. 569 ss.

(30) VENTURELLI, *op. cit.*, p. 108 ss.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 71.

(31) CARNELUTTI, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, nota a App. Torino, 31 luglio 1941, in *Foro it.*, 1941, I, 1, c. 1165 s.; ALLARA, *op. cit.*, p. 35; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 326; VENTURELLI, *op. cit.*, p. 118; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 911; COPPOLA, *op. loc. ult. cit.*

(32) La formulazione della regola appare espressione del *favor testamenti*, inteso come esigenza di far conseguire, preferibilmente, una piena efficacia giuridica al testamento in considerazione della sua non rinnovabilità (in argomento, si v. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 271).

(33) Se, infatti, la risposta al quesito « chi deve provare che cosa » va ricercata all'interno della norma sostanziale chiamata a disciplinare la fattispecie dedotta in

Prendendo spunto dal titolo del presente contributo, è ora opportuno distinguere, all'interno del più ampio interrogativo « chi deve provare che cosa »<sup>(34)</sup>, tra « chi deve provare », da un lato, e « che cosa si deve provare » e « in quale modo », dall'altro.

Si sofferma da subito l'attenzione sulla seconda parte dell'interrogativo<sup>(35)</sup>. A tal fine, in base alla giurisprudenza prevalente, l'accoglimento della domanda di annullamento del testamento presuppone la dimostrazione in giudizio che il testatore, nel momento della redazione dell'atto — che può verificarsi anche in un tempo molto distante da quello dell'apertura della successione<sup>(36)</sup> —, si trovava in una condizione di tale incapacità da impedirgli, in modo assoluto, di autodeterminarsi, e quindi in condizioni analoghe a quelle che, concorrendo anche il requisito dell'abitudine dell'infermità, legittimerebbero la pronuncia di interdizione<sup>(37)</sup>. Parafrasando l'art. 414 c.c., rubricato « persone che possono essere interdette », si potrebbe affermare che possono essere giudicati incapaci naturali soltanto coloro i quali, trovandosi « in condizioni di [...] infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi », potrebbero essere interdetti, concorrendo, come visto, anche il requisito dell'abitudine della malattia.

Questa impostazione non appare condivisibile.

Come osservato in dottrina<sup>(38)</sup>, l'omesso riferimento, nell'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c., al requisito della sanità di mente, determina un sicuro

giudizio (BENIGNI, *op. cit.*, p. 80), è proprio la disposizione che regola questa o quell'ipotesi di incapacità naturale a richiamare l'attenzione sulla necessità di provare in modo rigoroso il fatto giuridico ai fini dell'annullamento dell'atto.

<sup>(34)</sup> TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(35)</sup> Del quesito talvolta si fa carico anche la giurisprudenza (cfr., Cass., sez. II, 10 marzo 2014, n. 5527, cit.).

<sup>(36)</sup> CALVO, *Introduzione*, in *Il testamento dell'incapace*, cit., p. 5.

<sup>(37)</sup> Cass., sez. II, 25 marzo 2011, n. 6978, in *Per., fam. e succ.*, 2011, p. 389; Cass., sez. II, 27 ottobre 2008, n. 25845, in *Giur. it.*, 2009, p. 1929; Cass., sez. II, 30 gennaio 2003, n. 1444, in *Mass. Giur. it.*, 2003 (e in *Arch. civ.*, 2003, p. 1259; in *Gius.*, 2003, p. 1230); Cass., sez. II, 22 maggio 1995, n. 5620, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., sez. II, 10 luglio 1986, n. 4499, ivi, 1986; Cass., 11 maggio 1979, n. 2692, ivi, 1979; Cass., sez. II, 10 gennaio 1967, n. 97, ivi, 1967. In dottrina, cfr. M. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 3002; QUERCI, *L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime?*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 1469 s., la quale ultima pone in rilievo che la indicata impostazione giurisprudenziale, volta a richiedere la totale menomazione della capacità di intendere o di volere al fine dell'annullamento del testamento, è dettata dall'esigenza di garantire al massimo il c.d. *favor testamenti*. A tal proposito, pone in risalto il differente risultato interpretativo raggiunto dalla giurisprudenza quando ha a che fare con l'art. 428 c.c., da un lato, oppure con l'art. 591, comma 2°, n. 3, dall'altro, CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e « vulnerabilità » senile*, cit., p. 363.

<sup>(38)</sup> CICU, *Testamento*, cit., p. 111; VENTURELLI, *op. cit.*, p. 118 s.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 81. *Contra*, si v. peraltro GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*<sup>2</sup>, Torino, 1978, p. 53.

ridimensionamento, in questa materia, della consulenza tecnica d'ufficio di tipo psichiatrico, la quale invece rappresentava, durante la vigenza dell'art. 763 c.c. 1865, lo strumento pressoché esclusivo per la verifica della ricorrenza delle condizioni necessarie all'accoglimento della domanda <sup>(39)</sup>.

Ad ordinamento vigente, la dimostrazione dello stato di incapacità naturale « rilevante » può essere offerta mediante qualunque mezzo di prova <sup>(40)</sup>, anche facendo ricorso alle neuroscienze, le quali si propongono di migliorare la comprensione delle radici del comportamento umano attraverso l'individuazione della relazione intercorrente tra una data attività celebrale e la specifica manifestazione clinica <sup>(41)</sup>. La stessa incapacità potrà, inoltre, essere dedotta dalla mancata comparizione dei convenuti a rendere l'interrogatorio formale <sup>(42)</sup>, dalla formulazione di presunzioni semplici <sup>(43)</sup>, che però, così come prescritto dall'art. 2729 c.c., dovranno essere gravi, precise e concordanti <sup>(44)</sup>. Proprio con riferimento a quest'ultimo mezzo di prova, dall'accertamento del « fatto noto » <sup>(45)</sup> — perché conosciuto nei modi previsti dalla legge — dell'incapacità del testatore prima e dopo la formazione del testamento, sarà possibile inferire il « fatto ignorato » <sup>(46)</sup>, più probabile che non secondo l'*id quod plerumque accidit* <sup>(47)</sup>, dell'incapacità anche intermedia <sup>(48)</sup>.

<sup>(39)</sup> VENTURELLI, *op. cit.*, p. 118 s.

<sup>(40)</sup> CICU, *op. ult. cit.*, p. 112; CARAMAZZA, *op. cit.*, p. 73; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 768; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 378; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 57; SASSI, *op. cit.*, p. 36; NAPOLI, *op. cit.*, p. 295; MARTINO, *op. cit.*, p. 1169; VIGNUDELLI, *op. cit.*, p. 901; GALLERANI, *op. cit.*, p. 870; BIGLIAZZI GERI, *La vocazione testamentaria*, cit., p. 56; VENCIARUTTI, *op. cit.*, p. 567. Conformemente, cfr. G. STELLA RICHTER, *Commento sub art. 428 cod. civ.*, in *Libro I. Delle persone e della famiglia*, in *La giurisprudenza sul codice civile*, diretta da C. Ruperto, Milano, 2005, p. 579. Cfr. inoltre Cass., 24 novembre 1980, n. 6236, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass., 19 marzo 1980, n. 1851, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1554.

<sup>(41)</sup> Così, C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, pp. 330 e 333.

<sup>(42)</sup> Trib. Cagliari, 30 marzo 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 677.

<sup>(43)</sup> Questo mezzo di prova incontra infatti le sole limitazioni sancite dall'art. 2729 c.c.

<sup>(44)</sup> SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 809; CICU, *op. ult. cit.*, p. 112; RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, cit., p. 214; CARACCILO, *op. cit.*, p. 1069 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*; MESSINEO, *op. cit.*, p. 313 s.; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 80; VIGNUDELLI, *op. loc. ult. cit.* In generale, cfr. TARUFFO, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 4 s.; COMOGGIO, *op. cit.*, p. 431 ss. Si v. inoltre Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, in *Mass. Giur. it.*, 1978.

<sup>(45)</sup> Il fatto noto rappresenta la circostanza che il giudice conosce nei modi previsti dalla legge (così, TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 3).

<sup>(46)</sup> Il fatto ignorato è il fatto rilevante non provato, di cui il giudice ignora la verità o la falsità (quasi letteralmente, così TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>(47)</sup> TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(48)</sup> Si v., sul punto, al di là dell'improprio richiamo alla c.d. presunzione *iuris*

La stessa prova dell'incapacità naturale potrà, inoltre, essere fornita con l'espletamento della prova testimoniale <sup>(49)</sup>, la quale potrà permettere di desumere <sup>(50)</sup> che, in occasione della redazione dell'atto, era possibile registrare, in capo al testatore, un'« effettiva soppressione dell'attitudine a determinarsi coscientemente e liberamente » <sup>(51)</sup>.

L'osservazione appena svolta consente d'affermare che, per dimostrare l'incapacità naturale, non sarà sufficiente la mera allegazione, a cura della parte interessata <sup>(52)</sup>, dell'incapacità di intendere e di volere del testatore. Sarà invece necessario che sia almeno provato, nei modi previsti dalla legge, che l'atto, così come confezionato, dimostri di per sé l'inidoneità del suo autore all'autoregolamentazione dei propri interessi per il tempo successivo all'apertura della successione <sup>(53)</sup>.

Ovviamente, la mera bizzarria della clausola testamentaria non è da sola sufficiente ai fini dell'annullamento dell'atto <sup>(54)</sup>. Ciò anche considerato che, come osservato in dottrina <sup>(55)</sup>, il testamento è il regno dell'arbitrio, e anche quella disposizione che favorisca il capriccio non è meno valida di quella che possa dirsi invece sensata. Più semplicemente, la

*tantum*, Cass., sez. II, 4 marzo 2016, n. 4316, in *Ced*, 2016; Cass., sez. II, 24 giugno 2011, n. 13989, in *Notariato*, 2011, p. 508; Cass., sez. II, 30 gennaio 1987, n. 892, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, in *Riv. not.*, 1979, p. 929. In dottrina, cfr. F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 328; MESSINEO, *op. cit.*, p. 312; QUERCI, *op. cit.*, p. 1473 s.; PESCARA, *op. cit.*, p. 877.

<sup>(49)</sup> F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. loc. ult. cit.*; NAPOLI, *op. loc. ult. cit.*; C. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 335.

<sup>(50)</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*, osserva che la testimonianza può permettere l'accertamento dei fatti dai quali inferire l'effettiva esistenza di uno stato di incapacità naturale.

<sup>(51)</sup> Così, in modo incisivo, BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 268.

<sup>(52)</sup> PAGLIANTINI, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile*, cit., p. 797, non manca di osservare che l'annullamento del testamento, diversamente dal « tipo normale dell'annullabilità », è soggetto a legittimazione assoluta. Inoltre, lo stesso a. ricorda che, sempre riguardo all'annullamento dell'atto di ultima volontà, è possibile formulare la distinzione tra legittimazione ordinaria e straordinaria. La prima si attaglia ai soggetti contitolari del rapporto successorio. La seconda, diversamente, spetta ai soggetti dei rapporti connessi o dipendenti rispetto a quello dedotto in giudizio.

<sup>(53)</sup> CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 1167; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*<sup>5</sup>, Milano, 1947, p. 311; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 282 e 284.

<sup>(54)</sup> Tuttavia, come riconosciuto da Cass., sez. II, 5 gennaio 2011, n. 230, in *Per. fam. e succ.*, 2011, p. 669 (e in *Ced*, 2011), « ai fini dell'accertamento sulla sussistenza o meno della capacità di intendere e di volere del *de cuius* al momento della redazione del testamento, 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 ». Conformemente, cfr. anche Cass., sez. II, 22 maggio 1995, n. 5620, cit.

<sup>(55)</sup> A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 1317.

conclusione posta in rilievo consente di stabilire che, se oggetto della valutazione del giudice è la capacità di discernimento del *de cuius*, allora ogni indagine non potrà che muovere dall'analisi del contenuto e della forma dell'atto di ultima volontà<sup>(56)</sup>. Fa pertanto carico al giudice il compito di delimitare le ipotesi in cui il testamento rappresenti il frutto di una libera e consapevole scelta del testatore, da quelle in cui possano, invece, nutrirsi fondati dubbi in ordine alla configurabilità di un atto di autonomia perfettamente valido<sup>(57)</sup>.

A questo proposito, anche l'esame delle modalità con cui è avvenuta la formulazione del testamento e del suo contenuto potrà offrire sicuri spunti nel senso della validità di quest'ultimo<sup>(58)</sup>, tutte le volte in cui da quei fatti « noti » sia possibile, ancora una volta, inferire quello « ignorato », altamente probabile in base all'osservazione di ciò che normalmente accade, della consapevolezza critica in capo all'autore del negozio nel momento della sua redazione<sup>(59)</sup>.

Quanto appena riferito impone una precisazione. L'eventuale incoerenza o illogicità di una o più disposizioni testamentarie non sarebbero di per sé sufficienti a poter conseguire l'annullamento del testamento. Anche in questi casi, la valutazione che in ipotesi conducesse alla caducazione dell'atto non potrebbe esimersi da una considerazione più ampia e complessiva, relativa alle circostanze che fanno da cornice alla formazione dell'atto<sup>(60)</sup>: ad esempio, lo stile di vita o le condizioni di salute del testatore, la sua attitudine a regolare i propri interessi in ambiti extrat testamentari<sup>(61)</sup>, e via dicendo<sup>(62)</sup>.

La valutazione del testamento attraverso la lente dell'esame di quel contesto potrebbe consentire il raggiungimento della dimostrazione che, indipendentemente dalla ricorrenza di una malattia mentale, l'atto è in effetti annullabile perché concluso in istato di incapacità di intendere e di volere<sup>(63)</sup>, tutte le volte in cui, ad esempio, la redazione di esso sia

<sup>(56)</sup> G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 284 ss.; BARASSI, *op. cit.*, p. 312 s.; VENTURELLI, *op. cit.*, p. 121. In giurisprudenza, si v. Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, cit.

<sup>(57)</sup> Quasi letteralmente, così S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 1002.

<sup>(58)</sup> BONZIGLIA-ANGLESIO, *op. cit.*, p. 23 s.

<sup>(59)</sup> A. TRABUCCHI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(60)</sup> Il requisito della coerenza dell'atto rispetto a manifestazioni affettive pregresse permette, ad esempio, di valutare l'ipotesi dell'omessa chiamata all'eredità del parente prossimo. In questi casi, non si potrà fare a meno di verificare: *a*) se questo parente abbia demeritato verso il testatore; *b*) se il beneficiario (non parente) abbia invece compiuto atti a favore dello stesso testatore che possano dirsi idonei ad attirare su di sé il beneficio (così, INTRONA, *op. cit.*, p. 134). In argomento, cfr. BONZIGLIA-ANGLESIO, *op. cit.*, p. 10 ss.

<sup>(61)</sup> Si v. VENTURELLI, *op. cit.*, p. 122 s. Cfr., altresì, GAMBINI, *op. cit.*, p. 223.

<sup>(62)</sup> Secondo PIETROBON, *op. cit.*, p. 767, anche il tracollo economico del testatore, o un suo impellente bisogno di danaro, oppure l'essere stato il *de cuius* succubo di un'altra persona.

<sup>(63)</sup> A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 81 s.; MUSOLINO, *op. cit.*, p. 563.

avvenuta: *a*) in condizioni di ubriachezza, delirio febbrile, sonnambulismo od altro, idonei a turbare il normale processo intellettuale e volitivo del testatore <sup>(64)</sup>; *b*) oppure in uno stato d'ira che risulti idoneo a obnubilare le consuete facoltà intellettive e volitive <sup>(65)</sup>.

Proprio dando massimo rilievo alla cornice di circostanze in cui avviene la sua redazione, per contro, potrebbe dirsi non annullabile il testamento formato in prossimità di una trasvolata aerea, sulla semplice considerazione della suggestione indotta dal rischio di un disastro aviatorio. In tal caso, riuscirebbe infatti arduo dimostrare che il testatore si trovasse effettivamente in presenza di un'alterazione rilevante della complessiva situazione psichica <sup>(66)</sup>. Allo stesso modo, non dovrebbe dirsi nemmeno annullabile il testamento redatto dal monomaniaco, ossia da quella persona tormentata da un'idea fissa e ricorrente che può anche risultare irreali. Di regola, infatti, il monomaniaco, pur ispirando a quell'ossessione la propria condotta, mantiene però, al di fuori degli àmbiti in cui essa opera, una generale capacità di autoregolamentazione dei propri interessi <sup>(67)</sup>.

Ciò posto, non è revocabile in dubbio che l'accertamento dell'incapacità naturale sarà più agevole in presenza di un testamento olografo <sup>(68)</sup>, che non di un testamento ricevuto per atto notarile <sup>(69)</sup>. Questo non perché sia possibile conferire una particolare rilevanza probatoria alla dichiarazione di sanità mentale del testatore formulata dal notaio in occasione della redazione del testamento. Difatti, una simile dichiarazione, in quanto non rientrante nella funzione certificativa del notaio <sup>(70)</sup>, mero tecnico del diritto <sup>(71)</sup>, configurerebbe una semplice clausola di stile, censurabile con

<sup>(64)</sup> BONILINI, *op. loc. ult. cit.*; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 326; MESSINEO, *op. cit.*, p. 311; GALGANO, *op. cit.*, p. 376; PISCHETOLA, *op. cit.*, p. 397; VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 563; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 912 s.; MARTINO, *op. cit.*, p. 1167; GAMBINI, *op. cit.*, p. 215; PIETROBON, *op. loc. ult. cit.*; MUSOLINO, *op. cit.*, p. 564.

<sup>(65)</sup> BONILINI, *op. loc. ult. cit.*; Id., voce *Testamento*, cit., p. 366; SASSI, *op. cit.*, p. 50; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 76 s.; G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 376; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 809; BARASSI, *op. cit.*, p. 311; GALLERANI, *op. cit.*, p. 867; M.C. TATARANO, *op. cit.*, p. 61; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 913; GAMBINI, *op. cit.*, p. 215 s.; PIETROBON, *op. loc. ult. cit.*; ONDEI, *Gli stati emotivi e passionali nel diritto civile*, nota a Cass., sez. II, 5 gennaio 1950, n. 48, in *Foro pad.*, 1951, I, p. 23 ss.

<sup>(66)</sup> BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 268.

<sup>(67)</sup> VENTURELLI, *op. cit.*, p. 124; SASSI, *op. cit.*, p. 49 s.

<sup>(68)</sup> BONILINI, *op. loc. ult. cit.*, rileva esattamente che, già a livello intuitivo, non è di ostacolo, all'accoglimento della domanda di annullamento del testamento per incapacità naturale, la presenza, nella scheda, della formula, frequentemente usata nella prassi, con cui si richiama il pieno possesso delle facoltà fisiche e psichiche in capo al testatore.

<sup>(69)</sup> VENTURELLI, *op. cit.*, p. 128; GIROLAMI, *op. cit.*, p. 564 s.

<sup>(70)</sup> CICU, *Testamento*, cit., p. 113.

<sup>(71)</sup> PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi. Grandi questioni e pareri*, a cura di Palazzolo, Padova, 2008, p. 182 s.

qualunque mezzo di prova, senza necessità di proporre la querela di falso <sup>(72)</sup>.

Quanto posto in luce non è contraddetto dalla considerazione che in presenza di un testamento per atto di notaio, la partecipazione ad esso, a vario titolo, del professionista, oltreché dei testimoni, rende improbabile, ancorché non impossibile <sup>(73)</sup>, ipotizzare che nessuno dei componenti si sia reso conto della ricorrenza di una causa perturbatrice della volontà negoziale, opponendosi, per questo motivo, al compimento delle formalità notarili <sup>(74)</sup>. È pertanto possibile trarre né più né meno che un argomento probatorio <sup>(75)</sup>, un indizio <sup>(76)</sup> di capacità naturale, un « *fumus* di non incapacità » <sup>(77)</sup> del testatore, tutte le volte in cui si abbia a che fare con un testamento per atto di notaio <sup>(78)</sup>.

5. — Per cercare di rispondere alla seconda parte della più ampia domanda, si tratta ora di verificare, alla luce della disciplina di riferimento, « chi deve provare » lo stato di incapacità naturale rilevante ai fini dell'annullamento del negozio testamentario.

A tale proposito, non sarà vano richiamare l'attenzione su ciò che è possibile definire « approccio mobile » della giurisprudenza.

Nelle sentenze rese dai giudici, in un primo momento si richiede, in linea teorica, la necessità che si osservi scrupolosamente l'onere della prova da parte di chi impugna il testamento, attraverso la dimostrazione dell'esistenza di uno stato di incapacità naturale del testatore al tempo della formazione dell'atto. Si afferma che ciò è giustificato dal fatto che lo stato di capacità rappresenta la regola, mentre quello di incapacità l'eccezione. In un secondo momento, si afferma però che qualora dovesse risultare che il testatore era affetto da incapacità totale e permanente al tempo della formazione dell'atto, allora farebbe invece carico a chi intende avvalersi del

<sup>(72)</sup> In dottrina, cfr. F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 329; M.C. TATARANO, *op. cit.*, p. 61; M. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 3002; SASSI, *op. cit.*, p. 37; MARTINO, *op. cit.*, p. 1170; PISCHETOLA, *op. cit.*, p. 398; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 913; MIRANDA, *op. cit.*, p. 31; GAMBINI, *op. cit.*, p. 224; I. PRISCO, *op. loc. ult. cit.*; MUSOLINO, *op. cit.*, p. 563.

<sup>(73)</sup> Cass., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2212, in *Notariato*, 2013, p. 366.

<sup>(74)</sup> BARASSI, *op. cit.*, p. 313; CARAMAZZA, *op. cit.*, p. 74; VENTURELLI, *op. loc. ult. cit.*; M. DI MARZIO, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza, cfr. Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Mass. Giur. it.*, 1982.

<sup>(75)</sup> PISCHETOLA, *op. loc. ult. cit.*; M.L. DE ROSA, *op. loc. ult. cit.*; GAMBINI, *op. loc. ult. cit.*; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 769; RE, *Testamento e capacità. Il ruolo del notaio, in Il testamento dell'incapace*, cit., p. 142.

<sup>(76)</sup> A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 87-89; MUSOLINO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(77)</sup> CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e « vulnerabilità » senile*, cit., p. 372.

<sup>(78)</sup> Per il testamento per atto pubblico come atto ricevuto da un professionista sotto la propria responsabilità, si v. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 565.

testamento l'onere di dimostrare che lo stesso è stato redatto durante un « lucido intervallo »<sup>(79)</sup>.

La presente sistemazione non appare condivisibile.

Se, infatti, non fosse possibile giungere alla conclusione secondo cui quella precisazione si traduce in un semplice *obiter dictum*, che non incide sulla effettiva *ratio decidendi* delle varie sentenze a cui fa riferimento l'orientamento criticato, allora il descritto ragionamento finirebbe per denunciare un'errata ricostruzione del rapporto tra regola ed eccezione, cui fatalmente si accompagnerebbe anche la violazione dell'art. 591, commi 1° e 2°, n. 3, c.c.

5.1. — Chiunque intendesse ricostruire il tema trattato attraverso il riferimento alla tensione dialettica tra regola ed eccezione, dovrebbe giungere alla conclusione che quel rapporto in realtà, come sopra indicato<sup>(80)</sup>, intercorre solo ed esclusivamente tra il comma 1° dell'art. 591, c.c., recante la norma regolare, ed il comma 2°, n. 3, della stessa disposizione, che invece disciplina la norma eccezionale di difetto della *testamenti factio* attiva per incapacità naturale.

Deve essere accaduto che la giurisprudenza — al cui pensiero ha aderito, nel tempo, anche una nutrita parte della dottrina<sup>(81)</sup> —, influen-

(79) Cass., sez. II, 4 marzo 2016, n. 4316, in *Ced*, 2016; Cass., sez. II, 23 dicembre 2014, n. 27351, in *Notariato*, 2015, p. 175; Cass., sez. II, 10 marzo 2014, n. 5527, cit.; Cass., sez. II, 9 agosto 2011, n. 17130, in *Ced*, 2011; Cass., sez. II, 11 luglio 2011, n. 15187, cit.; Cass., sez. II, 3 marzo 2010, n. 5091, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3450; Cass., sez. II, 6 maggio 2005, n. 9508, in *Mass. Giur. it.*, 2005 (e in *Ced*, 2005); Cass., sez. II, 18 aprile 2005, n. 8079, cit.; Cass., sez. II, 28 marzo 2002, n. 4539, in *Mass. Giur. it.*, 2002 (e in *Arch. civ.*, 2003, p. 74); Cass., sez. II, 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Riv. not.*, 2002, p. 1531; Cass., sez. II, 24 ottobre 1998, n. 10571, cit.; Cass., sez. II, 13 novembre 1991, n. 12113, in *Corr. giur.*, 1992, p. 174; Cass., sez. II, 23 gennaio 1991, n. 652, in *Dir. famiglia*, 1991, p. 910; Cass., sez. II, 5 novembre 1987, n. 8169, cit.; Cass., 22 marzo 1985, n. 2074, in *Mass. Giur. it.*, 1985; Cass., 17 giugno 1983, n. 4171, ivi, 1983; Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, cit.; Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass., 29 luglio 1981, n. 4856, ivi, 1981; Cass., 28 aprile 1981, n. 2578, ivi; Cass., 8 gennaio 1981, n. 162, ivi; Cass., 12 dicembre 1979, n. 6481, ivi, 1979; App. Palermo, sez. II, 20 febbraio 2017, in *Leggi d'Italia on line*; App. Bologna, 21 gennaio 1978, in *Giur. merito*, 1981, p. 390; Trib. Treviso, sez. I, 14 settembre 2016, in *Leggi d'Italia on line*.

(80) Si v. *retro* par. 2.

(81) BARASSI, *op. loc. ult. cit.*; BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 57; GALLERANI, *Delle successioni testamentarie*, Milano, 1966, p. 21; COPPOLA, *op. cit.*, p. 523 s.; PALAZZO, *op. cit.*, p. 183; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 54; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 321; GIUNTA, *op. cit.*, p. 18; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 281 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 770; FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 60; GIROLAMI, *op. cit.*, p. 562 s.; SASSI, *op. cit.*, p. 36; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, p. 913; GAMBINI, *op. cit.*, pp. 219 e 221 s.; QUERCI, *op. cit.*, p. 1473 s.; M. DI MARZIO, *op. cit.*, pp. 3003-3004; VENCHIARUTTI, *op. cit.*, p. 567; MUSOLINO, *op. cit.*, p. 564 s.; I. PRISCO, *op. loc. ult. cit.*; MARTINO, *op. cit.*, pp. 1162 e 1168. Conformemente,

zata dall'indicato rapporto « normativo » tra regola ed eccezione, abbia creduto di ricostruirlo, basandolo questa volta su evidenze di stampo statistico e/o biologico-psichico: lo stato di capacità di intendere e di volere è la regola, quello d'incapacità è l'eccezione. Da ciò è derivata, in secondo momento, la creazione della « presunzione giurisprudenziale »<sup>(82)</sup> in base alla quale si determina una *relevatio ab onere probandi* dell'incapacità naturale, tutte le volte in cui dovesse risultare, in qualsiasi modo, che il testatore fosse stato affetto da una forma di incapacità totale e permanente al tempo della redazione dell'atto di ultima volontà.

La soluzione, come detto, non appare condivisibile.

È stato posto in risalto prima d'ora che, ad ordinamento vigente, assume una posizione tutt'altro che decisiva la condizione di infermità psichica al fine dell'annullamento dell'atto concluso dall'incapace naturale. Nel passaggio dal codice previgente e quello attuale si sono infatti allargate le maglie della tutela che è ora possibile conseguire dimostrando la condizione di incapacità di intendere e di volere del testatore nel momento della formazione dell'atto, indipendentemente dalla natura della causa, permanente o provvisoria, che abbia in ipotesi perturbato il normale processo di formazione della volontà. Per questo motivo, la creazione della ricordata presunzione giurisprudenziale, tutta incentrata sul concetto di infermità psichica, parrebbe stridere, in modo irragionevole, con l'attuale conformazione dell'istituto.

È poi possibile sottolineare che, rispetto al tema trattato, se si volesse insistere nella configurazione del dedotto rapporto, statistico e/o biologico-psichico, tra regola ed eccezione, esso, anziché sovvertire l'art. 591

cf. G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 578; BATÀ-SPIRITO, *Annullamento del testamento per incapacità naturale*, cit., p. 509. Secondo la LOI, *op. cit.*, p. 155, l'orientamento giurisprudenziale sarebbe ormai espressione di *ius receptum*. CARAMAZZA, *op. cit.*, p. 75, precisa poi che sarebbe opportuno parlare, più che di « incapacità permanente », di « infermità duratura, non richiedendosi la prova di un'affezione costante, insuscettibile di miglioramento, ma solo di un'affezione che sia duratura, a carattere stabile, per tutto il periodo in cui è ricompreso il momento del testamento [...] ».

<sup>(82)</sup> Le presunzioni giurisprudenziali hanno una struttura molto simile a quella delle presunzioni legali. Esse sono costituite ad opera delle corti le quali, al di fuori di specifiche previsioni normative, costruiscono presunzioni di verosimiglianza di elementi di date fattispecie legali. Ciò determina una *relevatio ab onere probandi* a favore di colui il quale trarrebbe vantaggio dal fatto presunto e una contestuale inversione dell'onere della prova, la quale risulta posta, per questo motivo, a carico della parte che invece abbia interesse a dimostrare il fatto contrario rispetto a quello presunto. In argomento, per un quadro d'insieme, cf. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177 ss.; ID., *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 135 ss.; S. PATL, *Prove*, cit., p. 88; ID., voce *Prova*, cit., p. 12 s.; BENIGNI, *op. cit.*, p. 107; VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in questa rivista, 1992, p. 816 ss.; FACCIOLI, « *Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 80 ss.

c.c. <sup>(85)</sup>, se correttamente inteso finirebbe per rafforzare l'ordinario assetto dell'onere della prova.

In un contesto nel quale l'autore dell'atto di ultima volontà è dotato della « capacità di agire », avendo raggiunto la maggiore età e non essendo stato privato per interdizione di detta capacità, allora ricorre la fattispecie della norma regolare di cui al comma 1° dell'art. 591 c.c. <sup>(84)</sup>. Risulta, a livello formale <sup>(85)</sup>, il fatto giuridico contemplato dalla fattispecie di quella stessa disposizione <sup>(86)</sup>. Può quindi prodursi, senza ulteriori accertamenti <sup>(87)</sup>, il tipico effetto giuridico: la validità dell'atto.

Potrebbe però anche non risultare il fatto giuridico contemplato dalla detta norma regolare. Potrebbe, più in particolare, darsi l'ipotesi in cui il testatore sia risultato sprovvisto della capacità di agire. O perché minore, non avendo raggiunto la maggiore età <sup>(88)</sup>; oppure in quanto, pur avendola conseguita con il compimento del diciottesimo anno, sia stato interdetto <sup>(89)</sup>. In

<sup>(85)</sup> In modo efficace, cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 79.

<sup>(84)</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 219, osserva, in modo condivisibile, che sono sprovvisti della capacità di testare coloro che sono privi della capacità di agire: interdetti e minori di età.

<sup>(85)</sup> Secondo M. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 3003 s., l'art. 591 c.c. esclude « in radice » la capacità di disporre solo per ciò che concerne il minore e l'interdetto, mentre per i « non interdetti » è necessario dimostrare la loro incapacità di intendere o di volere. La formale impostazione legislativa è sottoposta a rilievo critico da parte di quella dottrina che ha posto bene in luce il paradosso di considerare come incapace di agire una persona che, magari, ha quasi raggiunto il diciottesimo anno di età, e, al contrario, come perfettamente capace il c.d. centenario, quando è fenomeno ben noto il processo di affievolimento della capacità intellettuale della persona « nella fase del tramonto della vita » (S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., pp. 1001 e 1003 s.).

<sup>(86)</sup> ROPPO, *op. cit.*, p. 718 s., fa rilevare la asimmetria tra le caratteristiche dell'incapacità legale, da un lato, e di quella naturale, dall'altro. La seconda, differenzialmente dalla prima, « [...] non emerge documentalmente da risultanze ufficiali ». Conformemente, cfr. G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 577.

<sup>(87)</sup> G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 276, pone correttamente in risalto che ogni riferimento alla incapacità naturale si traduce nella verifica di una capacità o incapacità « [...] dinamica e concreta, nel senso che [...], a differenza della capacità legale, non configura una posizione giuridica del soggetto, né una situazione di abituale infermità, ma si sostanzia nella effettiva inidoneità ad intendere o volere l'atto da realizzare e, dunque, si prospetta come mera *situazione di fatto* [...] ». In modo non dissimile, cfr. STANZIONE, *op. cit.*, p. 13; ARENA, voce *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 916; MESSINEO, *op. cit.*, p. 308; PIETROBON, *op. cit.*, p. 760; C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(88)</sup> BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 266.

<sup>(89)</sup> Sostanzialmente l'interdizione e non anche la nomina di un amministratore di sostegno, giacché il beneficiario di questa misura di protezione conserva una piena capacità giuridica riguardo al compimento degli atti giuridici, salva diversa disposizione del giudice tutelare (in argomento, cfr. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 266 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 755 ss.; M. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 3001 s.; GIROLAMI, *op. cit.*, p. 577 ss.; CIAN, *op. loc. ult. cit.*; PADOVINI, *op. cit.*, p. 54; SASSI, *op. cit.*, p. 27; GAMBINI, *op. cit.*, p. 224 ss.).

questi casi risulteranno, rispettivamente, applicabili, *per tabulas* <sup>(90)</sup>, le due diverse norme di cui all'art. 591, comma 2°, nn. 1 e 2. Farà difetto pertanto la fattispecie, « se A » (la capacità di agire), contenuta nell'art. 591, comma 1°, c.c. Il fatto giuridico contemplato da quest'ultima è difforme da quello previsto dalle norme, che è possibile qualificare come parimenti regolari, di cui all'art. 591, comma 2°, n. 1 (la incapacità di agire per minore età), e n. 2 (la incapacità di agire per intervenuta dichiarazione di interdizione).

Se invece non si avesse a che fare con un caso di difetto di capacità di agire, ecco allora che, per disapplicare la norma regolare di cui all'art. 591, comma 1°, c.c., graverà sempre su colui il quale impugna il testamento per incapacità naturale l'onere di provare la ricorrenza dell'elemento aggiuntivo « a1 » (la incapacità di intere e di volere) <sup>(91)</sup> rispetto alla fattispecie della norma regolare « A » (la capacità di agire) — e pertanto la fattispecie « A+a1 » —, perché possa pronunziarsi l'annullamento del testamento impugnato, allora « - B ».

5.2. — Il criticato rapporto tra regola ed eccezione pare rinvenire il proprio fondamento all'interno di una non condivisibile interpretazione dell'art. 591, comma 2°, n. 3 c.c., il quale a ben vedere impone che ogni accertamento in tema di incapacità naturale sia compiuto in relazione al « momento » in cui avviene la redazione dell'atto.

In questa materia — si avrà ora modo di dimostrarlo —, la giurisprudenza non sempre presta un'adeguata attenzione agli effetti prodotti, sulla fisionomia dell'istituto, in conseguenza del passaggio dalla vecchia all'attuale disciplina <sup>(92)</sup>.

In particolare, secondo i giudici, perché possa pronunziarsi l'annullamento del testamento per incapacità naturale, sarebbe sufficiente dimostrare l'esistenza, a carico del testatore, di una patologia mentale al « tempo » della redazione dell'atto. Tutte le volte in cui, differientemente, la causa dell'incapacità dovesse estrinsecarsi in manifestazioni morbose di carattere intermittente e ricorrente, allora tornerebbe a trovare applicazione la c.d. generica presunzione di capacità sancita dall'art. 591 c.c. <sup>(93)</sup>.

La soluzione appena prospettata non può trovare accoglimento per più ragioni.

Innanzitutto, ciò che si definisce in termini di « generica presunzione di capacità », in realtà, è, come sopra posto in rilievo, tutto fuorché una presunzione, non divergendo essa in alcun modo rispetto: *a*) all'ordinario assetto dell'onere della prova; *b*) alla piana applicazione di una norma (art.

<sup>(90)</sup> Cfr. F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 327, i quali osservano che, (anche) per ciò che concerne l'interdizione, la prova dell'incapacità è precostituita per legge. Conformemente, si v. GAMBINI, *op. cit.*, p. 219.

<sup>(91)</sup> A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 78 ss.; GALLERANI, *op. ult. cit.*, p. 21; PALAZZO, *Le successioni*<sup>2</sup>, II, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2000, p. 945.

<sup>(92)</sup> VIGNUDELLI, *op. cit.*, p. 898.

<sup>(93)</sup> Si v., *retro*, la giurisprudenza indicata alla nota 79.

591, comma 1°, c.c.) sulla base di un dato formale: il possesso della capacità di agire nell'autore dell'atto.

Inoltre, va posto in evidenza che, qualora la criticata soluzione dovesse essere accolta, verrebbero disattese anche le chiare indicazioni derivanti dal confronto comparativo, di stampo semiotico, che è possibile instaurare tra il contenuto del previgente art. 763 c.c. e l'attuale art. 591, comma 2°, n. 3, c.c. (94).

Mentre nella disposizione abrogata si discorreva di « tempo » di redazione del testamento, nella seconda si chiede invece che la verifica dell'eventuale incapacità naturale sia compiuta avuto riguardo al (preciso) « momento » in cui viene vergato l'atto (95). L'idea di brevità della frazione di tempo, insita nel lemma « momento » (96), suggerisce l'adozione della seguente conclusione: mediante l'art. 591, comma 2°, n. 3, c.c. è demandato al giudice il compito di accertare l'esistenza della causa di incapacità con riferimento al preciso istante in cui avviene la redazione del testamento, e non già avuto riguardo ad un lasso temporale, più approssimativo, che possa dirsi cronologicamente prossimo (per l'appunto) al « tempo » di formazione dello stesso atto (97). Aderendo alla prospettata soluzione, si avrebbe, ad esempio, che il fatto dell'intervenuta dichiarazione di interdizione del testatore, in epoca successiva alla redazione del testamento, non sarebbe di per sé sufficiente ai fini del suo annullamento (98).

Giova ribadire il concetto. Quanto osservato — cui si accompagna la considerazione sopra segnalata (99) — conduce a ritenere che, ad ordina-

(94) A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 74; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 762 s.; VIGNUDELLI, *op. loc. ult. cit.* Per l'esame della giurisprudenza minoritaria, cfr. App. Palermo, 7 giugno 1962, in *Giur. sic.*, 1962, p. 835. Per la posizione di un distinguo, cfr. F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 325; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 809.

(95) RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, cit., p. 214; TAMBURRINO, *op. loc. ult. cit.*; MESSINEO, *op. cit.*, p. 311; NAPOLI, *op. cit.*, p. 296; FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 56; M.L. DE ROSA, *op. cit.*, pp. 909-911; MARTINO, *op. cit.*, p. 1168; GAMBINI, *op. cit.*, p. 220.

(96) Cfr. la voce *Momento*, in *il Sabatini Coletti. Dizionario della Lingua italiana*, in [http://dizionari.corriere.it/dizionario\\_italiano/M/momento.shtml](http://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/M/momento.shtml).

(97) CARIOTA FERRARA, *Quando deve esistere la capacità di testare*, in *Giur. compl. dir. civ.*, 1941, p. 14 s.; COPPOLA, *op. loc. ult. cit.*; VENTURELLI, *op. cit.*, p. 129 s.; STOLFI, *Sull'art. 591 n. 3 del codice civile*, in *Temi*, 1946, p. 433 ss.; CARAMAZZA, *op. cit.*, p. 69. Si v., peraltro, G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 376; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 55; VIGNUDELLI, *op. loc. ult. cit.*; SCHLESINGER, *op. loc. ult. cit.*; PUGLIATTI, *Insania mentale e incapacità naturale*, nota a Cass., 5 agosto 1947, n. 1439, in *Temi*, 1948, p. 414 ss. (e in *Id.*, *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 620 ss., da cui si cita); D'AMBROSIO-ARNONE, *op. cit.*, p. 73.

(98) Così, Cass., 19 novembre 2004, n. 21904, in *Guida dir.*, 2004, 50, p. 61 (e in *Nuovo dir.*, 2005, p. 405); Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., sez. II, 18 gennaio 1968, n. 130, *ivi*, 1968.

(99) L'osservazione secondo la quale, contrariamente a quanto previsto nel precedente codice civile, oggi non è più richiesto l'accertamento della vera e propria malattia mentale al fine dell'annullamento dell'atto.

mento vigente, acquista rilievo decisivo il compimento della valutazione degli effetti prodotti sul processo di formazione di volontà dal perturbamento mentale del *de cuius*, proprio con riferimento al preciso istante in cui avviene la redazione del testamento <sup>(100)</sup>.

A fronte dell'impugnazione del testamento per incapacità naturale, pertanto, graverà sempre su chi intende conseguire la sentenza di annullamento: *a*) sia la prova relativa alle caratteristiche del perturbamento allegato, anche in ordine alla possibilità che lo stesso possa conoscere momenti di lucido intervallo; *b*) sia la dimostrazione che, in virtù dell'insieme delle circostanze che fanno da sfondo alla formazione dell'atto, quella condizione psichica abbia influito rendendo sì possibile la sua redazione, ma in difetto di un'adeguata consapevolezza critica <sup>(101)</sup>.

La conclusione appena indicata non può dirsi contraddetta dall'osservazione di ciò che può, ciononostante, accadere, nella prassi forense. Qui il difensore di chi intende avvalersi del testamento redatto da *de cuius* risultato affetto da patologie astrattamente idonee ad incidere, in modo intermittente, sulla capacità di intendere e di volere, senza che ciò comporti alcuna inversione dell'onere della prova <sup>(102)</sup>, avrà tutto l'interesse ad allegare e dimostrare che l'atto era stato redatto durante un lucido intervallo. A tal fine, non si fa fatica ad ipotizzare che verrà indicata al giudice l'esistenza di una o più giustificazioni che hanno indotto il testatore a redigere quel testamento, secondo quel particolare contenuto <sup>(103)</sup>.

Una simile attività difensiva, espressione del compiuto esercizio del diritto alla c.d. « prova contraria » <sup>(104)</sup>, non sarebbe però idonea ad invertire l'ordinario assetto dell'onere della prova, sopra tratteggiato.

ANDREA GENOVESE

Professore di diritto privato  
nell'Università della Tuscia

<sup>(100)</sup> VENTURELLI, *op. cit.*, p. 133; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 275 s. e 282; BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 56; CORRIAS, *In tema di annullabilità del contratto per incapacità naturale*, nota a Trib. Cagliari, 9 marzo 1992, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 46.

<sup>(101)</sup> LA PORTA, *Infermità di mente, capacità di agire e regime probatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 198; VENTURELLI, *op. cit.*, p. 134.

<sup>(102)</sup> Come posto in rilievo in dottrina (BENIGNI, *op. cit.*, p. 99), perché si abbia a che fare con un'ipotesi di volontaria inversione dell'onere della prova, occorre che risulti la volontà univoca della parte volta a rinunciare ai vantaggi derivanti dalla situazione processuale favorevole *ex art.* 2697 c.c.

<sup>(103)</sup> A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 1317.

<sup>(104)</sup> Si v. le riflessioni sull'eccezione di prova contraria, avente ad oggetto la ricorrenza del c.d. « lucido intervallo », di P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 809; F.S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 329; G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 380, il quale ultimo precisa che questa prova contraria « [...] incombe naturalmente a chi la deduce e che deve essere rigorosamente vagliata, stante la difficoltà gravissima di accertare che in una persona la quale si trovi in istato d'incapacità naturale, possano aversi periodi effettivi, e non soltanto apparenti, di lucidi intervalli ».