

conoscenza delle condizioni di esecuzione e dei corrispettivi, l'art. 22.4 in tema di garanzie, l'art. 23, in materia di responsabilità verso terzi, e l'art. 29, circa l'obbligo di riservatezza gravante sul contraente, clausole che non hanno invece carattere vessatorio, dal momento che regolano facoltà ed aspetti del rapporto diversi da quelli presi in considerazione dall'art. 1341, comma 2, c.c., la cui tipologia, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, ha carattere tassativo. Risulta pertanto anche in questo caso disatteso il principio sopra richiamato, che esclude che possa valere come specifica approvazione per iscritto il richiamo in blocco da parte del contraente delle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente dall'altra parte, nel caso in cui tale rinvio comprenda anche clausole non vessatorie. Per queste ragioni, il primo motivo di ricorso va accolto. Gli altri motivi, che lamentano, sotto il medesimo ed altri profili, la mancata declaratoria di nullità della clausola che prevede il termine di proposizione dell'azione in giudizio, si dichiarano assorbiti.

La sentenza impugnata va pertanto cassata in relazione al motivo accolto. (Omissis)

(1) Il Supremo Collegio riafferma il principio secondo il quale la efficacia delle clausole vessatorie possa aversi non solo mediante la sottoscrizione specifica di ciascuna delle clausole rientranti o comunque riconducibili all'elenco contenuto nel comma 2 dell'art. 1341 c.c., ma pure attraverso la sottoscrizione di un'unica clausola riepilogativa di tutte le clausole vessatorie contenute nel contratto unilateralmente predisposto e nella quale queste siano state richiamate (Cass. 11 maggio 2006 n. 10942; Cass. 6 settembre 2005 n. 17797, in *Contratti*, 2006, 129). Tale principio tuttavia non potrebbe applicarsi quando nella clausola riepilogativa che venga sottoscritta specificamente siano richiamate tutte le condizioni contrattuali o comunque clausole vessatorie e clausole non vessatorie insieme (Cass. 5 marzo 2003 n. 18680, in *Giur. it.*, 2004, I, 1588; Cass. 2 febbraio 2005 n. 2077, in *Contratti*, 2005, 761; Cass. 28 giugno 2005 n. 13890, in *Impresa*, 2006, 113).

Si rileva che nell'elenco delle clausole non vessatorie, nel caso oggetto della controversia decisa nell'arresto in epigrafe, compaiono anche clausole la cui natura non vessatoria è dubbia. Ci si riferisce, anzitutto, alla clausola penale. Invero, è giurisprudenza oggi pressoché unanime quella che esclude la vessatorietà della clausola penale, al di fuori dei contratti dei consumatori, dove, invece, la previsione d'una penale rientra fra le clausole abusive menzionate nell'art. 33 del codice del consumo (Cass. 23 dicembre 2004 n. 23965, in *Contratti*, 2005, 668). Movendo dalla qualificazione come norma eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 1341, comma 2, c.c. e quindi dalla tassatività dell'elenco lì inserito (Cass. 27 aprile 2007 n. 9646, *ivi*, 2007, 17; Cass. 23 novembre 2001 n. 14912, *ivi*, 2002, 329), si nega alla clausola penale carattere vessatorio, ponendo quale suo elemento caratterizzante quello della convenzionale determinazione dell'entità del danno risarcibile, derivato dall'inadempimento di prestazione contrattuale (Cass. 9 giugno 1990 n. 5625). La accentuazione dei profili sostanziali della clausola penale si correla, peraltro, con l'approdo giurisprudenziale secondo il quale, in base al principio d'integrazione del contratto secondo equità, il giudice è abilitato a ridurre la penale in assenza pure di istanza di parte (da ultimo: Cass. 14 ottobre 2011 n. 21297, in *Not.*, 2012, 10). La clausola penale ha sfaccettature ulteriori rispetto alla sola predeterminazione del danno. Dalla presenza di una penale può scaturire limitazione alla dimostrazione di eventi che liberino l'inadempiente dall'obbligo risarcitorio, dando luogo alla limitazione della proposizione di eccezioni da parte dell'aderente di cui si legge nell'elenco contenuto nell'art. 1341 c.c. (cfr. MARINI A., *La clausola penale*, Napoli 1984, 91 s.; AULETTA T.A., *Le clausole vessatorie nella giurisprudenza*, in *Le condizioni generali di contratto* a cura di BIANCA, I, Milano 1979, 25).

Pure le clausole limitative delle garanzie dovute dal contraente predisponente possono considerarsi vessatorie (Cass. 23 dicembre 1993 n. 12759), mentre non sono vessatorie quelle che, segnatamente nell'ambito del contratto di assicurazione, delimitano l'oggetto della copertura assicurativa (Cass. 11 gennaio 2007 n. 395). Anche le clausole di prevalenza ovvero di attribuzione alla parte predisponente di facoltà di scelta o di decisione possono riportarsi, estensivamente (Cass. 3 novembre 1987 n. 8062), all'elenco contenuto nell'art. 1341, comma 2, c.c., almeno nella misura in cui esse consentano al predisponente l'esercizio di facoltà di sospendere (astenersi da) l'esecuzione di prestazioni contrattuali a suo carico. Tale tipo di clausola, unitamente alle clausole in cui venga affidata alla parte predisponente — professionista facoltà di incidere unilateralmente sull'esecuzione del contratto, rientra tra le clausole abusive, la cui efficacia è subordinata all'effettiva negoziazione, quando aderente sia un consumatore (Trib. Torino 15 aprile 2003, in *Giur. it.*, 2003, I, 2335).

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. II — 23 febbraio 2012 n. 2743 — Pres. Oddo — Est. Giusti — P.M. Golia (concl. conf.) — M.R. e a. (avv. Grandinetti) c. B. (avv. Scarpa). (Conferma App. Genova 20 aprile 2010 n. 475).

[7468/600] Successione testamentaria - Testamento pubblico - Sottoscrizione del testatore, del notaio e dei testimoni - Mancanza - Difficoltà ad apporre la sottoscrizione, poi effettivamente apposta - Obbligo per il notaio di menzionare la difficoltà - Insussistenza - Fondamento. (C.c., art. 603, 606; l. 16 febbraio 1913 n. 89, ordinamento del notariato e degli archivi notarili, art. 51, 58).

L'obbligo del notaio di menzionare, prima della lettura del testamento pubblico, ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.c. e delle connesse disposizioni della l. 16 febbraio 1913 n. 89, la dichiarazione del testatore che si trovi in grave difficoltà di firmare l'atto, sussiste solamente nell'ipotesi che il testatore non sottoscriva il documento e non già anche nel caso in cui, sia pure con grave difficoltà, egli apponga effettivamente la sua firma. Infatti, la formalità della dichiarazione e della menzione costituisce un equipollente della sottoscrizione mancante, mirante ad attestare che l'impedimento dichiarato, e realmente esistente, è l'unica causa per cui non si sottoscrive e ad evitare che la mancanza di firma possa essere intesa come rifiuto di assumere la paternità del contenuto dell'atto (1).

(Massima ufficiale).

(Omissis). — 1. Con il primo motivo le ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 603 c.c., degli art. 51, n. 10, e 58, n. 4, l. 16 febbraio 1913 n. 89, e 606 c.c., nonché insufficiente, omessa e contraddittoria motivazione. Premesso che nella specie il testatore non sottoscrisse il testamento con autonomo gesto grafico e che di tale fatto e della difficoltà che aveva determinato l'impedimento non vi è traccia nel testamento pubblico, avrebbe errato la Corte d'appello a discettare sul se l'aiuto nell'esecuzione del gesto grafico integrasse o meno una «grave difficoltà», perché ciò che rileva è il dato oggettivo della mancata, autonoma sottoscrizione e della mancata esposizione e trascrizione delle ragioni che detta carenza avevano, in quel momento, determinato. Si sostiene che il testamento pubblico conterrebbe un vizio di forma — omessa dichiarazione delle ragioni dell'impossibilità di autonoma sottoscrizione e omessa trascrizione delle stesse — che ne comportano autonomamente la nullità, senza che assumano rilevanza le cause che detta impossibilità avevano determinato.

1.1. Il motivo è infondato.

L'obbligo del notaio di menzionare, prima della lettura del testamento pubblico, ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.c. e delle connesse disposizioni della l. n. 89 del 1913, la dichiarazione del testatore che si trovi in grave difficoltà di firmare l'atto, sussiste solamente nell'ipotesi che il testatore non sottoscriva il documento e non già anche nel caso in cui, sia pure con grave difficoltà, egli apponga effettivamente la sua firma (Cass., sez. II, 4 luglio 1953 n. 2123).

La formalità della dichiarazione e della menzione costituisce infatti un equipollente della sottoscrizione mancante: l'osservanza di essa è prescritta per attestare che l'impedimento dichiarato, e realmente esistente, è l'unica causa per cui non si sottoscrive, e ad evitare che la mancanza di firma possa essere intesa come rifiuto di assumere la paternità del contenuto dell'atto.

Poiché nella specie è pacifico che il testatore ha apposto effettivamente la sua firma, e con ciò ha operato una ricognizione di quanto stilato dal notaio dandone definitiva conferma con un'attestazione del perseverare della volontà espressa, la formalità della dichiarazione del *de cuius* e della menzione del notaio non era necessaria, e ciò assorbe ogni indagine sul se la difficoltà nell'esecuzione della sottoscrizione sussistesse e se essa fosse connotata dal requisito della gravità.

Correttamente, pertanto, la Corte territoriale, nel confermare la sentenza di primo grado, ha escluso la denunciata nullità del testamento.

Ogni altra questione adombrata non può trovare ingresso in questa sede, non essendo stato proposto l'apposito rimedio della querela di falso per contestare l'autenticità della sottoscrizione, ed avendo in ogni caso il giudice del merito escluso, con congruo apprezzamento delle risultanze di causa, che l'aiuto meramente meccanico del terzo, di cui il testatore si è servito per vergare con maggiore chiarezza la propria firma, abbia alterato la forza impressa al segno dal de cuius o abbia trasformato quest'ultimo in un inerte strumento di scritturazione, guidato da altri.

2. Il secondo mezzo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 591 c.c. e dell'art. 61 c.p.c., e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio. La sentenza impugnata avrebbe riesumato la consulenza di primo grado che non aveva convinto la Corte territoriale quanto alle risultanze, tanto da determinare il giudice del gravame a disporre, con ordinanza collegiale, la rinnovazione dell'accertamento peritale. Avrebbe errato la Corte d'appello a disattendere la seconda consulenza tecnica d'ufficio, che, convergente con la consulenza del pubblico ministero e del perito grafologo, aveva concluso affermando che il testatore era affetto da demenza senile (malattia degenerativa e irreversibile) sin dal 1992. E gli accertamenti medico scientifici avrebbero dovuto essere considerati prevalenti sulle opinioni personali di soggetti (il notaio e il maresciallo dei carabinieri) a tal fine non qualificati.

2.1. La doglianza è inammissibile.

La Corte territoriale ha rilevato che la motivazione del primo giudice in ordine alla prova positiva della capacità di intendere e di volere al momento della redazione dell'atto non è stata contrastata dall'appellante con censure specifiche ed ha pertanto dichiarato inammissibile l'appello sul punto.

Questa *ratio decidendi* — di per sé sufficiente a confermare il rigetto della domanda di annullamento del testamento per incapacità di intendere e di volere del testatore — non è stata autonomamente e specificamente impugnata dalle ricorrenti, e ciò comporta una preclusione allo scrutinio del fondo del motivo.

3. Il ricorso è rigettato. (Omissis)

(1) [7468/600] **Testamento pubblico: difficoltà di sottoscrizione e capacità di testare (*)**

Public Testament: Subscription Difficulty and Ability to Test

L'autore evidenzia come la complessità della problematica sulla forma del testamento pubblico debba indurre l'interprete a una lettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche al fine di garantire il rispetto della volontà del testatore e con esso del diritto di proprietà.

The author shows how the complexity of the problem of the form of the public testament requires the interpreter to engage in a constitutional reading of the rules in order to ensure respect for the will of the testator, and with it the right of ownership.

SOMMARIO: 1. Testamento pubblico e difficoltà di sottoscrizione. — 2. Il testamento pubblico del cieco, del muto, sordo o sordomuto. — 3. Forma e formalismo nel testamento pubblico. — 4. Grave difficoltà di sottoscrivere e capacità testamentaria. — 5. Testamento e incapacità naturale ex art. 591, n. 3, c.c. — 6. Ambito di operatività dell'art. 591, n. 3, c.c. e prova dell'incapacità naturale del testatore.

1. *Testamento pubblico e difficoltà di sottoscrizione.* — L'art. 603, comma 3, c.c. statuisce che il testamento pubblico « deve indicare il luogo, la data di ricevimento e l'ora della sottoscrizione ed essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio ». La stessa disposizione precisa ancora che il testatore deve sottoscrivere se sa apporre la sua firma sulla scheda, anche se lo fa con difficoltà, mentre se non può sottoscrivere o può farlo solo con grave difficoltà deve invece dichiararne la causa e il notaio deve menzionare detta dichiarazione prima della lettura dell'atto.

(*) Scritto sottoposto a procedura di valutazione scientifica.

In ragione del prescritto ordine tra dichiarazione e sua menzione da parte del notaio — sulla premessa che costituendo tale dichiarazione parte integrante del contesto del testamento — si è affermato in giurisprudenza che è nullo il testamento pubblico di cui sia stata data lettura al testatore prima che da questo sia stata resa la dichiarazione di non poter sottoscrivere l'atto (1), ma è stato anche sostenuto che si sia invece, alla stregua del disposto dell'art. 606 c.c., in presenza di una ipotesi di annullabilità del testamento (2).

Come è stato precisato, la grave difficoltà alla sottoscrizione deve ravvisarsi anche in presenza di un impedimento di natura psichica e transeunte (3) né si richiede necessariamente l'esistenza di una vera e propria malattia, potendosi trattare « di qualsiasi impedimento fisico, anche a carattere temporaneo, e quindi anche di una difficoltà di grafia derivante dalla debolezza in cui il testatore si trovi o dalla sua età avanzata » (4).

Si è detto ancora che le ipotesi contemplate dall'art. 603 c.c. includono sia i casi di coloro che non possono che di quelli che non sanno sottoscrivere, ma non anche di coloro che sanno, seppure soltanto, sottoscrivere, come gli analfabeti che con difficoltà riescano a riprodurre la firma guardando a un modello precostituito (5). In giurisprudenza — in una fattispecie in cui si discuteva in relazione a una dichiarazione di un testatore di essere analfabeta — è stato enunciato un principio di più estesa portata, con l'affermarsi che nel testamento pubblico, quando il notaio fa menzione di una dichiarazione del testatore riguardante, ai sensi dell'art. 603 c.c., una causa impeditiva della sottoscrizione dell'atto, il testamento deve considerarsi valido solo se tale causa effettivamente sussista, derivandone in caso contrario il difetto di sottoscrizione e, quindi, la nullità del testamento per difetto di un requisito formale (6), essendosi rimarcato sul punto che se la causa addotta è falsa la dichiarazione del testatore importa in realtà un rifiuto di sottoscrivere per cui il testamento non può non considerarsi nullo (7).

2. *Il testamento pubblico del cieco, del muto, sordo o sordomuto.* — Il testamento pubblico — che per non richiedere a chi ad esso ricorre condizioni particolari e che per questo può essere

(1) Cfr., in tal senso, Cass. 7 dicembre 1971 n. 3552; e, più di recente, per l'assunto che il testamento deve considerarsi nullo anche allorché contenga soltanto la attestazione del notaio che il testatore è impossibilitato a sottoscrivere per infermità senza che di ciò vi sia menzione da parte del testatore, Cass. 26 novembre 1996 n. 9674 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 612, con nota di CASERTA, *Cause impeditive della sottoscrizione e validità del testamento pubblico*; in *Riv. not.*, 1998, II, 336; in *Vita not.*, 1996, 1373).

(2) Cfr., al riguardo, MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in *Trattato breve delle donazioni e successioni* diretto da RESCIGNO e coordinato da IEVA, I, Padova 2010, 915.

(3) Cfr., al riguardo, Cass. 23 luglio 1950 n. 2101, in *Foro it.*, 1951, I, 592, con nota di STOLFI.

(4) In tali termini, Cass. 3 aprile 1973 n. 912.

(5) Così, MARMOCCHI, *op. cit.*, 920, cui *adde*, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano 1952, 188, il quale — dopo avere premesso che il codice precedente nell'art. 779 prevedeva il caso che il testatore « non sa o non può sottoscrivere » — precisa che il vigente art. 603 c.c. non ha in sostanza apportato alcun cambiamento in materia perché il non potere sottoscrivere comprende evidentemente anche il caso di non sapere sottoscrivere e perché anche sotto l'impero del codice precedente era comunque ammesso che non fosse necessario un impedimento assoluto a sottoscrivere ma bastasse anche una grave difficoltà.

(6) In tali termini: Cass. 21 novembre 2008 n. 27824 (in questa *Rivista*, 2009, I, 2167, con nota di VIDIRI, *Sull'art. 603, comma 3, c.c. e sulla nullità del testamento per mancata sottoscrizione del testamento pubblico tra forma, formalismo e favor testamenti*; in *Riv. not.*, 2010, II, 218, con nota di MUSOLINO, *Testamento pubblico e impossibilità per il testatore di sottoscrivere l'atto*); Cass. 6 novembre 1996 n. 9674, *cit.*, che precisa anche come spetti al giudice di merito accertare — con apprezzamento non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato — se la dichiarazione del testatore risponda o meno alle finalità sottese alla normativa scrutinata.

(7) Così, GANGI, *op. cit.*, 189 s., che evidenzia come la dichiarazione non debba essere necessariamente fatta espressamente potendo essere anche tacita, come nel caso che il testatore mostri la mancanza o la paralizzazione della mano o del braccio purché sempre il notaio faccia menzione dell'atto compiuto dal testatore da cui la dichiarazione si desume. In giurisprudenza, in senso analogo, Cass. 1° febbraio 1992 n. 1073, in questa *Rivista*, 1992, I, 2127, con nota di DI MAURO, *Sottoscrizione del testamento e osservanza delle formalità di cui all'art. 602, comma terzo, c.c.*, secondo cui infatti la dichiarazione del testatore e la menzione del notaio della causa impeditiva non devono essere espresse con forme particolari o in termini tassativamente determinati.

impiegato da chiunque (8) — presenta alcuni peculiari requisiti e specifici adattamenti alle generali prescrizioni di forma nel caso in cui il testatore abbia alcuni impedimenti fisici.

Sotto l'impero del codice abrogato il cieco era di diritto inabilitato dal momento che si presumeva la carenza di una sua adeguata educazione. Il legislatore del 1942 con il disposto dell'art. 415, comma 3, c.c. ha invece ora previsto che il non vedente può essere inabilitato se dalla nascita o dalla prima infanzia non ha ricevuto una educazione sufficiente (9). Dal che consegue che il cieco, seppure si trovi in una condizione di inferiorità rispetto a un soggetto sano, deve ugualmente ritenersi *a priori* capace di provvedere alla cura dei propri interessi e all'amministrazione del proprio patrimonio tanto che lo stesso legislatore presume la sua capacità di sottoscrivere, come si evince dagli art. 2 e 4 l. 3 febbraio 1975 n. 18 (10).

E in questo senso si è sostanzialmente espressa la giurisprudenza che ha affermato che le suddette disposizioni sono tali da escludere la legittimità dell'affermazione secondo la quale la condizione di non vedente sia *ex se* sufficiente a giustificare la mancata apposizione della propria firma, evidenziando al riguardo come tale soggetto debba essere ritenuto, in linea di principio, dotato della capacità di firmare tutti gli atti documentali per cui ne consegue che — a fronte della dichiarazione al notaio di impossibilità di sottoscrivere il testamento e di vergare la propria firma proprio perché cieco — è necessario accertare l'effettiva veridicità e valenza di tale professione di incapacità a sottoscrivere, che va in concreto riscontrata e accertata al fine di ritenere valido il testamento (11).

E sempre la giurisprudenza, nell'esaminare il rapporto tra le disposizioni della l. 16 febbraio 1913 n. 89 (Ordinamento del notariato e degli archivi notarili) e quelle della l. 3 febbraio 1975 n. 18 (Provvedimenti in favore dei ciechi), ha sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 4 di quest'ultima legge (che in tema di formazione degli atti in cui intervengono i non vedenti prescrive la presenza e la firma di due ausiliari del cieco), per avere tale normativa ad oggetto le scritture private e non anche il testamento pubblico, la cui formazione è opera esclusiva del notaio sicché deve in esso escludersi ogni interferenza di soggetti estranei, la cui presenza risulterebbe priva di qualsiasi funzione in quanto la dichiarata impossibilità da parte del non vedente di sottoscrivere è accertata ai sensi dell'art. 51, n. 10, l. n. 89, cit. dal notaio, che certifica anche la fedeltà della riproduzione della volontà negoziale del non vedente (12).

In relazione invece al testamento del muto e del sordomuto, l'art. 603, comma ult., c.c. prescrive che vanno osservate « le norme stabilite dalla legge notarile per gli atti pubblici di queste persone », e cioè per il sordo l'art. 56 e per il muto il successivo art. 57 della suddetta legge (13).

Più specificamente nel caso del sordo questi deve leggere il testamento e di tale lettura deve

(8) A differenza dell'olografo che richiede che il testatore sappia scrivere e del testamento segreto per cui è necessario invece il saper leggere il testamento pubblico non abbisogna di tali condizioni sicché può ad esso farsi ricorso in ogni caso.

(9) È sempre fatta salva l'applicazione dell'art. 414 c.c. — e cioè dell'interdizione — quando risulta che il sordomuto e il cieco sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi (art. 414, comma 3, c.c.).

(10) Per una chiara epitome delle diverse posizioni dottrinarie e giurisprudenziali sulla capacità di sottoscrivere delle persone cieche, cfr. Mosca, *Capacità negoziale delle persone cieche e rapporti tra legge 3 febbraio 1975 n. 18 e legge notarile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 939 ss., che ricorda che le poche volte in cui la giurisprudenza si è pronunciata al riguardo ha in linea di massima sempre riconosciuto la capacità di sottoscrivere dei non vedenti, richiamando al riguardo le risalenti Cass. 11 luglio 1966 n. 1837, Cass. 28 gennaio 1953 n. 130 e Cass. 6 novembre 1996 n. 9674, cit.

(11) Così, Cass. 9 dicembre 1997 n. 12437 (in questa *Rivista*, 1997, I, 2979, con nota di ANNUNZIATA M., *In materia di sottoscrizione del testamento pubblico*; in *Riv. not.*, 1998, II, 231).

(12) Così, Cass. 9 febbraio 1997 n. 12437, cit.; e, più di recente, Cass. 4 dicembre 2001 n. 15326 (in *Riv. not.*, 2002, II, 992). *Contra* (e cioè per l'assunto che con riferimento ai requisiti di forma degli atti notarili di cui sono parti i non vedenti la normativa contenuta nel capitolo primo, titolo terzo, l. n. 89 del 1913 vada integrata con le disposizioni di cui agli art. 3 e 4 l. n. 89 del 1975), Cass. 12 dicembre 1994 n. 10604 (in questa *Rivista*, 1996, I, 365, con nota di TRIOLA, *I requisiti formali dell'atto pubblico nel quale intervenga un cieco*; in *Riv. not.*, 1995, II, 983, con note di DE SIMONE, *Sull'intervento in atto notarile di ciechi*, e di ANTONINI, *Atto pubblico notarile e cieco non in grado di sottoscrivere*, p. 1510).

(13) Va ricordato come a seguito dell'art. 1, comma 1, l. 20 febbraio 2006 n. 95 (Nuova disciplina in favore dei minorati auditivi) si è statuito che « In tutte le disposizioni legislative vigenti il termine sordomuto è sostituito con l'espressione sordo ».

fare menzione il notaio, ma se il sordo non sa leggere nell'atto deve intervenire un interprete (da nominarsi dal presidente del tribunale tra le persone abituate a trattare con esso e che riesca a farsi intendere con segni e gesti), che deve prestare giuramento davanti al notaio di adempiere fedelmente il proprio ufficio e che infine sottoscrive il testamento dopo che di tale giuramento si sia in esso dato atto (14).

Per il testamento invece del muto e sordomuto — ipotesi trattate con la stessa normativa — deve distinguersi a secondo che essi siano capaci non solo di leggere ma anche di scrivere. Nel primo caso, infatti, occorre che essi leggano il testamento e vi appongano poi, prima delle sottoscrizioni, una dichiarazione autografa di avere letto l'atto e di averlo riconosciuto conforme alla propria volontà. Nel caso invece in cui non siano in grado di leggere e scrivere è richiesto alternativamente che il loro linguaggio a segni sia inteso, oltre che dall'interprete, anche da uno dei testimoni ovvero che intervenga all'atto un secondo interprete. La giurisprudenza ha avuto occasione anche di pronunciarsi per la nullità del testamento del sordomuto analfabeta, ai sensi dell'art. 58 l. not., nell'ipotesi in cui uno dei due interpreti sia stato sostituito dal notaio e l'atto non contenga alcuna menzione che almeno una delle persone intervenute come testimoni avesse capacità d'intendere il linguaggio a segni del sordomuto (15).

Forme più rigorose si richiedono nel caso di testamento del sordo e quello del muto e sordomuto in relazione alla presenza dei testimoni perché la parte finale dell'ultimo comma dell'art. 603 c.c. prescrive che allorché il testatore sia incapace anche di leggere devono intervenire quattro testimoni. Disposizione questa che — per non distinguere tra « sapere » e « potere » leggere — è stata ritenuta applicabile anche al caso del cieco, che sia pure sordo, muto o sordomuto (16).

3. *Forma e formalismo nel testamento pubblico.* — È stato di recente affermato che le problematiche sui requisiti di forma del testamento devono indurre a un'interpretazione delle disposizioni codicistiche costituzionalmente orientata, non potendosi prescindere nella materia testamentaria da un rigoroso rispetto dei fondamentali diritti della persona e dalla tutela del diritto di proprietà (art. 42 cost.) perché l'autonomia testamentaria « è uno dei modi attraverso i quali si esprime più intensamente l'appartenenza del patrimonio al privato » (17). E nella stessa direzione — seppure con riguardo ai requisiti di forma richiesti per il testamento olografo (nella specie, mancanza di data o data incompleta) ma con considerazioni esportabili in buona misura anche ad analoghe tematiche del testamento pubblico — si è sostanzialmente anche evidenziato come il ritenere invalido un testamento a seguito della inosservanza di regole formali, prive di un vero contenuto sostanziale, finisca per incidere sull'ultimo comma dell'art. 42 cost. Nel patrocinare tale assunto si è osservato che la disposizione costituzionale con il prescrivere che « la legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria » non vale di certo ad accordare al legislatore il potere di introdurre requisiti di ordine formale, che non rispondano ad alcun interesse oggettivo, e si è anche aggiunto che se questo fosse consentito il diritto fondamentale del *de cuius*, di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (diritto che senza dubbio rientra tra quelli tutelati dall'art. 2 cost.) troverebbe ingiusta limitazione nel capriccio del legislatore ordinario, svuotando di significato il senso della garanzia costituzionale (18).

Orbene il ricco ed esteso articolato di regole formali, dovuto all'intreccio — a cui in precedenza si è fatto richiamo — tra disposizioni codicistiche e la normativa della legge notarile ha

(14) Ricorda che la normativa sul sordo non si ritiene applicabile se il testatore può udire con l'uso di apparecchio acustico sempre però che quanto gli venga detto o letto sia pronunziato « con un tono di voce più alto del normale »: MARMOCCHI, *op. cit.*, 923 nt. 377.

(15) Così, Cass. 14 novembre 1991 n. 12176, in *Vit. not.*, 1992, I, 768.

(16) In tali termini, MARMOCCHI, *op. cit.*, 924; e, in giurisprudenza, Cass. 28 febbraio 2007 n. 4777 (in *Riv. not.*, 2008, II, 1144, con nota di CASU, *In tema di nullità formale del testamento per atto pubblico*; in *Vita not.*, 2007, I, 1294), che ha però escluso la nullità per la mancata presenza dei quattro testimoni in un testamento pubblico di una persona cieca che era comunque in grado di udire seppure con il supporto di apposito apparecchio acustico; Cass. 8 giugno 1983 n. 3939 (in questa *Rivista*, 1983, I, 2628, con nota di AZZARITI, *Sul testamento del muto, o sordo-muto, e che sia anche incapace di leggere*; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 90), che precisa anche che se il testatore è cieco, e non pure muto né sordo, è sufficiente, per la validità dell'atto, la presenza di due soli testimoni.

(17) Così, VIDIRI, *Forma e formalismo: l'annullabilità del testamento olografo e la incompletezza della data*, in questa *Rivista*, 2009, I, 1989 e nt. 31.

(18) Sul punto, cfr. VIDIRI, *op. cit.*, 1989 s. e nt. 32 s., per richiami giurisprudenziali e dottrinari.

causato con riferimento al testamento pubblico — più di quanto sia avvenuto con riguardo all'olografo — un approccio di parte della dottrina e della giurisprudenza che ha finito, anche se inconsapevolmente, per privilegiare non di rado ingiustificatamente la mera osservanza dei requisiti formali sullo accertamento rigoroso dell'effettiva volontà del testatore.

Al riguardo non può trascurarsi di considerare che il compito dell'interprete di nettamente differenziare di volta in volta — ai fini delle ricadute in termini di validità dell'atto testamentario — tra forma e formalismo appare particolarmente doveroso nel testamento pubblico solo che si pensi che ad esso il testatore ricorre al fine di pervenire a una rigorosa, completa e non più contestabile individuazione della sua effettiva volontà — da tradursi non di rado in numerose disposizioni complesse e di differente contenuto — attraverso l'intervento del notaio, che è chiamato proprio « a indagare » il concreto intento delle parti (art. 47, comma 2, l. not.), assicurandone nel contempo la spontaneità, la libertà e l'autonomia (19) e garantendo — anche con la fedele traduzione in forma chiara e precisa delle dichiarazioni testamentarie — l'atto testamentario da possibili future impugnazioni (20).

Non manca invero in dottrina un autorevole indirizzo, che ha contrapposto al « formalismo testamentario » il generale « formalismo negoziale » (21), in base alla considerazione che, a differenza di quanto avviene negli atti tra vivi (e particolarmente nei contratti) — in cui la forma (quando costituisce elemento essenziale del contratto ex art. 1325 c.c.) è un elemento estrinseco alla volontà che è necessario solo quando l'atto abbia un determinato contenuto — la volontà nel testamento finisce invece per diventare elemento intrinseco dell'atto (22).

Al di là della condivisione di tale indirizzo una indubbia distinzione tra le regole formali relative al testamento, quale atto di ultima volontà, e i restanti atti negoziali per quanto attiene alle ricadute sulla validità e l'efficacia dell'atto stesso si pone in relazione alla natura e consistenza degli interessi che il legislatore ha voluto di volta in volta tutelare.

Al riguardo si è correttamente riconosciuto al « formalismo testamentario » la funzione — ritenuta comune a tutte le forme di testamento — di garantire l'esistenza di una volontà destinata a valere *post mortem* in una duplice direzione: di certezza che la dichiarazione, nel momento della sua esecuzione, corrisponda all'effettivo volere del testatore; e di certezza di conservazione nel tempo del documento mediante il quale è dato di rievocare detto volere (23). Finalità queste che risultano a ben vedere caratterizzare, come si è già accennato, maggiormente — rispetto alle altre forme di testamento — quello pubblico (24).

(19) Per l'assunto che il notaio pensa a redigere la volontà del testatore per iscritto nella forma letteraria che ritiene più idonea a riprodurla fedelmente, cfr. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino 1962, 1071, il quale aggiunge che il notaio può anche domandare spiegazioni o chiarimenti, purché eviti ogni suggestione e non menomi in alcun modo la spontaneità della dichiarazione.

(20) Per MARMOCCHI, *op. cit.*, 911, la scelta della forma pubblica di testamento si giustifica proprio per la « sicura ineccepibilità dell'atto non solo sotto il profilo formale » nonché « per la garanzia che ne deriva al testatore rispetto a possibili impugnazioni ». Sul punto, v. anche CICU, *Testamento*, Milano 1951, 26, che, con riferimento al formalismo testamentario, parla della sua finalità di « conseguire la certezza della volontà testamentaria, eliminando le incertezze che si avrebbero inevitabilmente quando si ammettesse la prova testimoniale o presuntiva », per rinviare poi alle diverse figure di testamento l'ulteriore funzione di « garantire anche la spontaneità e genuinità del volere ».

(21) Per il riconoscimento di una propria autonomia al formalismo testamentario, cfr. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966, 125, che esclude che il detto formalismo sia da ricollegare, come avviene per i contratti previsti dall'art. 1350 c.c., al suo contenuto dal momento che l'osservanza delle regole formali non è richiesta soltanto in presenza di disposizioni aventi ad oggetto beni immobili o mobili registrati, assoggettati a specifiche forme, ma anche i beni mobili o i crediti, cui *adde*, TAMBURRINO, *Testamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 487 s., e, più di recente: TRIOLA, *Il testamento*, Milano 2012, 17-20; IEVA, *La successione testamentaria*, in *Diritto civile* diretto da LIPARI e RESCIGNO e coordinato da ZOPPINI, II, Milano 2009, 130.

(22) Così, TAMBURRINO, *op. cit.*, 487.

(23) Sostanzialmente in tali termini, MARMOCCHI, *op. cit.*, 851.

(24) Osserva BRANCA, *Testamenti ordinari*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro secondo delle successioni*, Art. 601-608, Bologna-Roma, 1986, 115 ss., che quando il disponente tiene più alla sicurezza che al segreto — meglio garantito dall'olografo — ricorrerà al notaio per dettargli le sue ultime volontà ottenendo tre sicurezze: la prima è che il notaio redigerà

E proprio con riferimento al testamento pubblico si riscontra, come già ricordato, un diffuso approccio ermeneutico che finisce sovente per privilegiare, a scapito della ricerca e del rispetto della effettiva volontà del disponente, un compiuto adempimento delle prescrizioni formali, la cui inosservanza viene non di rado ritenuta sanzionabile in termini di invalidità.

È opinione generalmente condivisa che le formalità indicate nella legge notarile o in altre leggi, ma non nell'art. 603 c.c., non sono obbligatorie per il testamento se l'obbligatorietà non è espressamente sancita perché la legge notarile è complementare al codice civile (25).

Per essere messa seriamente a rischio la corretta redazione dell'atto nonché il rispetto della effettiva volontà del disponente e la stessa liceità del negozio, non può poi che ribadirsi ancora una volta che le previsioni della legge notarile sulla nullità dell'atto debbano trovare applicazione quando esse non riguardino i vizi di forma del testamento, ma i requisiti professionali del notaio, i divieti di ricevere atti di parenti e affini, e di ricevere disposizioni che interessino il notaio o tali persone (26).

Tanto premesso, in una ottica di un'interpretazione elastica della regole formali prescritte per il testamento pubblico, si è già cercato correttamente di smorzare anche in giurisprudenza il rigore caratterizzante la lettura della norma codicistica scrutinata sostenendo la validità di un atto *mortis causa* dettato al proprio notaio solo dinanzi a lui e senza la presenza dei testimoni, sempre che prima di dare lettura dell'atto il testatore abbia manifestato nuovamente la sua volontà in presenza questa volta dei testimoni (27). Statuizione questa da condividere perché, come è stato osservato in dottrina, gli oneri formali previsti dalla legge sono comunque adempiuti e la loro inversione non incide sulla garanzia dell'esatta corrispondenza del testo alla volontà del testatore (28). E nella stessa esigenza di ridurre le ricadute in termini di invalidità — e sempre al fine di salvaguardare l'irripetibile volontà del disponente — si è equiparato il caso in cui il testimone muore dopo avere sottoscritto quando ancora mancano le firme dell'altro testimone o del notaio al diverso caso in cui sia il testatore a morire dopo avere sottoscritto ma prima che abbiano firmato il notaio e gli altri testimoni perché in ambedue i casi « il testamento può essere completato » dal momento che il rito si è svolto regolarmente e perché manca l'ultimo segno (29).

La specialità del diritto successorio, che non può prescindere dal tutelare la vera volontà del *de cuius* induce, alla stregua di quanto in precedenza rilevato, a ritenere che dietro ai requisiti formali richiesti *ad substantiam* debbano riscontrarsi valori ed interessi meritevoli di tutela, ricadendosi in caso contrario in un mero formalismo (30). Tutto ciò trova un ulteriore significativo conforto nella diffusa opinione che reputa che il testamento smarrito o distrutto possa produrre ugualmente i suoi effetti dopo la morte del *de cuius*, se si prova che lo smarrimento o la distruzione sia avvenuto per forza maggiore o caso fortuito, non essendo tra l'altro neanche richiesta la ricostruzione letterale della disposizione testamentaria per essere sufficiente provarne con preci-

un atto pubblico, facente prova sino a querela di falso di quanto sia stato fatto e avvenuto in sua presenza; la seconda è la scarsa probabilità di smarrimento, di scomparsa o di distruzione testamento; la terza è che la presenza del notaio e la redazione di sua mano o, sotto la sua dettatura ad opera di un amanuense, evitano errori, confusioni, improprietà di linguaggio, specie tecnico-giuridiche o ingenuità. Finalità queste che richiedono, a parere dell'autore, che il « cerimoniale » (dettatura del testatore, redazione del testamento a cura del notaio, lettura finale) si spieghi anche dinanzi a due testimoni, che più di una volta figurano e sono di fatto elementi passivi del rito.

(25) Così BRANCA, *op. cit.*, 119, che precisa anche che se nel porre le formalità la legge notarile è più rigorosa del codice, prevale quest'ultimo.

(26) In tal senso: BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, *La famiglia-Le successioni*, Milano 1985, 584; BRANCA, *loc. cit.*

(27) Cfr. Cass. 11 luglio 1975 n. 2742, in questa *Rivista*, 1975, I, 1615.

(28) Così, BIANCA, *op. cit.*, 582 nt. 81; e, per analoghe considerazioni, BRANCA, *op. cit.*, 117, che più in generale rileva che per evitare la invalidità dell'atto pubblico non è necessario che la descrizione fotografica con assoluta precisione la realtà perché nel contrasto tra le forme svolte e la loro verbalizzazione conta che le formalità ci siano state così come vuole il disposto dell'art. 603 c.c. *Contra*, TRIOLA, *In tema di testamento predisposto dal notaio*, in questa *Rivista*, 1976, I, 289, che in senso critico a Cass. 11 luglio 1975 n. 2742, cit., osserva che una volta che siano state dettate le precauzioni ex comma 2 dell'art. 603 c.c. e siano state prescritte regole formali non sono poi ammesse eccezioni di alcun genere.

(29) Così, BRANCA, *op. cit.*, 120.

(30) Così, VIDIRI, *op. cit.*, 2171.

sione il contenuto (31). Ulteriore corollario di quanto sinora detto è che non può condividersi l'indirizzo giurisprudenziale già ricordato, secondo cui deve considerarsi nullo o annullabile il testamento pubblico di cui sia stata data lettura al testatore prima che da questi sia stata resa la dichiarazione di non poter sottoscrivere. Al riguardo si è puntualmente evidenziato che la legge nulla prescrive in ordine al luogo in cui deve essere fatta la menzione sicché è consentito effettuarla in qualunque parte del testamento sempre che preceda la sottoscrizione. In altri termini non è necessario che la dichiarazione sia fatta prima o dopo la lettura, perché anzi la dichiarazione dovrebbe essere fatta dopo la lettura, e comunque — una volta che risulti dalla dichiarazione del notaio nel testamento che vi si stata l'approvazione e la conferma del suo contenuto da parte del disponente — non si comprende perché mai il testamento dovrebbe essere invalido solo perché la dichiarazione di non sapere o non potere sottoscrivere, è fatta in ordine diverso da quello previsto dalla norma codicistica (32).

Inoltre l'esigenza di cogliere il profilo della funzione della forma, da individuare nella garanzia di assicurare con il testamento ad opera del notaio la chiarezza e univocità del dichiarato fa sorgere anche in considerazione dei peculiari caratteri dell'atto di ultima volontà — consistenti nella sua non ripetibilità « quale ultimo messaggio » del *de cuius* e nella sua natura di eteroregolamento statuente regole di condotta per i superstiti (33) — consistenti e giustificate riserve sull'indirizzo dottrinario e giurisprudenziale secondo cui l'inesistenza dell'impedimento (o del grave impedimento) a sottoscrivere è equiparabile alla inesistenza della sottoscrizione. Si è infatti in contrario giustamente rilevato che non bisogna arrestarsi a un'interpretazione tipizzata dovendosi invece ricercare caso per caso i motivi che possono avere indotto il testatore a un contraddittorio comportamento, tanto che si è ritenuto che non vizi il testamento l'impossibilità di sottoscrivere, erroneamente ritenuta esistente, se conseguente a uno stato emotivo determinato dalla solennità del momento, tale da impedire di comporre persino quegli stentati segni anagrafici, solitamente tracciati come sottoscrizione (34), aggiungendosi pure che può non incidere sulla validità del testamento neanche la prova della dimostrata esistenza di sottoscrizioni provenienti dal testatore in epoca antecedente o successiva alla sua redazione, potendo l'impossibilità rivestire anche carattere temporaneo (35).

E ancora, e a titolo puramente esemplificativo, può affermarsi per quanto riguarda gli errori nella data che nessuna valida ragione può indurre a patrocinare in termini di validità nel testamento pubblico ricadute più estese di quelle riguardanti l'olografo perché la pubblicità del documento non è tale da influire minimamente su tale problema (36), né può portare a richiedere l'indicazione dell'ora della sottoscrizione se si è iscritta quella del testamento (37). Risulta, di contro, pienamente condivisibile l'assunto che — pur dovendosi a differenza dell'olografo ritenere qui necessario che la

(31) Sul punto, v., *amplius*, TRIOLA, *Il testamento*, cit., 19 s., che a sostegno del suo assunto richiama il disposto dell'art. 684 c.c., osservando che se tale norma ammette la prova che il testamento olografo è stato distrutto o lacerato da persona diversa dal testatore — o che se distrutto o lacerato dal testatore questi non aveva l'intenzione di revocarlo — non può poi che ammettersi anche la prova del suo contenuto; per analoghe conclusioni, v. anche VIDIRI, *op. cit.*, 1991, secondo cui va ammessa ogni mezzo di prova sulla esistenza del testamento, compresa quella testimoniale e per presunzioni, sempre però che la distruzione, perdita o lo smarrimento non siano avvenute per colpa dello stesso beneficiario. Ritiene invece che se la distruzione o la sparizione del testamento è opera dei terzi interessati incombe su questi la prova che il testamento era formalmente invalido: GANGI, *op. cit.*, 107, il quale osserva al riguardo che in questo caso è logico presumere che il testamento fosse valido giacché in caso contrario i terzi non avrebbero avuto alcun interesse a distruggerlo, ma tale presunzione è una presunzione semplice (*praesumptio hominis*), di cui il giudice potrà conseguentemente tenere conto secondo le circostanze del caso.

(32) Per tali considerazioni, cfr. GANGI, *op. cit.*, 189 s., che ricorda come anche sotto il codice precedente si riteneva dirimente l'approvazione dell'atto da parte del testatore, approvazione implicita nella sottoscrizione ed implicita pure nella dichiarazione di non sapere o non potere sottoscrivere quando tale dichiarazione è fatta dopo la lettura dell'atto.

(33) Sulla funzione delle forme del testamento, v., *amplius*, MARMOCCHI, *op. cit.*, 850-854.

(34) In questi esatti termini, MARMOCCHI, *op. cit.*, 922 e nt. 374.

(35) Così sempre MARMOCCHI, *op. cit.*, 922 e nt. 375.

(36) Sul punto, BRANCA, *op. cit.*, 117. In giurisprudenza, cfr. Cass. 5 novembre 1990 n. 10605, in *Arch. civ.*, 1991, 424, secondo cui è necessario che la causa dichiarata dell'impedimento di sottoscrivere esista in realtà, anche se il relativo accertamento compete al giudice di merito.

(37) Così, BRANCA, *op. cit.*, 118, che a conforto del suo assunto sottolinea come il testamento si chiuda con la sottoscrizione, che ne è l'ultimo segno per cui le due ore coincidono.

sottoscrizione avvenga con il proprio nome e cognome per non essere ammessi abbreviazioni, pseudonimi o geroglifici (art. 51, n. 10, e 60 l. not.) — mentre il testamento pubblico è nullo senza il cognome del disponente, venendo in tal caso meno la funzione dell'atto pubblico in termini di certa identificazione del dichiarante, altrettanto non può dirsi del (pre)nome in quanto tra quelli riportati in anagrafe il testatore ne può usare uno tra quelli attribuitigli a norma dell'art. 71 r.d. 9 luglio 1939 n. 1328 (anche se non è il primo) o può scrivere quello che normalmente usa o con il quale è normalmente conosciuto nel mondo degli interessi (38).

Sulla base di quanto sinora detto la sentenza in commento con un *iter* argomentativo chiaro ed esaustivo, pur nella sua sinteticità, si accredita per avere inteso salvaguardare la validità del testamento con il conseguente rispetto delle ultime volontà del disponente e per avere evidenziato che l'obbligo del notaio di menzionare, prima della lettura del testamento pubblico, la dichiarazione del testatore che si trovi in gravi difficoltà di firmare l'atto, sussiste solamente nella ipotesi che il testatore non sottoscriva il documento e non invece nel caso — come quello scrutinato dalla decisione annotata — in cui seppure con grave difficoltà egli apponga effettivamente la sua firma (39). E proprio su questa specifica tematica si è evidenziato che la vigente disciplina codicistica con il contemplare — a differenza della legislazione previgente — non solo i casi in cui il soggetto non può sottoscrivere ma anche quelli in cui può farlo ma con grave difficoltà, attesta una volontà del legislatore improntata a una maggiore duttilità nel sanzionare di nullità il testamento pubblico. E a ciò si perviene assegnando un maggior rilievo alla specificità delle situazioni in cui versa il testatore al momento della dichiarazione della causa impeditiva, e accreditando — in ragione della particolarità della fattispecie e dell'osservanza nella materia in esame del *favor testamenti* — l'applicazione di criteri soggettivi da decifrarsi a seguito di un'attività accertativa del giudice di merito (40).

4. *Grave difficoltà di sottoscrivere e capacità testamentaria.* — La sentenza in commento nell'escludere nella fattispecie sottoposta al suo esame l'impugnabilità ex art. 591 c.c. del testamento pubblico, fondata sul presupposto che il testatore fosse affetto da una risalente affezione degenerativa e irreversibile — quale la demenza senile — offre l'occasione per qualche considerazione anche in materia di capacità di disporre per testamento (41).

Come è stato precisato, per l'individuazione della gravità dell'evento impeditivo alla sottoscrizione ex art. 603, comma 3, c.c., bisogna fare riferimento esclusivamente a criteri di ordine soggettivo, includendovi anche gli stati emotivi e passionali, dovendosi invece escludere tra le cause impeditive quelle di ordine psichico in senso stretto, che possono invece assumere rilievo sotto il diverso profilo dell'impugnabilità dell'atto ai sensi dell'art. 591 c.c. (42). Dal tenore letterale della suddetta norma si evince come principio generale quello secondo cui chi ha la capacità di agire ha anche la capacità di disporre per testamento, risultando privi di detta capacità solo coloro che versano nelle condizioni di cui al comma 2 della norma in esame.

Da ciò consegue che gli inabilitati devono considerarsi capaci di testare ricavandosi ciò a contrario dall'art. 591 c.c. che, dopo avere stabilito che sono capaci per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci per legge (comma 1), e dopo avere enunciato l'incapacità di coloro che

(38) Così ancora BRANCA, *loc. cit.*; e, di recente, TRIOLA, *op. ult. cit.*, 183, secondo il quale tale conclusione è aderente all'istanza sociale, oggi più che mai sentita, di adeguare il diritto alla vita, istanza che nella soggetta materia si concreta soprattutto nell'esigenza di vedere rispettate le disposizioni di ultima volontà quando non ostino imprescindibili ostacoli di forma e di sostanza che valgono ad invalidare le disposizioni stesse.

(39) Analogamente a quanto statuito dalla decisione annotata mostrano in dottrina di ritenere che la formalità della dichiarazione e della menzione costituiscano un equipollente della sottoscrizione — proprio al fine di evitare che la mancanza di firma possa essere configurata come rifiuto di confermare il contenuto dell'atto — cfr. CICU, *Testamento cit.*, 69, cui *adde*, ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino 1957, 93, che parla al riguardo di « sostituzione di formalità ».

(40) Così, VIDIRI, *op. cit.*, 2172 cui *adde* — per quanto attiene alla prevalenza nella interpretazione della volontà del testatore dei canoni ermeneutici soggettivi contenuti negli art. 1362-1365 c.c. — BRANCA, *op. cit.*, 32 nt. 4 e 33.

(41) Sull'incapacità di disporre per testamento, v. per tutti, da ultimo, TRIOLA, *op. ult. cit.*, 61-75; SCOGNAMIGLIO C., *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato breve delle donazioni e successioni*, cit., I, 745-796; e, in precedenza, BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, cit., *Libro delle successioni*, cit., Art. 587-600, Bologna-Roma 1993, 168-179.

(42) Cfr., sul punto, CASERTA, *op. cit.*, 614.

non hanno raggiunto la maggiore età (43), menziona tra gli incapaci soltanto gli interdetti (comma 2, n. 2) e non gli inabilitati, che a differenza dei primi non sono incapaci di intendere e di volere, anche se la loro incapacità può essere ritenuta ai sensi dell'art. 591, n. 3, c.c. nel caso che venga provato che gli stessi si trovino per infermità o per altra qualsiasi ragione nell'incapacità di intendere di volere e, quindi, di avere coscienza della rilevanza e della portata delle proprie dichiarazioni di ultima volontà (44).

Un trattamento analogo a quello riservato all'inabilitato deve essere riconosciuto anche al minore emancipato (art. 390 e 84, comma 2, c.c.) perché se si volesse ritenere quest'ultimo incapace a testare ai sensi dell'art. 591, comma 2, n. 1, c.c., per non avere raggiunto la maggiore età si giungerebbe a una soluzione priva di qualsiasi coerenza logica e sistematica dal momento che è stato riservato sotto ogni altro versante all'inabilitato e all'emancipato lo stesso trattamento per quanto riguarda la capacità di agire (art. 424, comma 1, e 427, comma 3, con riferimento agli art. 392 ss. c.c.) (45). Né può trascurarsi la considerazione che una diversa interpretazione del dato normativo farebbe sorgere per la sua palese incongruenza riserve anche sul versante costituzionale del rispetto della « persona » del minore e dei suoi diritti (art. 3 e 37, comma ult., cost.), perché se si ritiene capace di testare anche colui che benché maggiore di età sia stato dichiarato inabile per la sua ridotta capacità, non sembra in alcun modo poi giustificato negare la stessa capacità all'emancipato che seppure minore ha dato prova della sua maturità psicofisica (art. 84, comma 4, c.c.), ha capacità a prestare lavoro essendo abilitato anche all'esercizio dei diritti e delle azioni scaturenti dal contratto stipulato (art. 2, comma 3, c.c.), e può sinanche essere autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale (art. 392 c.c.) (46).

(43) Si è detto che non valga chiedersi se il compimento del diciottesimo anno — allorché venga con la maggiore età acquisita la capacità di agire e con essa quella di fare testamento — debba essere accertato con la computazione naturale (con il fare riferimento al momento della nascita risultante dagli atti civili) o con quella civile (con il richiamarsi al disposto di cui all'art. 2963 c.c. in modo tale da non computare il *dies a quo*, da calcolare per intero i giorni e non le frazioni si da fare coincidere il compimento della maggiore età alla mezzanotte dell'ultimo giorno). Pur riscontrandosi un autorevole indirizzo favorevole alla prima soluzione in base alla considerazione che legislatore codicistico abbia con l'art. 2963 c.c. inteso adottare una regolamentazione valida solo in materia di prescrizione e non estensibile, quindi, agli altri casi (in tal senso, TRIOLA, *op. cit.*, 63; e, in precedenza, GANGI, *op. cit.*, 73), sembra da preferire la seconda soluzione sia perché è ormai convinzione generale che gli art. 2962 e 2963 c.c., benché riferiti letteralmente solo alla prescrizione forniscono — anche per quanto attiene al computo del tempo — delle regole di applicazione generale anche nell'ambito di altri istituti sostanziali e processuali (cfr. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Bologna 1998, 90 s., cui *adde*, per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ROSELLI, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina* a cura di RUPERTO, *Libro VI. Della tutela dei diritti*, III. Art. 2907-2969, Milano 2009, *sub art.* 2963, p. 2038 ss.) sia perché tale opzione presenta sul piano pratico il vantaggio di fornire un criterio oggettivo e non contestabile, evitando anche, come è stato osservato, possibili errori o imprecisioni scaturenti da imprecise dichiarazioni dei testimoni e delle parti sulla base delle quali l'ufficiale dello stato civile compila l'atto di nascita senza potere procedere ad un rigoroso accertamento (così BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 171; SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 752).

(44) Osserva testualmente BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 168, che « da una disposizione formulata in negativo si può dedurre, se letta in positivo, che possono fare testamento tutti coloro che purché non interdetti per infermità di mente, abbiano raggiunto la maggiore età e che non si trovino per una qualunque causa anche transitoria in stato di incapacità di intendere e di volere », aggiungendo anche che « il soggetto sia capace di agire non è sufficiente, visto che occorre che egli, oltre che legalmente, sia anche naturalmente capace ». In giurisprudenza, per la statuizione che anche l'inabilitato possa essere ritenuto incapace alla stregua del disposto dell'art. 591, n. 3, c.c., se si provi che sia stato per qualsiasi causa anche transitoria incapace di intendere e di volere, cfr. Cass. 18 gennaio 1969 n. 130; e Cass. 2 agosto 1966 n. 2152.

(45) Per tale opinione, cfr.: BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 170; e, più di recente, SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 755.

(46) In ogni caso è fatta salva la possibilità di provare che al momento della redazione dell'atto da parte dell'emancipato costui era incapace di intendere e di volere per qualsiasi causa. Cfr., al riguardo, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 170 s.; SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 758, che ricorda però come la regola generale della capacità di testare trovi un temperamento nell'art. 411, comma ult., c.c. che riserva al giudice tutelare il potere di estendere l'incapacità prevista dall'interdetto (art. 591, n. 2, c.c.) anche nei confronti del beneficiario di amministrazione di sostegno.

Anche chi usufruisce dell'amministrazione di sostegno non perde la capacità di disporre per testamento. Se è vero, infatti, che il suddetto istituto non si distingue rispetto all'inabilitazione o all'interdizione per il diverso, e meno intenso grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia — ma piuttosto per la maggiore idoneità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di tale soggetto per la sua flessibilità e per l'agilità e speditezza della procedura applicativa (47) — è altrettanto vero che, come più volte ribadito in giurisprudenza, la capacità di testare è regola generale mentre l'incapacità ne costituisce l'eccezione per cui è inibito all'interprete estendere analogicamente la tassatività dell'elencazione di cui all'art. 591 c.c. (48). Né sotto altro versante può trascurarsi la considerazione che con la l. 9 gennaio 2004 n. 6 si sia inteso salvaguardare gli interessi di soggetti deboli in ragione dello isolamento o dell'abbandono in cui versano per cui, opportunamente si è evidenziato come nell'espressione « menomazione psichica » debbano intendersi inclusi tutti i casi di disagio psichico di entità lieve tanto da doversi ritenere potenziali beneficiari di tale misura di protezione anche i depressi, gli insicuri, gli istrioni e i fanatici (49), ricordandosi anche che con la novellazione dell'art. 404 c.c. si è introdotta la previsione dell'infermità e della menomazione anche fisica, come causa di instaurazione di una specifica procedura volta alla tutela di soggetti che, seppure pienamente capaci di intendere e di volere, sono tuttavia isolati fisicamente (50).

Anche in questo ultimo caso, come per l'inabilitato e l'emancipato minorenni è possibile provare la mancanza al momento della redazione del testamento della capacità di intendere e di volere — configurabile però, come si vedrà, in termini diversi da quella di cui all'art. 428 c.c. — dovendosi individuare nell'incapacità naturale *ex art.* 591, comma 2, n. 3, c.c. un istituto che fornisce una soluzione unitaria applicabile a tutti quei soggetti, per i quali si necessitano per le particolari situazioni in cui versano forme di una particolare tutela volta a garantire loro una piena autonomia e una libertà volitiva nel momento della redazione del testamento, con cui intendono disporre dei propri beni *post mortem* (51).

Quanto ora detto sta, infine alla base pure di quelle statuizioni dei giudici di legittimità che hanno affermato: che l'incapacità legale derivante dalla sentenza di interdizione decorre soltanto dal giorno della sua pubblicazione (art. 421 c.c.), con la conseguenza dell'operatività, fino a tale momento, della generale presunzione di normale capacità dell'interdicendo e dell'irretroattività degli effetti della suddetta decisione (52); che il ricovero in manicomio — disposto ai sensi dell'abrogata normativa della l. 14 febbraio 1904 n. 36 — mentre non comporta *ex se* la perdita della capacità del ricoverato, richiedendosi a tal fine la nomina di un amministratore provvisorio, nemmeno determina una presunzione *iuris* di abituale malattia mentale (e così di incapacità) del ricoverato dopo la sua dimissione, restando al riguardo principio generale, appunto, quello della presunzione legale della piena capacità della persona e della necessità del procedimento d'interdi-

(47) Cfr.: Cass. 26 ottobre 2011 n. 22332, in *Guida al diritto*, 2011, n. 46, p. 66, con nota di FIORINI, *L'impiego di un istituto agile e flessibile garantisce maggiori vantaggi al beneficiario*; Cass. 1° marzo 2010 n. 4866, in *Giur. it.*, 2010, I, 2301, con nota di RUFO SPINA, *La residualità dell'interdizione e dell'inabilitazione*, che dall'assunto che la l. 9 aprile 2004 n. 6 ha configurato l'interdizione come istituto di carattere residuale, perseguendo l'obiettivo della minor limitazione possibile della capacità di agire, attraverso l'assunzione di provvedimenti di sostegno temporaneo o permanente, ne ha poi fatto discendere la necessità del giudice, prima di pronunciare l'interdizione, di valutare l'eventuale conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del destinatario, alla stregua della peculiare flessibilità del nuovo istituto, della maggiore agilità della relativa procedura applicativa, nonché della complessiva condizione psicofisica del soggetto e di tutte le circostanze caratterizzanti il caso di specie.

(48) Cfr. Cass. 5 novembre 1987 n. 8169, in *Arch. civ.*, 1988, 158; Cass. 11 agosto 1982 n. 4561.

(49) Cfr. ROMA, *L'amministratore di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 107.

(50) Così, SAN GIORGIO, *L'amministratore di sostegno (profili problematici e prospettive di riforma)*, questa *Rivista*, 2006, n. 12, suppl., 12, cui si rinvia anche per riferimenti dottrinari e giurisprudenziali sulle diverse problematiche scaturenti dall'applicazione della l. n. 6, cit.

(51) BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 169, scorge nell'incapacità naturale un minimo comune denominatore o la *ratio* di una soluzione legislativa unitaria caratterizzata da unità di effetti.

(52) Cfr. Cass. 31 marzo 2011 n. 7477; Cass. 30 luglio 1983 n. 5248, in questa *Rivista*, 1984, I, 173.

zione o di inabilitazione per la determinazione dell'incidenza della malattia sulla sua capacità di agire (53).

Pur permanendo, come visto sino alla pubblicazione della sentenza di interdizione, la capacità di testare si è osservato che se viene nominato nel corso del giudizio un tutore provvisorio ai sensi dell'art. 419, comma ult., c.c. e se poi tale nomina venga seguita dalla sentenza di interdizione, deve trovare applicazione l'art. 427, comma 2, c.c., che sanziona con l'annullabilità gli atti compiuti dell'interdicendo dopo la nomina del tutore provvisorio qualora alla nomina segua la suddetta sentenza. La regola generale della capacità di testare e il chiaro tenore del disposto dell'art. 591, comma 2, c.c. che fa derivare la incapacità unicamente dalla sentenza di interdizione e non dalla apertura del procedimento inducono però a diversa conclusione anche in considerazione della prevalenza che a quest'ultima disposizione deve riconoscersi — in ragione della sua natura di norma speciale per riguardare il solo testamento — sul disposto dell'art. 427 c.c. applicabile invece a tutti i restanti atti, che per la loro diversa natura, non giustificano un uguale trattamento sia in termini di effetti che di impugnabilità (54).

Per concludere sul punto, va affermato che, ai sensi dell'art. 431, comma 2, c.c. gli atti compiuti dopo la pubblicazione della sentenza di revoca non possono essere impugnati se non quando la revoca è esclusa con sentenza passata in giudicato; il che importa che detti atti possono essere impugnati solo quando la revoca sia stata esclusa con sentenza non più suscettibile di gravame. Normativa questa che ha portato a delineare, sulla base di una doverosa coerenza logico-sistematica, una disciplina sostanzialmente corrispondente della incidenza delle sentenze di interdizione e di revoca sulla capacità di testare perché « tanto l'una quanto l'altra, in sostanza, producono i propri effetti dal giorno della pubblicazione, con la possibilità di vederli caducati, in caso di riforma attraverso sentenza che a sua volta passi in giudicato » (55).

5. *Testamento e incapacità naturale ex art. 591, n. 3, c.c.* — Si è di recente ricordato che, diversamente dal codice del 1865 nel quale la regolamentazione dell'incapacità naturale era limitata al testamento (art. 763, n. 3, c.c.) e alla donazione (art. 1065 c.c.), nel codice vigente con riferimento a siffatta incapacità è stata introdotta una disciplina di carattere generale; si è poi aggiunto che con il disposto dell'art. 428 c.c. si sono abbandonate le tradizionali concezioni rigidamente volontaristiche del negozio giuridico perché tenendo presente realisticamente l'ambito entro il quale gli atti sono destinati a produrre i loro effetti si è statuito che un negozio giuridico, anche se compiuto da un incapace di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto, può essere valido qualora non ricorra un grave pregiudizio per l'autore (nella ipotesi di atto unilaterale) o non si riscontri la malafede dell'altro contraente (che risulti dal pregiudizio dell'incapace, dalla qualità del contratto o altrimenti), e ciò al fine di tutelare l'affidamento incolpevole di quanti vedono i propri interessi coinvolti dagli effetti degli atti contrattuali (56). Il mutamento della normativa ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a diversamente valutare il rapporto tra il disposto dell'art. 591, n. 3, c.c. e quello dell'art. 428 c.c. e ad assumere posizioni non sempre coincidenti, anche in relazione alle ragioni che le sorreggono, in relazione ai presupposti incidenti sulla validità del testamento, e in ordine ai mezzi con cui può darsi la prova dell'incapacità naturale del testatore nonché con riferimento alla ripartizione del relativo onere accertativo.

Così, dopo un approfondito e completo studio su tali temi, si è ribadita la tesi da molti condivisa secondo cui l'incapacità naturale del disponente, che ai sensi dell'art. 591 c.c. determina l'invalidità del testamento, richiede che il testatore nel momento in cui redige il testamento versi in una situazione di alterazione dello stato psicofisico tale da renderlo assolutamente privo del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, tanto da versare così in una condizione soggettiva analoga a quella che, unitamente al requisito dell'abitudine, legittima la pronuncia della interdizione (57).

(53) Così Cass.: 29 luglio 1981 n. 4856.

(54) *Contra*: VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da BONILINI, II, Milano 2009, 106, che fa riferimento al disposto dell'art. 427 c.c. e al sistema più elastico introdotto che consente al giudice nel corso del procedimento di limitare la capacità di testare dell'interdicendo, anticipando gli effetti della sentenza definitiva; nonché SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 754.

(55) In questi precisi termini, SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 754 s.; e BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 172.

(56) Al riguardo, cfr., *amplius*, SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 759-770.

(57) Cfr., in dottrina: SCOGNAMIGLIO C., *op. cit.*, 766-769 e nt. 80 e 81, che ricorda come si sia nella giurisprudenza di merito ritenuto che il testamento del monomaniaco sia annullabile solo

Sulla premessa che in materia di negozio testamentario non può configurarsi una nozione unitaria della incapacità naturale si è però, con un *iter* argomentativo distinto, patrocinato l'indirizzo secondo cui l'incapacità ex art. 591, n. 3, c.c. deve concepirsi non come vera e propria incapacità ma piuttosto come una situazione di insufficienza o invalidità della volontà manifestata, in concreto, nel testamento (58); e nella stessa direzione si è accreditata una specifica figura di incapacità naturale, che si traduce in perturbazioni psichiche capaci di privare il soggetto dell'attitudine al giudicare, da intendersi in termini essenzialmente relativi, e come tali mutevoli a seconda del singolo atto posto in essere (59); e infine si è precisato sempre in materia testamentaria che l'incapacità di intendere e di volere costituisce in ogni caso una sorte di vizio della volontà, fattore determinante di un'alterazione della medesima, nel suo processo formativo e dunque di una sua « insufficienza » e « validità » (60).

Come in precedenza accennato l'art. 591, n. 3, c.p.c. deve considerarsi speciale con riguardo all'art. 428, comma 1, c.c., il che ha portato ad affermare che ciò esclude che si possano estendere per l'applicazione della prima di tali disposizioni limitazioni dettate con riferimento alla seconda, sicché per quanto riguarda il testamento non è richiesta né è configurabile la condizione obiettiva del grave pregiudizio per l'incapace espressamente prevista dall'art. 428, comma 1, c.c. per l'impugnativa dell'atto unilaterale (61).

Su tale specificità non possono nutrirsi dubbi se si osserva: che il testamento per la sua peculiare funzione deve rispondere al requisito di un'assoluta spontaneità della formulazione del volere; che nel testamento vige il criterio della prevalenza della volontà sulla dichiarazione; che — per quanto attiene infine al problema dell'interpretazione — il criterio direttivo è quello di un'interpretazione individuale e non tipica, soggettiva e non oggettiva, e informata alla ricerca della reale *mens* del testatore, indipendente dall'espressione usata e con il solo limite di una compatibilità logica tra il contenuto della dichiarazione e l'interno volere (62).

6. *Ambito di operatività dell'art. 591, n. 3, c.c. e prova dell'incapacità naturale del testatore.* —

È stato affermato testualmente che per la peculiarità della funzione che lo distingue, l'atto di ultima volontà deve essere « il risultato della spontanea e personale determinazione dei motivi nell'animo del disponente » per cui assumono rilievo anche forme attenuate dei vizi del volere (come, ad esempio, la captazione) (63).

allorquando sia possibile provare che il testatore era stato al momento di dettare le disposizioni sotto il dominio completo della propria idea fissa, che ne ha determinato l'atto si da privarlo totalmente della capacità di giudicare la portata dell'atto da compiere; MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*, in *Riv. not.*, 2006, II, 564; GANGI, *op. cit.*, 81 ss., per il quale l'incapacità di cui al n. 3 dell'art. 591 c.c. deriva dallo stato di incapacità di intendere e di volere per infermità di mente o per altra ragione per cui la sola differenza con l'incapacità dell'interdetto si pone sul versante probatorio perché mentre per quest'ultimo l'infermità mentale non deve essere provata perché scaturente dallo stato di interdizione la incapacità invece del non interdetto e nello stesso tempo l'infermità mentale da cui essa scaturisce vanno provate non risultando accertate legalmente; in giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass. 27 ottobre 2008 n. 25845, in *Giur. it.*, 2009, I, 1929, con nota di RUFO SPINA, *Il testamento olografo tra autografia ed effettiva volontà del testatore: due speculari pronunce della Cassazione*; Cass. 30 gennaio 2003 n. 1444; Cass. 24 ottobre 1998 n. 10571, in *Riv. not.*, 1999, II, 1034, con nota di LEO, *Incapacità naturale e attività naturale*.

(58) Così, CICU, *Il testamento*, Milano 1942, 189 ss.

(59) Cfr. PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contratto impresa*, 1987, 769.

(60) Così, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 175, per la quale non ha senso perciò distinguere sotto il profilo dell'invalidità dell'atto (e dunque anche del testamento) tra uno *status* di incapacità, che dovrebbe dar luogo all'interdizione e un'incapacità invece assimilabile a un « vizio della volontà » della quale dovrebbe costituire espressione (con particolare riguardo al testamento) il n. 3 della norma in oggetto, nell'ambito della quale possono pertanto trovare collocazione il testamento del monomaniaco o *ab irato* o altrimenti compiuto da soggetto in preda di quei tali stati emotivi o passionali rilevanti; casi anche questi in cui ci si trova in presenza di un soggetto in stato di incapacità.

(61) Sul punto, TRIOLA, *Il testamento*, cit., 69.

(62) Così, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano 1954, 180.

(63) Così, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 134, che a conferma della spontaneità della volontà del testatore rileva come sia nullo anche l'atto, sia pure non viziato nella determinazione volitiva, ma compiuto in esecuzione di un accordo nonché il contratto con il quale eventualmente un soggetto si obblighi a fare o non fare, ovvero a revocare o non revocare il testamento.

È noto che il codice vigente ha abbandonato sia la teoria della volontà — che dà rilievo all'interno volere della parte negoziale — sia quella opposta della dichiarazione in ragione della quale è sufficiente per la validità del negozio la sola dichiarazione, e ha invece seguito la teoria dell'affidamento per cui, nel caso in cui la dichiarazione diverga dalla volontà o non sia formulata in maniera corretta e chiara, dovrà trovare tutela l'affidamento del terzo, sempre che questi prenda in considerazione il significato della altrui dichiarazione quale « appare », atteso che l'ordinamento gli impone un onere di diligenza al fine di non fraintenderne il significato e la portata (64).

Le considerazioni svolte e la logica incompatibilità tra spontaneità e piena e libera autonomia del testatore — da riconoscersi nel doveroso rispetto della sua persona di cui gli atti di ultima volontà sono significativa espressione — e l'esigenza di tutelare in via preferenziale la posizione del terzo si pongono a fondamento dell'assunto, di comune condivisione, secondo il quale la teoria dell'affidamento non vale per gli atti di ultima volontà (65), dovendo trovare applicazione rigida e piena la teoria della volontà tanto da escluderne un ridimensionamento anche attraverso il principio della responsabilità (o autoresponsabilità) che, pur in assenza di volontà, determina un'assunzione di obblighi allorché la divergenza con la dichiarazione si appalesi intenzionale o imputabile a colpa (66).

In tale contesto al disposto dell'art. 591, n. 3, c.c. — avente ad oggetto l'incapacità, anche in via transitoria, di intendere e di volere nel momento in cui si redige testamento — può assegnarsi un ruolo di norma di chiusura idonea ad includere tutti quei casi, che — non trovando la propria regolamentazione nei vizi di volontà ex art. 624 c.c. o nel disposto dell'art. 626 c.c. — risultano nella realtà fattuale espressione di una incapacità parziale o determinano nel testatore uno squilibrio o appannamento delle sue facoltà mentali originato, ad esempio, da ubriachezza, da incontrollati e gravi stati d'ira, o ancora da stati emotivi o passionali capaci di incidere in senso condizionante sulla determinazione volitiva (67), tanto che, come si è rimarcato, il testatore pure in assenza dei presupposti richiesti per una sentenza di interdizione o di inabilitazione può egualmente trovarsi in condizione di non rendersi conto di ciò che sta facendo, del perché lo sta facendo e delle conseguenze che quel suo *facere* è destinato a provocare (68).

(64) Così, FALZEA A., *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 682 ss., 695; e ancora, per una sostanziale condivisione, GIORGIANNI, *Volontà (diritto privato)*, ivi, XLVI, Milano 1993, 1077, secondo il quale infatti assume prevalenza la volontà interna allorché l'« affidamento » non può funzionare a causa del mancato adempimento dell'onere di diligenza incombente sul terzo.

(65) In dottrina, cfr., per tutti, TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* a cura di ANELLI e GRANELLI, Milano 2009, 408, cui *adde*, sempre per l'assunto che non si debba in materia tenere in alcun conto degli affidamenti di terzi, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2000, 491 s., che rileva al riguardo come per l'errore del testatore di cui all'art. 624 c.c. non sia richiesta la riconoscibilità ex art. 1428 c.c. in quanto la rilevanza in concreto del vizio di volontà va verificata con esclusivo riguardo al testatore, essendo superfluo ogni accertamento in ordine ai terzi (chiunque essi siano).

(66) Sintomatico al fine di provare il passaggio tra il codice del 1865 — volto a privilegiare la volontà della parte negoziale sulla dichiarazione — e quello vigente — che tutela invece maggiormente l'affidamento dei terzi, seppure alle condizioni normativamente prefissate — è la disciplina sull'errore, quale vizio della volontà, in relazione al quale la giurisprudenza e la giurisprudenza prevalentemente avevano in precedenza elaborato il concetto di scusabilità come limite alla sua rilevanza, mentre il vigente codice, con l'ammissione del requisito della riconoscibilità ex art. 1431 c.c. ha inteso assegnare nel quadro della disciplina del negozio un diverso ruolo all'elemento soggettivo privilegiando su di esso, come detto, l'affidamento del terzo in ragione delle esigenze di mercato e della circolazione dei beni che impongono di garantire la buona fede di quanti a fronte di errori che rimangono occulti. In argomento, cfr., per tutti, BARCELLONA, *Errore (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 275 ss.

(67) Ricorda BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 175, nt. 8, come in giurisprudenza sia stato reputato uno stato emotivo non rilevante, per determinare la invalidità del testamento, la paura di volare in quanto « la suggestione provocata dal pericolo di un disastro in un viaggio in aereo, se è valido motivo per la redazione di un testamento, poi non modificato al rientro in sede, non ne determina la inefficacia a causa di una alterata situazione psichica del *de cuius* all'atto della sua redazione » (così, Trib. Viterbo 14 aprile 1987, in *Giur. merito*, 1988, 7767, con nota di AZZARITI, *Inefficacia e revoca di testamento*).

(68) Così, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 175, che sembra finire per riconoscere un'estesa portata applicativa al disposto dell'art. 591, n. 3, c.c., segnatamente allorché definisce l'incapacità naturale « sempre uno *status*, un modo di essere del soggetto: abituale o, invece, transitorio,

In ogni caso deve però essere ricercata la volontà testamentaria, cioè la volontà espressa nel testamento, e non la volontà del testatore, cioè la volontà che si ritenga corrispondere alle vere intenzioni, anche non espresse dal testatore (69), e la sua interpretazione dovrà tendere ad acclararne la spontaneità, genuinità e definitività (anche se relativa) dal momento che solo una volontà libera e non condizionata in sede di redazione della scheda testamentaria rende valido il testamento e spiega — a fronte di atti personalissimi destinati ad assumere piena efficacia dopo la morte del disponente — la preferenza da assegnarsi alla successione testamentaria su quella legittima in base a un equo bilanciamento tra l'interesse alla tutela della libertà negoziale del testatore e quello volto al rispetto dei valori sottesi alla successione legittima. Tutto ciò — unitamente alla già indicata definitività del testamento — induce a condividere l'indirizzo dottrinario e giurisprudenziale secondo il quale la prova della infermità di mente o di tutte le restanti e molteplici cause limitative della capacità di intendere e di volere del testatore (70) possa essere fornita con tutti mezzi (71), facendosi ricorso quindi anche alla consulenza per accertare le condizioni mentali del testatore come avvenuto nella fattispecie oggetto della sentenza annotata, e ricorrendo, se del caso, pure alle prove atipiche, dovendosi le residue riserve sull'ammissibilità delle stesse in sede di giudizio civile misurarsi ora con il principio costituzionalizzato del giusto processo, che osta all'esclusione di strumenti di indagine volti all'accertamento della realtà fattuale in una materia, come quella scrutinata, ove sono in gioco valori primari dell'uomo e per di più di difficile esplorazione per riguardare atti volitivi e *status* mentali (72).

GUIDO VIDIRI

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. I — 20 febbraio 2012 n. 2400 — Pres. Carnevale — Est. Rordorf — P.M. Del Core (concl. conf.) — Consorzio ortofrutticolo Bassa Valsugana s.c.a.r.l. (avv. Giurato, Roat) c. S. e a. (avv. Zema, Zoller).
(Conferma App. Trento 24 luglio 2010 n. 240).

temporaneo o intermittente; irreversibile o reversibile; più o meno intenso » e allorché aggiunge anche che l'incapacità di intendere e di volere costituisce in ogni caso una sorta di vizio della volontà, fattore determinante di una alterazione della medesima nel suo processo formativo e dunque di una sua « insufficienza » e « invalidità ».

(69) Così, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2004, 434, che precisa anche come gli elementi interpretativi della volontà possano essere ricercati anche *alimunde*, cioè al di fuori del testamento, anche se il ricorso a tali elementi è consentito solo per capire il contenuto di una volontà già espressa, seppure poco chiaramente, nel testamento. In termini simili, per tutti, IEVA, *op. cit.*, 118.

(70) È stato affermato — con il conforto della giurisprudenza di legittimità — che un esempio di manifestazione morbosa che dà luogo a una fattispecie di incapacità naturale intermittente è dato dalla demenza arteriosclerotica, mentre è stata esclusa l'incapacità di testare di una persona affetta da diabete e insufficienza renale non trattandosi di vera malattia mentale, ammessa invece nel caso di un soggetto riconosciuto, dopo la redazione del testamento, affetto da idiotismo congenito (in tali termini, MUSOLINO, *op. cit.*, 565 e 556, nt. 21, avente ad oggetto i corrispondenti richiami giurisprudenziali).

(71) Per l'assunto di comune condivisione che la prova della incapacità di testare può essere fornita con qualsiasi mezzo consentito nel nostro ordinamento, v., per tutti, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 175 s., la quale evidenzia anche che nel caso in cui il giudice di merito abbia raggiunto un sufficiente convincimento sulla base delle prove fornite dalla parte interessata circa lo stato di capacità del testatore e di ciò abbia fornito adeguata motivazione, non è consentito denunziare come omesso esame di un punto decisivo della controversia, la mancata ammissione di ulteriori mezzi di prova in quanto superflui ai fini della decisione.

(72) Sull'utilizzabilità di prove atipiche nel processo civile, cfr., *amplius*, VIDIRI, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo del lavoro rinnovato*, in questa *Rivista*, 2010, II, 159, che osserva come l'opinione favorevole alla loro assunzione trovi ora un ulteriore supporto normativo rappresentato dai commi 1 e 2 dell'art. 111 cost., per risultare le suddette prove in molte controversie utili per l'accertamento della verità materiale e per la riduzione degli attuali tempi del processo, condizione quest'ultima di certo necessaria per rendere il processo anche « giusto ».