

STUDI IN ONORE DI  
GIAN ANTONIO BENACCHIO

LE FRONTIERE DEL DIRITTO  
COMPARATO ED EUROPEO

*a cura di*

LUISA ANTONIOLLI MICHELE COZZIO  
MICHELE GRAZIADEI  
MIODRAG ORLIĆ BARBARA PASA  
JELENA PEROVIĆ VUJAČIĆ

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI



STUDI IN ONORE DI  
GIAN ANTONIO BENACCHIO

LE FRONTIERE DEL DIRITTO  
COMPARATO ED EUROPEO

*a cura di*

LUISA ANTONIOLLI, MICHELE COZZIO, MICHELE GRAZIADEI  
MIODRAG ORLIĆ, BARBARA PASA, JELENA PEROVIĆ VUJAČIĆ

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Edizione e-book - tutti i diritti sono riservati*

ISBN 979-12-235-0480-2

© 2025 Editoriale Scientifica srl  
Via San Biagio dei Librai 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.it](http://www.editorialescientifica.it)  
[info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

L'edizione digitale del Volume è archiviata su <https://iris.unitn.it> e distribuita in modalità Open Access sotto licenza Creative Commons Attribuzione - Non Commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NCND 4.0).

## INDICE

<i>Presentazione</i> .....	Pag.	XI
<i>Bibliografia di Gian Antonio Benacchio</i> .....	»	XVII
<i>Ringraziamenti</i> .....	»	XXIX

## INTRODUZIONI

<i>Time Sheet</i> .....	»	3
FULVIO CORTESE		
<i>Venticinque anni di comparazione giuridica: l'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici di Trento</i> .....	»	15
MICHELE COZZIO		
<i>Pensieri di un collega ungherese in onore del professor Gian Antonio Benacchio</i> .....	»	23
ANDRÁS FÖLDI		
<i>Professor Gian Antonio Benacchio: A European Scholar and Adherent of Natural Law</i> .....	»	27
NIKOLA MOJOVIĆ		
<i>Vicende poste in evidenza sull'umanità e l'attività di Gian Antonio Benacchio</i> .....	»	31
ALBERTO PIEROBON		

## ESPLORARE IL DIRITTO GUARDANDO AD EST

<i>Prescrizioni statutarie e pratica giuridica nella città di Cattaro nel Trecento</i> .....	»	47
NEVENKA BOGOJEVIĆ-GLUŠČEVIĆ		
<i>A Non Domino Acquisition of Movable: an Eastward Look</i> .....	»	69
FRANCESCA FIORENTINI		
<i>The House as the Proprietor in the General Property Code of the Principality of Montenegro</i> .....	»	85
RADOJE KORAĆ		

INDICE

<i>L'évolution de la notion de l'intérêt légitime (dans le droit serbe et comparé)</i> »	109
MIODRAG ORLIĆ	
<i>Legal change, istituzioni e organizzazioni: brevi riflessioni intorno alle transizioni compiute e incompiute</i> ..... »	137
BARBARA PASA	
<i>Alcuni aspetti materiali e processuali della tutela inibitoria dei diritti della personalità in Croazia</i> ..... »	155
ALDO RADOLOVIĆ, OLIVER RADOLOVIĆ	
<i>The Marriage Contract Between the Montenegrin Princess Jelena Petrović Njegoš and the Heir to the Throne of Italy Vittorio Emanuele Ferdinando Maria Gennaro di Savoia</i> ..... »	169
ZORAN RAŠOVIĆ	
<i>Il preambolo delle costituzioni delle repubbliche della ex Jugoslavia</i> ..... »	201
ROBERTO TONIATTI	
<i>Some Issues in the Enforcement of Law on the Protection of Competition in Serbia</i> ..... »	217
RADOVAN VUKADINOVIĆ	
<i>Il 'dilemma' costituzionale dell'adesione della Bosnia-Erzegovina all'Unione europea</i> ..... »	233
JENS WOELK	

DIRITTO COMPARATO: METODO, MODELLI E TRADIZIONI

<i>Diritti fondamentali e processo negli Stati Uniti. Ciò che appare e ciò che rimane nascosto</i> ..... »	251
VITTORIA BARSOTTI	
<i>The Empirical Turn in Legal Interpretation</i> ..... »	263
GIUSEPPE BELLANTUONO	
<i>Scelte di metodo e di linguaggio per una formazione giuridica attuale: un manuale e un autore al passo con i tempi</i> ..... »	297
CATERINA BERGOMI, ELENA IORIATTI	
<i>L'ammissibilità della diarchia asimmetrica nei consigli di amministrazione: fondamenti teorici e risultanze empiriche</i> ..... »	311
ANDREA BORRONI	
<i>Diritto amministrativo e scienze comportamentali, alcuni spunti</i> ..... »	325
MAURIZIO CAFAGNO	

<i>Pluralità degli ordinamenti, antropologia e diritto agrario. La riflessione giuridica di Antonio Pigliaru</i> .....	»	337
PAOLO CARTA		
<i>La disclosure quale strumento a garanzia della indipendenza (e imparzialità) dell'arbitro</i> .....	»	355
ROBERTO CECCON		
<i>Nella disomogeneità dei mercati globali la caduta dei titani non può bastare</i> .	»	375
DOMENICO DI MICCO		
<i>I nodi vengono al pettine. Il Parlamento inglese considera il "condominio" nordamericano e abroga le regole medievali</i> .....	»	389
SILVIA FERRERI		
<i>La circolazione dei modelli nel settore degli enti a scopo non lucrativo</i> ...	»	401
ANDREA FUSARO		
<i>Justice, Equity and Law</i> .....	»	413
GALE GALEV		
<i>Tra ageing testator, faiblesse du testateur e verletzlicher erblasser: itinerari in tema di protezione del testatore fragile</i> .....	»	421
ANDREA MARIA GAROFALO		
<i>La regolazione dell'intelligenza artificiale negli Stati Uniti: un confronto con il modello europeo</i> .....	»	441
MICHELE GRAZIADEI		
<i>The Law as Guardian of Nature</i> .....	»	463
NENAD HLAČA		
<i>Il diritto dell'altro nel diritto internazionale e comparato</i> .....	»	477
ANTONIO LAZARI		
<i>Il lungo percorso dell'Alto Adige verso un diritto autonomo dei beni culturali</i> .....	»	497
THOMAS MATHÀ		
<i>Rethinking the Legal Notion of Immovable Things</i> .....	»	515
DUŠAN NIKOLIC		
<i>The Birth of Comparative Law in Japan: 1868-1945</i> .....	»	529
ANDREA ORTOLANI		
<i>Interpretation of the CISG</i> .....	»	543
JELENA PEROVIĆ VUJAČIĆ		
<i>Disastri ambientali e danno da metus dei residenti</i> .....	»	575
GIULIO PONZANELLI		

INDICE

<i>La lingua dell'Europa è la traduzione</i> .....	»	585
BARBARA POZZO		
<i>Epifanie del diritto socialista. Frammenti di una ricostruzione</i> .....	»	601
GIANMATTEO SABATINO		
<i>Alcune novità in materia di responsabilità per colpa del certificatore negli U.S.A. Sviluppi del caso Ernst &amp; Ernst v. Olga Hochfelder et al.</i> .....	»	617
MASSIMO SANTARONI		
<i>Il sistema di garanzie giurisdizionali inglesi nei procedimenti di estradizione: il caso Assange</i> .....	»	631
MARIO SERIO		
<i>Designing data rights for a data market: the Chinese way</i> .....	»	657
MARINA TIMOTEO		
<i>Il ruolo della comparazione giuridica nello studio e nella prassi dell'arbitrato commerciale internazionale</i> .....	»	667
MARCO TORSELLO		

MERCATO, DIRITTI E GOVERNANCE NELL'UNIONE EUROPEA

<i>The Changing Nature of the Rule of Law in the EU: From Vagueness to Conditionality</i> .....	»	691
GIANMARIA AJANI		
<i>I principi direttivi nei progetti preliminari di riforma europei</i> .....	»	707
GUIDO ALPA		
<i>Climate litigation e responsabilità civile delle imprese per danni da eventi climatici: un'arma spuntata o una bomba a orologeria? Il caso Shell</i> .....	»	721
LUISA ANTONIOLLI		
<i>La speculazione sulle merci come prassi commerciale scorretta</i> .....	»	745
CARLO BIASIOR		
<i>Equality bodies e contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro: il nuovo quadro normativo eurounitario e le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano</i> .....	»	755
MATTEO BORZAGA		
<i>Il formante giurisprudenziale nel processo di europeizzazione della disciplina in tema di modifiche dei contratti pubblici</i> .....	»	771
MICHELE COZZIO		

<i>Mi adeguo, ma non troppo. Note sul subappalto nei contratti pubblici e sulle resistenze nazionali al recepimento dei modelli eurounitari</i> .....	»	787
FEDERICO FEDRIZZI		
<i>L'organizzazione dei principi del nuovo Codice dei contratti</i> .....	»	801
FABRIZIO FRACCHIA		
<i>Una reflexión prospectiva sobre la contratación pública estratégica en Europa</i> .....	»	815
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ		
<i>Regionalismo differenziato e pervasività del diritto eurounionale: noterelle alla sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024</i> .....	»	827
ESTHER HAPPACHER		
<i>European Private Law and the Sustainability Transition: What Can We Learn from the Sustainability Due Diligence Directive's Itinerary?</i> .....	»	839
PAOLA IAMICELI		
<i>Gli ultimi sviluppi in tema di compatibilità tra diritto unionale e concessioni balneari: il ruolo degli indennizzi</i> .....	»	851
FRANCO MASTRAGOSTINO, PIERGIORGIO NOVARO		
<i>Regole europee antitrust e applicazione decentrata da parte delle Autorità nazionali della concorrenza</i> .....	»	871
MATTIA MELLONI		
<i>Digitalizzazione dei contratti pubblici e diritto della persona all'informazione e alla conoscenza</i> .....	»	881
NICOLETTA PARISI		
<i>Il diritto privato di famiglia e l'incidenza della giurisprudenza delle Corti europee</i> .....	»	895
TERESA PASQUINO		
<i>Il diritto dell'Unione europea tra integrazione ed evoluzione: riflessioni sul mercato unico e la concorrenza</i> .....	»	909
ANDREA PILETTA MASSARO		
<i>Il diritto della concorrenza sperimentale</i> .....	»	927
CRISTINA PONCIBÒ		
<i>Unione europea e neutralità: sovranità economica, mercato e proprietà pubblica</i> .....	»	941
ANDREA PRADI		
<i>Fattori ESG e impresa bancaria di prossimità: criticità e prospettive di un modello a taglia unica</i> .....	»	955
FILIPPO SARTORI		

INDICE

<i>L'autonomia contrattuale nel diritto privato europeo</i> .....	»	985
GUIDO SMORTO		
<i>Application of Competition Rules before Arbitral Tribunals</i> .....	»	1001
JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ		
<i>Riflessioni sul processo di europeizzazione del diritto di famiglia</i> .....	»	1017
SANDRA WINKLER		
<i>Elenco degli Autori</i> .....	»	1033

TRA AGEING TESTATOR, FAIBLESSE DU TESTATEUR  
E VERLETZLICHER ERBLASSER: ITINERARI IN TEMA DI  
PROTEZIONE DEL TESTATORE FRAGILE

*Andrea Maria Garofalo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo stato dell'ordinamento italiano. – 3. La storia: alle origini degli attuali orientamenti giurisprudenziali italiani. – 4. La comparazione: spunti europei ed extraeuropei per il superamento degli orientamenti tralatizi italiani. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*<sup>1</sup>

Testamento del soggetto fragile, *ageing testator*, *faiblesse du testateur* e *verletzlicher Erblasser*: espressioni diverse, ormai di uso comune nei rispettivi ordinamenti (italiano, inglese, francese e tedesco), che richiamano problemi – e soprattutto esigenze sociali – assai simili.

Il problema, avvertito in tutti gli ordinamenti dei Paesi più ricchi, è in estrema sintesi quello della “vulnerabilità testamentaria”. La popolazione invecchia: e, se i progressi della medicina hanno consentito di allungare l'età umana, non sempre hanno pure permesso di garantire una certa qualità dell'esistenza (specialmente dal punto di vista psichico). Emerge drammaticamente il problema dell'“anziano fragile”, peraltro reso ancora più urgente dalla frammentazione

<sup>1</sup> Sono felice e onorato di dedicare il presente scritto a Gian Antonio Benacchio: e, questo, per diverse ragioni. L'Autore che celebriamo è, anzitutto, un cultore del diritto comparato: e questo spiega il taglio che ho voluto dare al mio scritto. Ma egli è pure un docente appassionato, che ha dedicato molte energie, tra l'altro, ai corsi di Istituzioni di diritto privato tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, venendo ricambiato dall'affetto di diverse generazioni di studenti. Per parte mia, ho avuto la fortuna di poter collaborare con Gian Antonio in un corso dedicato, oltre che ai diritti reali e al diritto di famiglia, alle successioni *mortis causa* (e ho avuto pure l'onore di sostituirlo per un'annualità): ed è per ricordare questa esperienza per me particolarmente arricchente, nel corso della quale Gian Antonio non ha mai lesinato i suoi consigli e i suoi suggerimenti, che ho voluto esaminare da una prospettiva comparatistica un tema classico, e al contempo sempre più al centro del dibattito contemporaneo, del diritto successorio.

dei nuclei famigliari e, dunque, dal venir meno di quella “rete di protezione” offerta nel passato proprio dalla famiglia allargata.

Tutti gli ordinamenti cercano di attrezzarsi per rispondere a questi problemi, ovviamente ciascuno in modo coerente con la sua storia, la sua tradizione e il particolare ruolo che in ognuno rivestono i singoli formanti (e il particolare equilibrio tra formanti che connota ogni sistema). Il confronto tra ordinamenti appare, in quest’ambito, di particolare importanza, permettendo all’interprete di comprendere l’origine di certe soluzioni, di raffrontare esiti operativi e di suggerire nuovi strumenti di tutela.

Del resto, è oggi venuto senz’altro meno quel pregiudizio, spesso non esplicitato, che in passato ha di tanto in tanto sottratto il diritto successorio alla comparazione. È vero che il diritto delle successioni è assai tecnico, così come è vero che esso è fortemente conformato dalle istanze culturali proprie di ogni sistema: ma tutto questo, lungi dall’ostacolare la comparazione, la rende ancora più interessante. Peraltro tutte le aree del diritto risentono, a ben vedere, di tecnicismi e di conformazioni culturali, i quali non impediscono il raffronto tra ordinamenti, ma semmai impongono al comparatista di tenere conto, per un verso, del diverso orizzonte valoriale in cui il giurista municipale si muove e, per un altro verso, della distanza tra regole declamate e regole operazionali (secondo la nota formula sacchiana).

Per giunta, la comparazione nell’ambito della vulnerabilità successoria è di particolare interesse per l’interprete italiano, il quale si confronta con un dato normativo e con una lettura giurisprudenziale nient’affatto aggiornati a quei problemi, tipici della modernità, di cui si è detto poche righe fa: in particolare, appare di grande utilità per far emergere l’assoluta inadeguatezza, rispetto ai tempi moderni, degli orientamenti giurisprudenziali tralatizi in tema di incapacità naturale e di dolo nel testamento.

Limiteremo la nostra indagine, per ragioni di spazio confinata a poche pagine, proprio a quest’ultimo argomento, ossia all’inadeguatezza degli orientamenti giurisprudenziali italiani in tema di incapacità naturale e dolo testamentari. Nell’analisi partiremo dall’esame dell’ordinamento italiano (§ 2), per poi risalire nella storia al fine di cercare l’origine delle opinioni giurisprudenziali menzionate (§ 3), passando poi alla comparazione delle regole operazionali italiane con quelle francesi, tedesche, inglesi e americane, specialmente al fine di valutare quali spunti per una revisione delle prime siano offerti dalle seconde (§ 4). Concluderemo poi con un invito ad ampliare lo sguardo, per affrontare i temi della vulnerabilità testamentaria in un’ottica estesa, che metta in connessione istituti tra loro diversi (§ 5)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Si consenta di rinviare, per un approfondimento relativo a tutti questi argomenti, ad A.M.

## 2. *Lo stato dell'ordinamento italiano*

Il codice civile italiano protegge il testatore fragile, oltre che per mezzo delle disposizioni in tema di indegnità e di alcuni divieti specifici (specialmente collegati alla carenza di *testamenti factio* passiva in situazioni specifiche), mediante due ordini di regole: quelle in tema di capacità (o *testamenti factio* attiva) e quelle in tema di vizi del volere (dolo, violenza ed errore).

Iniziamo dal considerare le prime.

L'art. 591 c.c. prevede l'annullabilità delle disposizioni testamentarie ove l'autore sia interdetto, minore o incapace di intendere e volere al momento del testamento. Il codice stesso non collega all'inabilitazione l'incapacità (legale) di testare, così adottando una soluzione abbastanza largheggiante; parimenti, il codice non esclude di per sé la capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno (ove egli non sia stato privato della stessa dal decreto di nomina dell'amministratore).

La giurisprudenza italiana, chiamata assai di frequente a fare applicazione della norma in tema di incapacità naturale (ossia, in tema di capacità di intendere e volere al momento del testamento), sposa – come già riferito – un'interpretazione assai restrittiva.

Secondo una massima assai diffusa a produrre l'invalidità delle disposizioni testamentarie è sempre, e solo, l'incapacità assoluta. Precisamente, si ripete che “l'incapacità naturale del testatore postula l'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>3</sup>. Talvolta si aggiunge che il *de cuius* deve versare in condizioni tali da legittimare, “con il concorso dell'abitualità”, “la pronuncia di interdizione”<sup>4</sup>.

Garofalo, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 315 ss. In generale, i temi che si discuteranno nel presente saggio sono sempre più oggetto di attenzione in dottrina: per un pregevole e recente studio cfr. F.P. Patti, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2023, 177 ss.

<sup>3</sup> La massima compare in centinaia, se non migliaia, di arresti, talvolta con lievi modifiche lessicali. Tra gli altri v. Corte di cassazione, 10 novembre 2023, n. 31322; Corte di cassazione, 10 novembre 2023, n. 31325; Corte di cassazione, 31 ottobre 2023, n. 30332; Corte di cassazione, 31 ottobre 2023, n. 30279; Corte di cassazione, 31 ottobre 2023, n. 30268; Corte di cassazione, 17 novembre 2022, n. 33914; Corte di cassazione, 14 settembre 2022, n. 26984; Corte di cassazione, 22 luglio 2022, n. 22974; Corte di cassazione, 19 gennaio 2022, n. 1618.

<sup>4</sup> V. ad esempio Corte di cassazione, 14 settembre 2022, n. 26984.

Secondo la giurisprudenza<sup>5</sup>, dunque, solo l'incapacità assoluta – che toglie coscienza dei propri atti o comunque esclude *in toto* la capacità di autodeterminarsi – rileva in ambito testamentario. Aggiungono le sentenze che l'incapacità per così dire “relativa”, o comunque più lieve, che pur giustificerebbe un provvedimento di inabilitazione se prolungata, non vizia l'atto di ultima volontà, diversamente da quanto avviene ad esempio nell'area del contratto.

La dottrina è da tempo critica<sup>6</sup>: si osserva, infatti, che il principio giurisprudenziale, evidentemente fondato sulla necessità di conservare l'atto di ultima volontà, non è persuasivo, giacché ha senso conservare la volontà che esiste, ma non quella che manca (e il negozio testamentario voluto da un incapace, quand'anche solo “relativamente” tale, difetta di un nucleo sufficiente di volontà consapevole).

Queste obiezioni, a loro volta, sono divenute ancora più forti nel tempo recente, a fronte della diffusione di quei fenomeni tipici della modernità di cui si è detto poco fa<sup>7</sup>. Le opinioni giurisprudenziali, di per sé non persuasive, sono così apparse bisognose di un'urgente *revirement*: ma a questa critica la giurisprudenza – salvi alcuni precedenti recenti<sup>8</sup> – è rimasta sorda, probabilmente per il timore non riuscire, una volta abbassata la soglia di incapacità idonea a produrre l'annullamento del testamento, a evitare un'eccessivo dilagare dell'invalidità testamentaria e un'eccessiva instabilità delle disposizioni di ultima volontà.

Passiamo a considerare i vizi del consenso, a proposito dei quali l'art. 624 c.c. stabilisce che «la disposizione testamentaria può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo».

<sup>5</sup> In realtà non mancano sentenze che, pur ribadendo la loro adesione a tali massime, se ne sono poi allontanate a livello di *ratio decidendi* (v. M. Cinque, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'“ageing testator”*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, I, 1038; cfr. di recente ad esempio Corte di cassazione, 21 novembre 2024, n. 30067).

<sup>6</sup> Cfr. Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, 152; M. Cinque, *Testamento e affievolimenti della “consapevolezza affettiva”*, in *Rivista di diritto civile*, 2023, 1246.

<sup>7</sup> Cfr. S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 1000 e 1002 ss.

<sup>8</sup> L'orientamento “progressista”, di esplicita adesione ad alcune delle opinioni dottrinali più critiche, è stato inaugurato da Corte di cassazione, 17 ottobre 2022, n. 30424, che, pur toccando anche l'incapacità naturale, riguardava specialmente captazione e suggestione; esso, ripreso da altri precedenti (anche più specificamente in tema di incapacità naturale: v. Corte di cassazione, 22 febbraio 2023, n. 5439), è stato smentito, o comunque non è stato ripreso, da altre decisioni coeve (v. ad esempio Corte di cassazione, 31 agosto 2023, n. 25521; Corte di cassazione, 6 febbraio 2023, n. 3523).

Nell'ambito di queste figure a rivestire – almeno in astratto – un ruolo di una qualche importanza è il dolo (mentre l'errore e la violenza si rivelano di per sé scarsamente efficaci nella tutela del testatore fragile, sia per motivi sostanziali, legati alla natura stessa di questi vizi, sia per ragioni probatorie, derivanti dalle difficoltà di dimostrare l'esistenza di tali vizi). Proprio al dolo si sogliono riportare, in mancanza di un'apposita disciplina, le ipotesi di “captazione” e “suggerimento” (che, pur nella molteplicità di opinioni sussistenti, tendenzialmente vengono fatte corrispondere a condotte volte intenzionalmente a “eterodirigere” la volontà di un soggetto che supinamente aderisce a tale indirizzamento esterno del suo volere).

Tuttavia, proprio a proposito del dolo un'altra massima granitica afferma che, «in tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto di dolo, per potere configurarne la sussistenza non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti che, avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso – siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata»<sup>9</sup>. In più d'un caso si aggiunge alle parole riportate la precisazione per cui il dolo testamentario abbraccia anche le figure della captazione o suggestione<sup>10</sup>.

In sintesi, l'orientamento in parola<sup>11</sup> ammette che, nel testamento, i requisiti di rilevanza del dolo siano più morbidi rispetto a quelli contrattuali, non essendovi ragione di tutelare l'affidamento di una controparte. Al contempo, però, non giunge sino al punto di abdicare, per un verso, all'esistenza di veri e propri mezzi fraudolenti e, per un altro verso, a una falsa rappresentazione della realtà dotata di rilevanza causale nella formazione del volere testamentario.

<sup>9</sup> V., tra tantissime, Corte di cassazione, 28 febbraio 2018, n. 4653. In termini, pur al netto di qualche minima modifica lessicale, anche le massime tratte da: Corte di cassazione, 23 ottobre 2017, n. 24995; Corte di cassazione, 11 aprile 2017, n. 9309; Corte di cassazione, 4 febbraio 2014, n. 2448; Corte di cassazione, 28 maggio 2008, n. 14011; Corte di cassazione, 22 aprile 2003, n. 6396, 2003; Corte di cassazione, 14 giugno 2001, n. 8047.

<sup>10</sup> V. ad esempio Corte di cassazione, 4 febbraio 2014, n. 2448; Corte di cassazione, 22 aprile 2003, n. 6396.

<sup>11</sup> Anche qui deve rilevarsi un (saltuario) fenomeno di dissociazione tra massime e *rationes decidendi*: e, cioè, deve ammettersi che in talune occasioni il ricorso alla ricorrente massima in tema di captazione ha lasciato spazio a una *ratio decidendi* in tutto o in parte non collimante. Cfr. ad esempio Corte di cassazione, 28 febbraio 2018, n. 4653; Tribunale di Bologna, 16 marzo 2022, n. 684; Corte d'appello di Bologna, 27 settembre 2011, n. 1146.

Anche a tal riguardo la dottrina contemporanea appare fortemente critica<sup>12</sup>: si ritiene inopportuno restare legati a un concetto tradizionale del dolo (ciò che, si osserva, non sarebbe imposto dall'art. 624 c.c., che non rinvia per forza di cose al concetto di dolo tipico dei contratti) e, viceversa, si sostiene che accanto al dolo "classico", che fa effettivamente perno su condotte fraudolente idonee ad aver tratto in inganno il testatore, possa trovare spazio nel dolo testamentario anche una figura differente, un dolo "per captazione", che assomiglierebbe di più alla circonvenzione d'incapace penalistica (ossia a quel reato punito dall'art. 643 c.p. e commesso da chi abusa dello stato di vulnerabilità – di "infermità" o "deficienza psichica" di una persona – inducendola a esercitare in un certo senso la sua libertà testamentaria). L'illiceità, dunque, rilevarebbe non tanto quale induzione fraudolenta in errore, quanto come abuso di una situazione di infermità volta a far disporre in un certo senso la vittima<sup>13</sup>.

Allo stato, tuttavia, la giurisprudenza civile rimane ferma su un'idea tradizionale di dolo: di conseguenza, appare assai più proficua, per chi voglia attaccare un testamento, la strada penalistica del reato di circonvenzione di incapace. E la convenienza della via penalistica è tanto più evidente, quanto più si consideri che, alla luce dell'orientamento granitico della giurisprudenza civile (anch'esso, peraltro, assai criticato in dottrina), è considerato nullo il testamento redatto da un incapace circonvenuto<sup>14</sup>.

### 3. *La storia: alle origini degli attuali orientamenti giurisprudenziali italiani*

Cercare l'origine degli attuali orientamenti giurisprudenziali italiani ci richiede di risalire sino al XVIII Secolo, allorché – come attestato dallo stesso Pothier – accanto alla follia e alla demenza, come causa di invalidità del testamento, si annoveravano anche la "captazione" e la "suggerione"<sup>15</sup>. Mentre alla prima veniva ancora, spesso, attribuito il significato romanistico (con con-

<sup>12</sup> S. Patti, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, 1064.

<sup>13</sup> V., seppur in termini non perfettamente omogenei, E. Carbone, *Captazione testamentaria e suggerione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, 816; S. Pagliantini, *I vizi della volontà testamentaria*, in R. Calvo, G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2ª ed., II, Napoli, 2013, 959.

<sup>14</sup> Cfr. ad esempio Corte di cassazione, 6 febbraio 2023, n. 3523, e, per le critiche dottrinali, A. Albanese, *Estorsione contrattuale: una fattispecie penale in cerca di rimedio civilistico*, in *Europa e diritto privato*, 2023, 626.

<sup>15</sup> R.J. Pothier, *Ouvres*, VIII, *Traité des successions, donations testamentaires, donations entre-vifs, substitutions et des propres*, Parigi, 1890, 252 e 261. Scrive l'autore francese: "une

seguinte invalidità della “disposizione captatoria” più che di quella “captata”), la seconda era collegata al “suggerimento testamentario”: o, per meglio dire, a quel suggerimento irresistibile, fonte di indebita interferenza nella formazione del volere.

Il *Code civil*, nella sua stesura originaria, prevedeva già che «*pour pouvoir faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit*» (art. 901 *Code civil*). Quanto al testamento dell'interdetto (sottoposto a tutela), esso era di per sé nullo (art. 502 *Code civil*).

Con riferimento al dolo, i redattori avevano inizialmente immaginato di inserire una disposizione volta a escludere l'invalidità della disposizione testamentaria «*fait ... par haine, colère, suggestion ou captation*»: evidentemente, al fine di evitare l'incertezza e l'eccessiva dilatazione dell'invalidità che le tesi Settecentesche portavano con sé. Nondimeno, di fronte al rischio che una simile previsione finisse addirittura per agevolare condotte captatorie e suggestive, si decideva poi di non introdurre la previsione normativa ipotizzata e di lasciare alla “saggezza dei giudici” la decisione circa la cittadinanza nel sistema e l'esatta portata dei vizi di *suggestion* e *captation*<sup>16</sup>.

La giurisprudenza e la dottrina della prima metà dell'Ottocento, aderendo a un'impostazione meramente esegetica e assai più rigida di quanto fosse nelle aspirazioni degli stessi redattori del *Code civil*, escludevano l'applicazione diretta di istituti privi di fondamento positivo, come la suggestione e la captazione; nondimeno, ammettevano che il testamento – così come il contratto – potesse essere invalido ove affetto da *erreur*, *violence* o *dol*: e proprio in questa prospettiva affermavano che la captazione e la suggestione, per rilevare, avrebbero dovuto ammontare a un vero e proprio dolo, con esclusione (almeno di norma) di quei mezzi e mezzucci volti a ottenere benefici successori (buoni uffici, servizi, blandizie e via dicendo)<sup>17</sup>. Al contempo, però, il dolo non veniva letto in modo eccessivamente rigido o rigoroso: proprio la mentalità dei giuristi francesi dell'epoca, infatti, respingeva un dogmatismo eccessivo, lasciando ampio spazio alla flessibilità nell'interpretazione dei concetti<sup>18</sup>.

Lo stesso, peraltro, valeva per l'incapacità: nella cui applicazione i giuristi francesi erano ispirati, più che da un approfondimento dogmatico (e pure me-

*volonté est suggérée lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portaient*”.

<sup>16</sup> Nei lavori preparatori si legge che “*c'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits et tenir la balance entre la foi due aux actes et l'intérêt des familles*”.

<sup>17</sup> V. in giurisprudenza Cour de Poitiers, 27 maggio 1809, in *Rec. Sirey*, 1810, II, 23; in dottrina C.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5<sup>a</sup> ed., V, Bruxelles, 1824, 387

<sup>18</sup> V. C.B.M. Toullier, *op. cit.*, 392 e 394.

dico) praticamente assente, da un forte grado di pragmatismo, che rendeva il concetto senz'altro duttile<sup>19</sup>.

Le disposizioni francesi venivano trapiantate in Italia con l'entrata in vigore del codice del 1865, che anche in quest'ambito seguiva il suo modello francese, se non per alcuni dettagli (ad esempio, all'art. 763 c.c. si precisava che erano incapaci di testare «quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento»).

Anche gli orientamenti interpretativi seguivano il modello francese, tanto in tema di incapacità, che di dolo (comprensivo pure di captazione e suggestione)<sup>20</sup>.

Se, però, leggiamo le opere di fine Ottocento, così come la giurisprudenza di quel tempo, ci accorgiamo di qualche differenza, pur a fronte di testi normativi rimasti immutati. Per un verso, il fatto che il dato positivo ammettesse l'invalidità (come già in Francia il sottoposto a *conseil judiciaire*) a testare iniziava a venire letto quale presa di posizione circa la rilevanza della sola incapacità assoluta, cioè di quell'incapacità che, se prolungata nel tempo, avrebbe condotto all'interdizione<sup>21</sup>. Per un altro verso, si escludeva che potessero ammontere a dolo le «male arti, o fraudolenti maneggi, coi quali si cerca d'influenzare l'animo del testatore allo scopo di carpire da lui una disposizione, che esso non avrebbe altrimenti dettata se non fosse stato circuito», così come le mere «cure» e «attenzioni» o i «suggerimenti» e le «preghiere», privi di «alcun artificio colpevole»<sup>22</sup>.

In questi orientamenti va rinvenuta l'origine delle attuali opinioni giurisprudenziali, ormai ben definite già negli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso<sup>23</sup>. E la loro ragione è, probabilmente, da rinvenire nell'adozione di un metodo maggiormente dogmatico, soprattutto allorché – tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento – la dottrina italiana si avvicinò a quella tedesca e, esercitando un ruolo di guida per la giurisprudenza, adottò un livello di precisione concettuale impensabile per i giuristi francesi dell'Ottocento. Ecco

<sup>19</sup> V. Cour d'Angers, 13 marzo 1861, in *Recueil Dalloz*, 1862, I, 366; J.-B.-C. Coin-Delisle, *Commentaire du titre des donations et testaments*, nouvelle édition, Paris, 1855, 70 ss. e 80 ss.

<sup>20</sup> Basti a tal fine sfogliare l'opera di E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., III, 1, Firenze, 1872, 95 ss. e 100 ss.

<sup>21</sup> Cfr. F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, 2<sup>a</sup> ed., III, Torino, 1893, 178 ss. La soluzione opposta era stata proposta dalla scienza giuridica francese sin dall'Ottocento: cfr. C. Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, 3<sup>a</sup> ed., I, Parigi, 1867, 366 ss.

<sup>22</sup> Cfr. F. Ricci, *op. cit.*, 190 ss.

<sup>23</sup> In tema di incapacità v. Corte d'appello di Torino, 31 luglio 1941, in *Foro italiano*, 1941, I, c. 1165; a proposito del dolo v. Corte di cassazione, 10 agosto 1934, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, c. 35.

che l'incapacità diventa "assoluta", perché l'inabilitato può per legge testare e, in base a un'interpretazione sistematica, non vi è ragione per negare la capacità di testare in base a una carenza psichica che, se prolungata, potrebbe tutt'al più condurre all'inabilitazione. Ecco che il dolo diviene "falsa rappresentazione che induce in errore", e non semplice condotta illecita che porta a testare interferendo indebitamente con la formazione della volontà del *de cuius*, in virtù del fatto che il dolo stesso non è altro che errore indotto e, dunque, anche la captazione e la suggestione richiedono una simile falsa rappresentazione fraudolentemente cagionata.

La giurisprudenza resterà legata sino ad oggi a queste opinioni, probabilmente timorosa di aprire all'invalidità e di non riuscire più a porre un argine alla caducazione dei testamenti. La dottrina, viceversa, dapprima sporadicamente e in tempi recenti con sempre maggiore insistenza noterà che le opinioni menzionate, frutto di un'eccessiva concettualizzazione (se non addirittura di equivoci sistematici<sup>24</sup>), finiscono per far salva sostanzialmente qualsiasi scheda, privando il testatore – e soprattutto il testatore fragile<sup>25</sup> – di qualsiasi protezione<sup>26</sup>.

#### 4. *La comparazione: spunti europei ed extraeuropei per il superamento degli orientamenti tralatizi italiani*

1) Se l'ordinamento italiano ha, di fatto, chiuso le porte a incapacità naturale, captazione e suggestione nell'ambito del testamento, diversi altri sistemi

<sup>24</sup> Ad esempio, il fatto che gli inabilitati dispongano di regola di capacità di testare non equivale a escludere che la loro patologia sia di per sé inidonea (ossia, insufficiente) a privarli della capacità naturale richiesta per testare. La scelta legislativa, di non escludere tale capacità in modo *tranchant*, si spiega in altro modo (ad esempio, con il fatto che l'inabilitazione non sempre si fonda su una patologia psichica: cfr. A. Cicu, *Il testamento*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1951, 111).

<sup>25</sup> Del resto, gli orientamenti giurisprudenziali italiani – specialmente quelli in tema di captazione e suggestione – negli esiti possono risultare per lo più adeguati con riguardo ai soggetti perfettamente padroni di sé (relativamente ai quali anzi evitano che un qualsiasi suggerimento e/o condizionamento, anche forte, porti di per sé a caducare il testamento), ma non con riferimento a soggetti vulnerabili (rispetto ai quali analoghi suggerimenti e/o condizionamenti possono davvero privare di consapevolezza il volere).

<sup>26</sup> V. già F. Carnelutti, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, in *Foro italiano*, 1941, I, c. 1165 ss.; Id., *Captazione del testamento e indegnità a succedere*, in *Rivista di diritto civile*, 1933, 1 ss.; A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 274 ss. (su cui v. M. Girolami, *Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1180 ss.).

manifestano oggi (e da tempo) un atteggiamento assai diverso in tema di tutela del testatore fragile.

In Germania il § 2229 BGB stabilisce che “*wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten*”.

Secondo dottrina e giurisprudenza il requisito della *Testierfähigkeit* va inteso in modo estensivo: il testatore non deve rendersi conto, banalmente, solo e soltanto del contenuto delle sue disposizioni testamentarie, ma piuttosto, e soprattutto, dei loro effetti e delle loro implicazioni sui rapporti personali e patrimoniali degli interessati, nonché sulle ragioni che depongono a favore di e contro tali disposizioni, formandosi un giudizio comparativo chiaro e libero anche e soprattutto sulle aspettative che tali interessati potrebbero vantare<sup>27</sup>.

Benché la giurisprudenza tedesca tenda – tanto in linea generale, quanto con riguardo al testamento – a non accogliere la tesi della *relative Geschäftsunfähigkeit*, secondo cui l’incapacità va valutata alla luce della complessità del negozio (con eventuale restringimento della capacità ai soli *einfache* o *gewöhnliche Geschäfte*), nei fatti il sindacato che i giudici germanici pongono in essere in ambito testamentario non è mai astratto e scisso dalle particolarità delle singole disposizioni e dalla loro difficoltà (per così dire “pratica”, “effettuale”)<sup>28</sup>. Diversi autori, soprattutto nella dottrina più recente, criticano la chiusura giurisprudenziale (peraltro, come detto, più predicata, che praticata), ammettendo espressamente la natura concreta della valutazione di capacità<sup>29</sup>.

Alcuni autori – ma si tratta di un’opinione minoritaria – sostengono pure che l’incapacità, dovendo essere vagliata alla luce delle peculiarità della singola disposizione, possa anche non riguardare tutte le disposizioni incluse in una scheda, ma solo alcune (cd. *partielle Testierfähigkeit*)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> V., tra molte, Bundesgerichtshof, 29 gennaio 1958, in *Beck-Rechtsprechung*, 1958, 31372778, nonché, più di recente, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 5 settembre 1995, in *Beck-Rechtsprechung*, 1995, 06596. Si richiede, dunque, la capacità di ricordare condotte ed eventi, di assumere informazioni, di elaborarle inserendole in un contesto e di assumere conseguenti decisioni (non bastando la mera facoltà di riconoscere le persone o di esprimere desideri): v. Oberlandesgericht München, 14 agosto 2007, in *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2008, p. 296.

<sup>28</sup> V. ad esempio Oberlandesgericht Hamm, 7 dicembre 2016, in *Beck-Rechtsprechung*, 2016, 115426.

<sup>29</sup> Ph. Sticherling, sub § 2229 BGB BGB, in *Münchener Kommentar*, 9ª ed., München, 2022, Rn. 24 e 29.

<sup>30</sup> G. Christandl, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft*, Tübingen, 2016, 187 s.

Come si vede, l'ordinamento tedesco adotta dunque una nozione ampia di incapacità: e, in virtù di questo, non apparirà strano che le ipotesi, che in chiave italiana verrebbero ascritte a captazione e suggestione, siano di regola inquadrare nell'ambito dell'incapacità.

Si sostiene, in particolare, che il coinvolgimento di un terzo comporti incapacità ove si traduca in quella che, in Italia, diremmo "eterodirezione": che si ha, ad esempio, se il testatore non ha la forza psichica (per mancanza di consapevolezza o di resistenza) di opporsi alle indicazioni del terzo o, comunque, se al testatore non residua alcuno spazio per compiere una valutazione o una decisione indipendenti<sup>31</sup>.

2) Nel *common law* inglese il requisito di *mental capacity* è descritto tuttora dal noto *Banks test*, elaborato oltre centocinquanta anni fa dal Giudice Cockburn nel caso *Banks v. Goodfellow*<sup>32</sup> e di per sé particolarmente esigente.

Nel dettaglio, si richiede<sup>33</sup>:

- che il testatore comprenda la natura del testamento, ossia il fatto che con esso egli dispone delle sue sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (non serve, però, che egli intenda gli aspetti tecnici del testamento *with the eye of a lawyer*);

- che il testatore abbia una generale consapevolezza dei beni di cui sta disponendo (anche qui non è necessario che li conosca specificamente, ma che in generale conosca la composizione delle sue sostanze e l'ordine di grandezza del loro valore);

- che il testatore sia in grado di comprendere chi sono i destinatari della sua generosità, in particolare essendo consapevole delle persone che vantano pretese anche solo morali rispetto al suo patrimonio (parenti o amici),

<sup>31</sup> Cfr. Ph. Sticherling, *op. cit.*, Rn. 10, 41, 46 e 47; G. Christandl, *op. cit.*, 176 s. (il quale comunque sottolinea, a p. 180, l'esigenza di distinguere tra capacità e vizi del volere: solo questi ultimi rileverebbero allorché "*bei hinreichender geistiger Gesundheit aufgrund von äußeren Einflüssen die Frage der Selbstbestimmung des Erblassers aufgeworfen wird*").

<sup>32</sup> Cfr. *Banks v. Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549. È dibattuto se le disposizioni del Mental Capacity Act 2005 in tema di verifica della capacità (applicabili, tra l'altro, ove si tratti di predisporre uno *statutory will*: v. *infra*, nel testo) abbiano superato o meno la regola del *Banks test*: v., tra numerosi precedenti, *Re Walker* [2014] EWHC 71 (Ch) (che esclude l'applicabilità del *test* legislativo alla verifica retrospettiva della capacità); *Baker & Anor v. Hewston* [2023] EWHC 1145 (Ch) (che cerca una sintesi complessiva); in dottrina v. P. Reed, *Capacity and Want of Knowledge and Approval*, in B. Häcker, C. Mitchell (a cura di), *Current Issues in Succession Law*, Oxford, 2016, 169 ss. In ogni caso, vi è una certa consonanza tra il *Banks test* e le disposizioni del Mental Capacity Act 2005.

<sup>33</sup> V. sul punto B. Sloan, *Borkowski's Law of Succession*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2017, 71 ss.

quand'anche non beneficiati dal suo testamento (pure qui, però, si esclude che la capacità sia “*a test of memory*”<sup>34</sup>: è sufficiente una comprensione generica della “*closeness of his ties with potential beneficiaries and the nature of their claims*”<sup>35</sup>);

- che il testatore non sia affetto da disordini della mente che gli impediscano di valutare i suoi effetti o che alterino il suo senso del giusto o, ancora, che escludano l'esercizio delle sue facoltà naturali (evidentemente, quelle “*on which the proper exercise of the testamentary power depends*”<sup>36</sup>).

Il *common law* inglese richiede una verifica della capacità per lo più legata alle particolarità del caso concreto (e, soprattutto, alla singola disposizione). Del resto, si invita l'interprete a guardare non già alla sanità mentale di un soggetto intesa in senso generale, ma piuttosto a quella richiesta per porre in essere una specifica decisione testamentaria; inoltre, si aggiunge espressamente che la capacità va valutata tenendo conto del livello di complessità del testamento<sup>37</sup>.

Il testamento redatto in condizioni di incapacità è ritenuto di norma integralmente invalido dal diritto inglese; tuttavia, se si prova che l'incapacità ne ha afflitto solo una parte, il resto del testamento rimane in vigore (com'è tipicamente il caso in ipotesi di *delusions* che hanno riguardato solo una tra varie disposizioni<sup>38</sup>).

Al contempo, però, si deve avvertire che la *capacity* inglese si riferisce alle facoltà di cui un soggetto dispone e al possibile effetto di un *disorder of the mind*: essa, cioè, adotta un approccio in parte astratto, valorizzando le facoltà di cui un soggetto dispone in sé e per sé e a prescindere dal peggioramento delle condizioni psichiche dovuto a un'attività manipolatoria posta in essere da un terzo. Una simile manipolatoria non rileva, dunque, come causa di *incapacity* o comunque nell'ambito della stessa (come avviene per la *Fähigkeit* tedesca), ma assume, piuttosto, la sua rilevanza in altri istituti.

Vengono a tal riguardo in luce anzitutto il *fraud* e la *testamentary undue*

<sup>34</sup> Così *Simon v. Byford* [2014] EWCA Civ 280.

<sup>35</sup> Cfr. *Boughton v. Knight* (1873) LR P&D 64.

<sup>36</sup> Sono sempre parole del Giudice Cockburn in *Banks v. Goodfellow*.

<sup>37</sup> In un noto caso – *In Re Estate of Park Park v. Park* [1953] 2 All ER 1411 – un uomo, in precarie condizioni di salute psichica, decideva di sposare la cassiera del suo *club*, che conosceva a stento. Durante il ricevimento nuziale egli predisponeva il suo testamento, salvo poi morire pochi giorni dopo. La Corte riteneva valido il matrimonio, ma invalido il testamento, perché il suo contenuto era in concreto assai ricco e complesso.

<sup>38</sup> Cfr. *In the Estate of Bohrmann* [1938] 1 All ER 271. Il Giudice Langton, in quel caso, ha ritenuto che, come la mancanza di *knowledge and approval* può riguardare una sola disposizione, così può essere per l'incapacità (giacché, del resto, anche in tal caso la disposizione «*was never brought to his knowledge and approval as a sane, balanced man*»).

*influence*, i quali sono però di ben scarsa utilità: il primo si riferisce a un vero e proprio errore indotto, non facile da dimostrare<sup>39</sup>; la seconda, invece, a una *coercion*, intesa non genericamente come manipolazione, ma quale vera e propria pressione che porta un soggetto a testare sentendosi “costretto” (e così avvicinandosi di più a quella che in Italia sarebbe una “violenza” debitamente ampliata)<sup>40</sup>.

Più utile è invece il riferimento al *lack of knowledge and approval*, ossia alla mancanza di piena consapevolezza del testo delle disposizioni di ultima volontà (redatte di regola da un *draftsman*), in particolare se si considera che la giurisprudenza più recente, proprio in funzione di tutela del testatore fragile, presume tale *lack* (salva una difficile prova contraria) in presenza di particolari *suspicious circumstances*<sup>41</sup>. La dottrina è, tuttavia, critica nei confronti dell'uso di tale istituto, predisposto per ben altre finalità e, di conseguenza, non sempre acconcio alla finalità cui viene forzatamente indirizzato<sup>42</sup>.

3) Al contrario, nel *common law* americano l'*undue influence* testamentaria si è evoluta, emancipandosi dal concetto di *coercion*. Quella che i giudici inglesi indicavano, e tuttora indicano, come costrizione avvertita dal testatore, è divenuta una sorta di coercizione rispetto a un volere ipotetico (il volere che si sarebbe formato senza l'*undue influence*).

Tramite uno slittamento di piani, che è avvenuto nel corso della prima metà del Novecento, si è finiti per ritenere che l'*undue influence* consista più in generale in “*some fraud practiced, some threats or misrepresentations made, some undue flattery, or some physical or moral coercion employed, so as to destroy the free agency of the testator, and these influences must be proved to have operated as a present constraint, at the very time of making the will*”. Si è pure aggiunto che “*constraint is not to be inferred from mental weakness alone, though the weak mind may be more readily constrained and deceived than the strong one*”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Sono pochissimi i casi che hanno ritenuto esistente un dolo: v. ad esempio *Wilkinson v. Joughin* (1866) LR 2 Eq 319.

<sup>40</sup> Cfr. specialmente *Schrader v. Schrader* [2013] EWHC 466 (Ch).

<sup>41</sup> A partire da *Wintle v. Nye* [1959] 1 All ER 552.

<sup>42</sup> L'istituto del *knowledge and approval* resta disassato rispetto alle necessità cui vorrebbe rispondere: tant'è vero che l'utilizzo di una presunzione relativa, pur basata su “circostanze sospette” assai simili a quelle che in altri ordinamenti farebbero presumere la sussistenza di un'attività manipolatoria, dà vita a eccessi e contraddizioni, producendo un'invalidità ora troppo ristretta, ora troppo estesa. Cfr. R. Kerridge, *Wills Made in Suspicious Circumstances: The Problem of the Vulnerable Testator*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, 59, 328 ss.

<sup>43</sup> *Koons's Estate*, 293 Pa. 465. Cfr. A.J.W. Hutton, *Undue Influence and Fraud in Wills*, in *Dickinson Law Review*, 1932, 37, 17 ss.

Come si vede, al centro dell'*undue influence* non vi è più la costrizione, ma semmai un concetto (molto ampio e altrettanto vago) di manipolazione.

Inoltre, la dottrina delle *suspicious circumstances* – circostanze sospette al cui ricorrere si può presumere una data situazione di fatto – è stata applicata, diversamente da quanto avviene in Inghilterra (ove è confinata al *lack of knowledge and approval*), anche alla *testamentary undue influence*. Addirittura, molte decisioni hanno ritenuto che la semplice esistenza di una *confidential relationship*, insieme a un lascito a favore della parte forte di un rapporto, faccia sorgere la presunzione di *undue influence*<sup>44</sup>.

L'elefantiasi della categoria ha, tuttavia, suscitato le critiche di parte della dottrina americana, preoccupata soprattutto di evidenziare come l'*undue influence* non mirerebbe davvero a tutelare il volere del *de cuius*, ma piuttosto gli interessi di coloro che sono delusi da un certo testamento (ritenuto "soggettivamente poco ponderato" o addirittura solo "oggettivamente ingiusto")<sup>45</sup>.

Nella sua applicazione, l'*undue influence* – si è scritto – ha finito per esorbitare dall'area della manipolazione patologica: la mancanza di una nozione precisa ha reso molto difficile distinguere tra una persuasione lecita e una suggestione illecita. In concreto, il (lasco) regime probatorio ha fatto sì che con l'*undue influence* si possa reprimere qualsiasi lascito non perfettamente ponderato: anzi, per questa via si è finito per ritenere invalido addirittura qualsiasi lascito oggettivamente ingiusto (e l'ingiustizia, peraltro, è stata sindacata secondo il parametro etico dominante o, per meglio dire, della classe sociale dominante).

Nel criticare l'ampio spazio riservato all'*undue influence* si è inoltre notato che essa, nei fatti, supplisce alla mancanza di un sistema di *forced heirship* (che vada oltre i ristretti spazi occupati dalle *family provisions*): e che assai meglio sarebbe, anziché estendere la prima, introdurre positivamente la seconda nei diritti dei singoli Stati membri<sup>46</sup>. Del resto, se risaliamo nella storia del diritto, scopriamo che le prime forme di tutela degli stretti congiunti erano affidati a una *fiction* di follia nel testare (una *quasi* follia, che fondava in diritto romano la *querela inofficiosi testamenti*)<sup>47</sup>: ma nei sistemi antichi (e specialmente nel diritto romano) non era raro imbattersi in *fictiones*, dovute al formalismo degli

<sup>44</sup> V. ad esempio *Summit Bank v. Quake*, 631 N.E.2d 13 (Ind. Ct. App. 1994).

<sup>45</sup> M.B. Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, in *Arizona Law Review*, 1996, 38, 235 ss.; R.D. Madoff, *Unmasking Undue Influence*, in *Minnesota Law Review*, 1997, 81, 582 ss.; C. Spivack, *Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished*, in *Kansas Law Review*, 2010, 58, 245 ss. Molto noto è il caso *In re Will of Kaufmann*, 247 N.Y.S.2d 664 (N.Y. App. Div. 1964).

<sup>46</sup> V. R.D. Madoff, *op. cit.*, 606 ss.; C. Spivack, *op. cit.*, 305 ss.

<sup>47</sup> Cfr. D. Di Ottavio, *Ricerche in tema di «querela inofficiosi testamenti»*, I, *Le origini*, Napoli, 2012, 40 s. e 125 ss.

istituti e ben note agli interpreti (che sapevano maneggiarle con sapienza); viceversa, nel moderno *common law* americano l'eterogenesi dell'*undue influence* avviene in modo quasi inconsapevole (o comunque non dichiarato dai giudici che vi danno vita) e, soprattutto, nega quella tendenziale corrispondenza tra strutture formali e funzioni sostanziali che anima tutti i sistemi giuridici moderni, siano essi di *civil* o di *common law*.

4) Il confronto tra gli ordinamenti di cui si è brevemente detto e quello italiano fornisce numerosi spunti al giurista municipale.

In un'ottica prettamente comparatistica, occorre avvertire che una nozione di capacità naturale sufficientemente ampia e flessibile riesce a tutelare in modo efficace il testatore (per quanto sempre e solo *ex post*: infatti, una tutela *ex ante* richiede di essere veicolata da altri strumenti, come ad esempio particolari oneri formali previsti per il testamento dei soggetti vulnerabili). Negli ordinamenti che irrigidiscono l'incapacità assumono un certo ruolo il dolo o altri istituti connessi alla valorizzazione di una condotta di terzi soggetti: non già, e semplicemente, quali strumenti per provare, anche presuntivamente, l'incapacità al momento della redazione della scheda, ma piuttosto quali autonome ragioni di caducabilità della scheda.

Al contempo, si avverte la difficoltà di fissare la soglia di rilevanza del dolo o di questi altri istituti collegati, una volta che essi si siano emancipati dall'incapacità naturale. Talvolta, infatti, essi risultano troppo ristretti (così avviene in Inghilterra per la *testamentary undue influence*); in altri casi disassati rispetto agli interessi in gioco (così sempre in Inghilterra per il *lack of knowledge and approval* e le *suspicious circumstances*); in altri casi ancora troppo estesi (così negli Stati Uniti per la *testamentary undue influence* e le *suspicious circumstances*).

In una prospettiva interna – di diritto italiano – appare anzitutto opportuno ampliare l'incapacità naturale rilevante in ambito testamentario. In via di prima approssimazione ciò sembra richiedere un abbassamento della soglia di rilevanza. Tuttavia, esaminando il fenomeno con maggiore precisione e cogliendo le suggestioni derivanti dalla comparazione, ci si accorge facilmente che all'interprete è richiesta un'operazione ben più complessa e delicata: è necessario in primo luogo riconoscere la distanza tra incapacità naturale e incapacità legale (la prima più vicina a un vizio del consenso che allo *status* di un soggetto), ammettendo che l'incapacità naturale sia il vizio di uno specifico processo psichico (che porta a una determinata decisione testamentaria viziata, perché non retta da una sufficiente consapevolezza); di qui, è fondamentale fissare la soglia di consapevolezza richiesta in linea generale dall'ordinamento per le disposizioni testamentarie, non senza dimenticare che tale concetto va poi declinato in concreto (giacché la capacità naturale non è mai tale in astratto,

ma è sempre da valutarsi con riferimento alle facoltà normalmente e/o concretamente implicate da specifiche decisioni testamentarie, che possono essere più facili o più difficili e comunque esigere percorsi decisionali differenti e quindi pure il possesso di facoltà psichiche diverse)<sup>48</sup>.

Nel fissare la soglia appare di particolare utilità il riferimento alla giurisprudenza tedesca e al *Banks test* inglese. In ogni caso, però, risulta preferibile adottare una nozione sufficientemente flessibile, che inglobi in sé anche captazione e suggestione, in cui ben possono vedersi due forme di incapacità “sfruttata” abusivamente dall’esterno (se non anche “provocata” mediante tecniche manipolatorie). Del resto, la stessa esperienza penalistica – almeno ove si voglia leggere al di sotto di massime non di rado eccessivamente brevilouquenti – insegna che, se è vero che il reato di circonvenzione d’incapace non richiede uno stato di incapacità della vittima dell’eterodirezione del volere (ma anche solo un’infermità o una deficienza), è anche vero che lo stato di vulnerabilità dev’essere tale che la vittima, nel disporre in un certo senso, sia incapace (ossia disponga, magari proprio in virtù dell’attività manipolatoria, in modo non sufficientemente consapevole)<sup>49</sup>. Abdicare a tale requisito, per vero non sempre espresso dalla giurisprudenza e dalla dottrina, vorrebbe dire caducare schede testamentarie “suggerite”, ma in realtà comunque “volute”, così cadendo in una iper-protezione della genuinità del volere testamentario simile a quella cui cede il *common law* americano (iper-protezione che ridonda in una svalutazione del volere stesso e nella tutela di interessi esogeni, di per sé contrari a quelli protetti dalla libertà testamentaria).

5) Una riprova di quanto si è scritto può essere rinvenuta nell’ordinamento francese.

Lì a giocare il ruolo di maggiore rilevanza è l’*incapacité*, intesa in modo flessibile dai giuristi d’oltralpe<sup>50</sup>. La condizione di *sanité d’esprit* rileva, come nota la dottrina, anche in ipotesi di applicazione di misure di protezione: ad

<sup>48</sup> Sul punto v. le proposte di C. Cicero, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 12, 2605.

<sup>49</sup> Non sempre la giurisprudenza penale evidenzia che un requisito del reato è che il soggetto, circonvenuto allorché era in senso lato vulnerabile, sia incapace al momento dell’atto di disposizione. Tuttavia quest’esito è implicito, oltre che nel *nomen* del reato, nel fatto che, se così non fosse, non vi sarebbe lesione dell’autonomia privata (e dunque del bene della vita protetto dalla norma). Esso, inoltre, è sotteso – più o meno esplicitamente – ad alcuni arresti giurisprudenziali, tra cui v. Corte di cassazione, 27 gennaio 2004, n. 1427; Corte d’appello di Torino, 3 dicembre 2018, n. 2051; Tribunale di Napoli Nord, 11 marzo 2016, in *DeJure online*.

<sup>50</sup> V. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, 4<sup>a</sup> ed., Parigi, 2014, 272; in giurisprudenza Cour d’appel de Paris, 17 aprile 2008, in *JurisData online*.

esempio, il maggiorenne sotto curatela può testare, se non è privo in concreto di capacità naturale<sup>51</sup>.

Quanto al *dol*, riconosciuto espressamente come causa di invalidità del testamento dalla riforma del diritto successorio del 2006 e tuttora inteso in modo meno rigoroso che in Italia, non può negarsi che esso di tanto in tanto viene invocato<sup>52</sup>: tuttavia, di regola si tratta di ipotesi che potrebbero comunque essere risolte nella prospettiva dell'*incapacité* (e in cui anzi sono spesso invocate le due categorie simultaneamente).

Anzi, proprio al fine di offrire un più adeguato livello di protezione la recente *réforme* del diritto delle obbligazioni e dei contratti ha previsto una nuova forma di violenza (accanto a quella classica, di cui all'art. 1140 *Code civil*), stabilendo che “*il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*” (art. 1143 *Code civil*). È dubbio se la previsione, riferendosi nella sua stesura successiva alla *loi de ratification* del 2018 a un “*cocontractant*”, sia applicabile anche al testamento e, soprattutto, se essa si estenda a casi non corrispondenti all'*abus de faiblesse* (reato corrispondente alla circonvenzione d'incapace italiana), ma comunque caratterizzati dalla dipendenza della vittima verso la controparte, dall'abuso dello stato di dipendenza e dalla sottoscrizione di un atto fonte di un vantaggio manifestamente eccessivo per la controparte.

Nondimeno, nelle sentenze di merito riferite a testamenti redatti dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione, l'art. 1143 *Code civil* è stato applicato anche al testamento e si è visto attribuire uno spazio sostanzialmente sovrapponibile a quello del reato di *abus de faiblesse*<sup>53</sup>: il quale, a sua volta, era ed è ritenuto corrispondente a quello già occupato dalle categorie civilistiche (e in particolare dall'*incapacité*)<sup>54</sup>. La dottrina, dal canto suo, ha criticato l'ampiezza della nuova disposizione, che sembra potenzialmente in grado di pregiudicare

<sup>51</sup> V. Cour de cassation, 28 gennaio 2003, in *Defrénois*, 2003, 1093.

<sup>52</sup> V. K. Guyenot, *La suggestion et la captation en matière de libéralité dans leurs rapports avec le dol*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1964, 199 ss. In giurisprudenza v. Corte di cassazione, 30 ottobre 1985, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, n° 282.

<sup>53</sup> V. Tribunal judiciaire Marseille, 8 luglio 2024, in *dalloz.fr*; Cour d'appel de Paris, 1 marzo 2023, in *courdecassation.fr*; Cour d'appel de Nancy, 26 settembre 2022, in *dalloz.fr* (applicando l'art. 1143 *Code civil* nella sostanza come *abus de faiblesse*).

<sup>54</sup> I casi di *abus de faiblesse* penale erano già riportati di volta in volta al *dol* o all'*insanité d'esprit*: cfr. Cour de cassation, 12 febbraio 2014, in *Légifrance online* (secondo cui “*l'abus de la faiblesse de la défunte ... s'analyse comme un dol viciant le consentement de celle-ci*”); Cour d'appel de Montpellier, 6 luglio 2023, in *dalloz.fr* (per l'esistenza di un'*insanité d'esprit*).

eccessivamente il principio di vincolatività degli accordi contrattuali<sup>55</sup>: in ambito testamentario, tale rischio si traduce evidentemente nel pericolo di trascurare l'esigenza di rispetto della volontà del *de cuius* e, quindi, nella necessità di ricorrere a una lettura rigorosa della previsione di legge (come in effetti sta avvenendo in giurisprudenza).

Anche nel diritto francese contemporaneo emerge quindi la necessità di fissare una soglia per l'invalidità degli atti che tuteli adeguatamente il testatore senza esagerare nella caducabilità delle disposizioni di ultima volontà. E, di nuovo, il costante riferimento alla soglia di capacità naturale appare essere il migliore strumento per evitare rischi di eccessi, nell'uno o nell'altro senso.

## 5. *Conclusion*

I risultati cui si è giunti sono, come si era anticipato all'inizio dell'esposizione, relativi soltanto all'annullabilità della scheda testamentaria per incapacità naturale o per vizi del volere.

Tuttavia, la protezione del testatore vulnerabile richiede di per sé di ampliare lo sguardo e considerare anche istituti diversi (non solo staticamente, ma anche e soprattutto nel loro intreccio dinamico). Basti pensare all'indegnità testamentaria; agli istituti di protezione (in Italia, in particolare, l'amministrazione di sostegno); ai divieti di testare in determinate situazioni o a favore di determinate persone; alla limitazione della capacità di testare o delle forme testamentarie accessibili oltre una certa età o in specifici casi; alla previsione, *de iure condendo*, di nuove forme testamentarie.

Ma pure istituti apparentemente lontani alla tutela del testatore vulnerabile possono giocare un ruolo non indifferente: basti pensare alla successione necessaria, la quale, nel limitare la libertà del testatore, finisce anche per depotenziare indirettamente i problemi di vulnerabilità testamentaria, oppure all'apertura alla (e finanche al potenziamento della) contrattualità successoria, che invita i soggetti a regolare la propria successione, d'accordo con i legittimari, spesso in un'età in cui sono ancora nel possesso delle loro facoltà psichiche e, comunque, venendo per così dire controllati proprio dai legittimari chiamati a prestare il loro consenso.

E non è tutto: approfondire le tecniche di tutela impone di considerare al contempo forme di responsabilità "successoria" (l'indegnità), penale (i reati di circonvenzione di incapace, di truffa, di estorsione e i loro omologhi stranieri),

<sup>55</sup> Cfr. N. Dissaux, C. Jamin, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Parigi, 2016, 46 ss.

civile (una possibile forma di risarcimento del danno a carico di chi induce a testare in condizioni di incapacità o di chi concorre in questo illecito) e disciplinare (cui potrebbero andare incontro il notaio o l'avvocato che intervengono nella preparazione e nella confezione della scheda testamentaria).

Si apre qui un altro – e ancora più complesso – capitolo di studio, che non è possibile qui trattare. Ci si limiterà allora a evidenziare l'importanza della comparazione per l'approfondimento (anche e soprattutto) di questi temi: infatti, è proprio confrontando le soluzioni degli altri ordinamenti, pur pesandone il ruolo all'interno della struttura propria di ogni sistema successorio, che è possibile trarre spunti di revisione interpretativa e riforma legislativa dell'ordinamento italiano.

