

Testamento della persona «vulnerabile», principio di conservazione e ragionevolezza

SOMMARIO: 1. Interpretazione del testamento e ragionevolezza delle disposizioni. – 2. Un nuovo aspetto della problematica: il testamento della persona «vulnerabile». – 3. Un caso recente. – 4. *Favor testamenti* e volontà del disponente. – 5. L'insidia delle blandizie. – 6. Un principio da ripensare. – 7. Vulnerabilità della persona e strumenti di tutela. – 8. Inadeguatezza delle norme e margini di creatività del giudice.

The essay moves from some considerations made by Pietro Rescigno in the book “Interpretazione del testamento” (Interpretation of the will) and highlights their usefulness in order to overcome the case-law that deems the very old and senile, and thus vulnerable, testator’s “deception” necessary in order to nullify the handwritten will. The principle of preservation of the document, in fact, does not have to lead to consider a will, that does not represent the effective intention of the de cuius, who suffered the undue influence, to be valid.

1. Interpretazione del testamento e ragionevolezza delle disposizioni.

Nel volume dedicato all’*Interpretazione del testamento*, pubblicato da Jovene nel 1952, il ventiquattrenne Pietro Rescigno, libero docente di diritto privato, si sofferma sulla «ricerca del carattere ragionevole e della normalità» compiuta dalla dottrina del testamento per diversi scopi, tra cui quello di formulare «un giudizio su i presupposti dell’atto e la validità della dichiarazione»¹.

¹ P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 143 s.

Al riguardo lo studioso cita una sentenza della Corte di cassazione secondo cui «la struttura del testamento, quanto alla normalità e coerenza delle sue disposizioni ed alla serietà e ragionevolezza dei sentimenti umani e delle finalità economiche ispiratrici di esse, ben può fornire al giudice elementi di giudizio circa la capacità o non del testatore»².

Nelle pagine seguenti, approfondendo la problematica, Rescigno aggiunge che «il distacco, nel testamento olografo, fra momento della predisposizione della regola e momento dell'efficacia, e l'inesistenza di testimoni così della volontà come delle consuetudini individuali del linguaggio tolgono fondamento di sicurezza, e quindi di verità, all'asserita coincidenza normale del voluto col dichiarato»³. Precisa quindi che il parametro della ragionevolezza «diviene un criterio plausibile solo se riferito al contenuto obiettivo della disposizione (...) prima di procedere all'applicazione eventuale delle norme a tutela della famiglia»⁴, e che il suddetto criterio deve comunque confrontarsi con la «libertà del testatore di disporre in modo capriccioso o bizzarro»⁵.

Ammettere la validità del testamento nonostante il carattere stravagante o frivolo della disposizione, eventualmente in pregiudizio delle aspettative dei familiari, non significa tuttavia rinunciare ad un giudizio sulla capacità del testatore. Se quindi l'indagine sul carattere ragionevole della disposizione non può da sola servire a desumere l'incapacità del testatore che ha disposto in modo «futile o frivolo», non si può comunque prescindere da una verifica della capacità del disponente, non influenzata da una fuorviante concezione del *favor testamenti* e del principio di conservazione⁶, posto che il suddetto principio «deve essere applicato con coerenza rispetto alla definizione del negozio come atto di regolamento degli interessi»⁷.

2. Un nuovo aspetto della problematica: il testamento della persona «vulnerabile».

Le riflessioni di Pietro Rescigno riguardanti la capacità del testatore ed i criteri per accertarla (anche) alla luce del contenuto della scheda testamentaria, non potevano avere ad oggetto un aspetto della problematica che si è manifestato in anni recenti, quello del testatore molto anziano non (del tutto) incapace di intendere e di volere ma, a causa di malattie senili, facilmente influenzabile ad opera degli estranei (o del parente che di lui si occupa) con i

² Cass., 17 febbraio 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II, p. 76 con nota di A. Lobino.

³ RESCIGNO, *op. cit.*, 145.

⁴ RESCIGNO, *op. cit.*, 145.

⁵ RESCIGNO, *op. cit.*, 146.

⁶ Cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 153, il quale ricorda che «è stata in passato ritenuta espressione del *favor* la disciplina meno rigorosa dei vizi dell'atto, dettata per il testamento».

⁷ Così RESCIGNO, *op. cit.*, 155 s.

quali sovente trascorre la parte finale della sua esistenza. Esse risultano tuttavia preziose per affrontare la questione in modo corretto – soprattutto per quanto concerne il significato da attribuire al principio di conservazione nella materia in esame, principio che non «deve tradursi nell'esasperato impegno a 'salvare' in ogni caso il testamento in contestazione»⁸.

Infatti, in queste ipotesi appare necessario un accurato esame del processo formativo del volere che, sussistendo elementi idonei ad escludere la «spontaneità» della decisione e soprattutto a dimostrare la mancanza di una volontà effettiva, dovrebbe condurre a non attribuire alcuna rilevanza al principio di conservazione, il quale presuppone ovviamente un vero e proprio atto di disposizione negoziale quale «bene» da tutelare.

La diffusione del fenomeno ha condotto la dottrina ad interrogarsi sulla adeguatezza del testamento olografo nell'era in cui viviamo⁹, nonché sull'efficacia da attribuire a testamenti «suggeriti»¹⁰, scritti da persone «vulnerabili»¹¹.

L'attenzione degli studiosi per una problematica che indubbiamente presenta importanti elementi di novità – e che per tale motivo ha suscitato un ampio dibattito e proposte di riforme legislative in altri paesi – non trova riscontro nella giurisprudenza, perveramente attaccata ad un *favor testamenti* che non può trovare fondamento in alcuna delle tradizionali giustificazioni e che finisce per consentire situazioni di prevaricazione e di abuso.

In particolare, per quanto riguarda gli orientamenti della Corte di cassazione, appare insoddisfacente, rispetto alle moderne caratteristiche della problematica, il pigro riferimento a massime consolidate nel tempo – ma, come si vedrà, ormai inadeguate – secondo cui blandizie e suggerimenti non sono mai sufficienti per determinare l'annullabilità del testamento, richiedendosi a tal fine l'esistenza di veri e propri «raggiri». Parimenti insoddisfacente risulta l'argomentazione secondo cui il giudice di legittimità non può ritornare ad esaminare il fatto, quando in realtà si avverte piuttosto l'esigenza (alla luce delle peculiarità della fattispecie) di una diversa *regula iuris*.

Di conseguenza, ciò che – nell'inerzia del legislatore – si chiede alla Corte di cassazione non è un riesame della situazione di fatto, ovviamente inammissibile, quanto la formulazione di un nuovo principio di diritto che – come in termini generali suggerito da Pietro Rescigno nella sua opera giovanile – tenga conto, tra l'altro, del reale significato del testamento quale atto di autonomia, della necessità di un richiamo più equilibrato del principio di conservazione, della erronea rappresentazione della realtà da parte del testatore nonché della «irragionevolezza delle disposizioni» che, in concorso con altri elementi, può servire «come prova dell'incapacità del testatore» e quindi «condurre direttamente all'invalidità dell'atto»¹².

⁸ Sono parole di P. RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, in *Vita not.*, 1987, 17.

⁹ S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 992 ss.

¹⁰ M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 562 ss.

¹¹ M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 362 ss.

¹² RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 204.

3. Un caso recente.

Alla luce delle brevi considerazioni svolte può essere presa in esame una recente decisione della Corte suprema che continua ad ignorare le nuove caratteristiche della problematica e si pone acriticamente nel solco dell'orientamento tradizionale¹³.

La controversia oggetto di giudizio si presenta ormai di frequente: una persona molto anziana, in pessimo stato fisico e mentale, viene avvicinata negli ultimi giorni della sua vita da un parente (un cugino) che la induce a fare testamento a suo favore.

Nella fattispecie in esame, invero, le condizioni del testatore, in preda tra l'altro a confusione mentale e irascibilità, tali da imporre il ricorso a misure di contenzione, appaiono particolarmente gravi, così da renderlo facilmente suggestionabile. Risulta altresì che il testatore, non vedente, aveva avuto bisogno di sostegno fisico (da parte del cugino) per redigere il testamento e che aveva utilizzato un linguaggio preciso anche dal punto di vista giuridico, certamente a lui sconosciuto.

Sembra un caso di scuola, sottoposto agli studenti di una facoltà giuridica per spiegare il rimedio dell'annullabilità del testamento *ex art. 591, 2° comma, n. 3 e art. 624 c.c.*, ma nei due gradi del merito la domanda di annullamento viene respinta e la Corte di cassazione conferma la sentenza della Corte d'appello che – ad avviso dei giudici di legittimità – aveva correttamente disatteso la prospettazione dell'attore, il quale aveva fornito «elementi indiziari», considerati insufficienti «mancando la prova del mezzo fraudolento». La motivazione della sentenza non presenta tratti di originalità; si richiamano massime ben note e risalenti, per arrivare alla conclusione che la Corte di cassazione non può procedere ad un nuovo giudizio di fatto e, in particolare, che il ricorrente non può pretendere «l'approvazione di una linea interpretativa dei fatti di causa alternativa rispetto a quella fatta propria dal giudice, così perdendosi del tutto il senso del sindacato di legittimità».

Come si vedrà, ad avviso di chi scrive, nella fattispecie in esame, sostenere che il ricorrente abbia chiesto un nuovo giudizio sul fatto, non è del tutto corretto e sembra quasi un modo per decidere rapidamente una delle (troppe) cause che arrivano in piazza Cavour.

Peraltro, invita a riflettere l'affermazione di uno dei migliori giudici della Corte suprema, secondo cui «innumerevoli sono le situazioni nelle quali può accadere che il giudice di legittimità slitti, più o meno consapevolmente, in una zona grigia nella quale è disagevole distinguere nettamente i profili di fatto da quelli propriamente di diritto»¹⁴.

¹³ Cass., 11 aprile 2017, n. 9309.

¹⁴ Cfr. R. RORDORF, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI, Bari, 2011, 4 (citato anche da L. LISERRE, *Riflessioni sulla genesi storica del divieto di accesso al «fatto» in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1270).

L'esperienza professionale testimonia che le «zone grigie» si presentano di frequente e spesso accade che gli avvocati dei controricorrenti si limitino più o meno fondatamente ad eccipire il tentativo del ricorrente di chiedere un riesame del fatto, indicando alla Corte suprema la strada per pervenire ad un'agevole decisione e per formulare una rapida – grazie anche al generoso ausilio del computer – motivazione (spesso meramente apparente). La suddetta affermazione secondo cui, nella fase di legittimità, anche consapevolmente, si può «slittare» in una zona grigia tra fatto e diritto conferma l'aspirazione ad una sentenza che tenga effettivamente conto degli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico.

D'altra parte, come hanno osservato alcuni dei maggiori teorici del processo logico che conduce alla sentenza, la riflessione del giudice (anche di legittimità) impone un «vagare» tra fatto e norma¹⁵, poiché soltanto questo esame dialettico consente di rendere una decisione giusta e non soltanto una sentenza che rispetti formalmente i caratteri della «giustizia»¹⁶. Si precisa altresì che «se il giudice valuta in modo errato le caratteristiche della fattispecie (...) significa che ha applicato la norma in modo errato. Tale errore, dunque non può essere accettato come semplice errore di fatto inaccessibile al giudice della Cassazione (...) esso rappresenta un errore di diritto ed il giudice della Cassazione può, poi, verificare se un concetto, non propriamente giuridico, ma del traffico tecnico e sociale, è stato applicato in modo erroneo»¹⁷.

4. Favor testamenti e volontà del disponente.

Il caso esposto conferma la fondatezza delle preoccupazioni manifestate in dottrina con riferimento al testamento olografo redatto da persone molto anziane e in precarie condizioni di salute fisica e mentale, così da risultare facilmente suggestionabili e influenzabili da parte di terzi, e in definitiva non in grado di decidere autonomamente circa il destino dei propri beni¹⁸.

¹⁵ Cfr. K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*², 1960, 14; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. a cura di S. PATTI e G. ZACCARIA, Napoli, 1983, 75. In argomento v. anche S. PATTI, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2017, 33 ss.

¹⁶ ESSER, *op. cit.*, 50 ss.

¹⁷ ESSER, *op. cit.*, 56.

¹⁸ Cfr. soprattutto G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 277, il quale già venti anni or sono metteva in luce che «il testamento è un particolare negozio che suole essere redatto in età tarda, o quantomeno redatto per l'ultima volta in età tarda»... «oggi la vita media si è molto allungata, ma non sempre, purtroppo, garantendo la conservazione sino all'ultimo della capacità di intendere e di volere». Ma v. anche J. P. SCHMIDT, *Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa*, in *RebelsZ* 76 (2012), 1022 ss., il quale avverte che i testamenti olografi vengono spesso redatti da persone molto anziane, la cui «capacità di prestazione intellettuale» è sensibilmente danneggiata. In argomento, v. anche l'approfondito studio di G. CHRISTANDL, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft*, Tübingen, 2016, 7 ss.

Il tradizionale *favor testamenti*, che ha ispirato molte delle norme del codice civile e ha guidato i tradizionali orientamenti della giurisprudenza in materia di incapacità del testatore e di captazione¹⁹, appare nelle fattispecie sopra descritte del tutto ingiustificato, poiché in realtà non si ravvisa una (effettiva) volontà del testatore da rispettare e da attuare, essendo la dichiarazione la conseguenza della situazione di debolezza in cui versa la persona che ha passivamente seguito il dettato di chi la ha indotta a testare a suo favore senza alcuna necessità di far ricorso a quei «veri e propri mezzi fraudolenti» di cui la giurisprudenza richiede la prova.

Ci sembra pertanto non corretto ribadire – come fa la sentenza in esame – la tralatizia massima secondo cui «il rispetto assoluto della volontà del testatore impone, al fine di poter affermare che una disposizione testamentaria sia affetta da dolo, non essere (*sic*) sufficiente dimostrare una qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore, occorrendo la provata presenza di veri e propri mezzi fraudolenti i quali – 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»²⁰.

Invero, alla luce delle descritte condizioni di salute – fisica e mentale – la conclusione avrebbe dovuto essere nel senso che nelle fattispecie descritte non è possibile rinvenire alcuna reale volontà da rispettare, non essendo necessari veri e propri atti fraudolenti per indirizzare la volontà del testatore (in sostanza incapace di intendere e di volere). Si noti che nel caso in esame il *de cuius*, verosimilmente, senza l'intervento del cugino non avrebbe neanche pensato di redigere un testamento.

5. L'insidia delle blandizie.

L'errore del Collegio, che ha ripetuto acriticamente le antiche massime, consiste a mio avviso nel non avere considerato che per «guidare» la formazione della volontà di una persona molto anziana e mentalmente «debole», nel senso sopra indicato, non è necessario un vero e proprio raggiri, essendo di regola sufficienti meri «suggerimenti»²¹. Infatti, mentre nel

¹⁹ Per una valutazione critica del suddetto principio, anche alla luce della «ragionevolezza», v. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 2 ss., 203 s.

²⁰ Nel senso che per la configurazione del vizio del volere sono insufficienti blandizie o suggerimenti, richiedendosi veri e propri raggiri, v. tra le altre Cass., 28 maggio 2008, n. 14011, in *Foro it.*, 2009, I, c. 480. Avverte invece che il testatore potrebbe risultare più facile vittima di altrui suggestioni a causa di anormali condizioni di salute o di spirito, Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Giur. it.*, 2002, p. 730, ove si conferma la sentenza di merito che aveva annullato il testamento di un facoltoso testatore, affetto da ciclotimia, a favore di una giovanissima modella, redatto su un foglio di block-notes in una camera d'albergo.

²¹ In argomento v. GIROLAMI, op. cit., 562 ss.

caso di una persona che si trova in «normali» condizioni fisiche e mentali i suggerimenti o le blandizie possono contribuire alla formazione della volontà ma non incidere su un processo decisionale comunque autonomo e consapevole, nel caso della persona molto anziana e «vulnerabile»²², spesso limitatamente capace di intendere e di volere a causa di grave demenza senile o di altre malattie degenerative, per impedire una corretta e autonoma formazione della volontà sono sufficienti proprio le blandizie e i suggerimenti a cui la giurisprudenza si ostina a negare rilevanza. Anche nelle fattispecie descritte, pur non sussistendo una (totale) incapacità della persona e non ravvisandosi un vero e proprio raggirio, la volontà è viziata o, per meglio dire, non si ravvisa una reale volontà testamentaria, espressione di un'autonoma decisione, da tutelare e realizzare. L'antico orientamento deve essere quindi rivisto, in un certo senso capovolto, dovendosi affermare il principio di diritto secondo cui, in una situazione di debolezza psichica e volitiva, il vizio del volere o la mancanza del volere si configura anche al ricorrere di «blandizie» o di «suggerimenti», se già questi sono sufficienti a determinare e guidare la dichiarazione della persona, sostanzialmente priva di autonoma volontà. D'altra parte, la normativa di tutela non serve a sanzionare il raggirio o i mezzi fraudolenti ma ad evitare che la destinazione dei beni della persona non sia il frutto di un'autonoma decisione, di un vero e proprio atto di volontà. Se quest'ultimo manca, sia pure come conseguenza di un'attività meno invadente del raggirio, non c'è alcuna ragione per considerare valido un testamento che non rappresenta l'espressione di una consapevole decisione della persona, sfavorendo i familiari chiamati a succedere in base alla legge.

L'antica massima può quindi giustificarsi soltanto nei casi in cui, in base alle circostanze, può desumersi che, pur ascoltando i suggerimenti e tenendo conto delle «blandizie», il testatore ha deciso autonomamente. La complessa realtà della persona molto anziana nel nuovo millennio impone di non ritenere la formazione della volontà come un processo sempre identico, viziata in presenza di veri e propri atti fraudolenti ed integra nel caso di «meri» suggerimenti o blandizie. Così come per fare cadere una persona molto anziana e debole non è necessaria una spinta particolarmente forte, allo stesso modo per incidere su una sua dichiarazione di volontà può essere sufficiente un'attività che risulterebbe non adeguata nei confronti di una persona giovane e sana²³.

6. Un principio da ripensare.

Alla luce di quanto esposto, risulta evidente che nel caso in esame il testamento olografo avrebbe dovuto essere annullato e che si impone un mutamento di indirizzo della

²² Cfr. CINQUE, *op. cit.*, p. 362 ss.

²³ Osserva esattamente CINQUE, *op. cit.*, 375 che il *deceptor* non ha motivo di porre in essere un raggirio quando il *deceptus* è così vulnerabile da scrivere quanto da altri desiderato a seguito di semplici lusinghe, richieste e bugie.

Corte suprema, la quale – senza ovviamente svolgere un (inammissibile) nuovo giudizio di fatto – dovrebbe ripensare il principio di diritto sopra ricordato, valorizzando in primo luogo l'aspetto relativo alle condizioni di salute e all'età del testatore nonché la «ragionevolezza» delle disposizioni²⁴, e cassare le sentenze di merito che di esse non tengono conto e non motivano adeguatamente poiché non attribuiscono la dovuta rilevanza ad un fatto decisivo.

Inoltre, ad avviso di chi scrive, la Corte suprema non dovrebbe soffermarsi soltanto sulla presenza di «raggiri» idonei a configurare un inganno, poiché il dolo o la captazione non è l'unica causa che deve condurre alla affermazione della invalidità del testamento olografo per ragioni attinenti alla volontà del testatore. A ben vedere, occorre distinguere due fattispecie, poiché la fattispecie del dolo presuppone la possibilità che si formi una volontà del soggetto (capace) pur se tale formazione del volere risulti viziata per l'incidenza svolta dal raggio. Invece, le persone che si trovano nelle condizioni sopra descritte non esprimono in genere una reale volontà testamentaria degna di essere presa in considerazione, agendo in pratica quali meri e passivi esecutori di ciò che viene indicato dal soggetto interessato. Appare allora sindacabile il mancato ricorso (*ex art. 2729 c.c.*) ad una presunzione di assenza di effettiva (e libera) dichiarazione di volontà, presunzione che consente di pervenire alla conclusione secondo cui il *de cuius* non avrebbe redatto il testamento o quel testamento senza l'intervento del terzo, cosicché il documento non contiene alcuna dichiarazione di volontà.

7. Vulnerabilità della persona e strumenti di tutela.

La gravità della questione relativa alla «vulnerabilità» della persona anziana, come detto, si è accentuata negli ultimi anni a seguito del significativo prolungamento della vita umana, ma il problema della scelta tra il rispetto di una volontà «dubbia», e in misura maggiore o minore certamente viziata, e il ricorso ad una disciplina dettata dalla legge in favore dei parenti più prossimi ha sempre accompagnato la riflessione sul testamento, come conferma il libro sulla *Interpretazione* di Pietro Rescigno.

Al riguardo non sarebbe utile ricordare le contrapposte tesi circa la preminenza o meno della successione legittima su quella testamentaria, al fine di tutelare le «ragioni della famiglia», mentre occorre insistere sulla necessità di riscontrare una effettiva volontà del testatore di tutelare e garantire la spontaneità del volere. Senza di ciò il testamento perde

²⁴ Avverte che la «stravaganza» delle disposizioni, accompagnata da elementi ulteriori e diversi, può essere di per sé utilizzata come elemento di prova dell'incapacità del testatore, A. M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura di S. PAGLIANTINI, A. M. BENEDETTI, Napoli, 2013, 82 ss.

il significato che storicamente gli è stato attribuito, non rappresentando in alcun modo espressione dell'autonomia negoziale della persona.

Delle preoccupazioni sopra brevemente esposte hanno tenuto conto altri ordinamenti giuridici che, prendendo atto della debolezza decisionale e dell'affievolimento della «consapevolezza affettiva» del testatore molto anziano, hanno introdotto nuovi strumenti di tutela.

Il punto di partenza è quello indicato nelle pagine precedenti: il prolungamento della vita umana è purtroppo caratterizzato da una considerevole diffusione di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano spesso menomazioni psichiche e variegata forme di capacità «ridotta» e di debolezza decisionale. Indagini statistiche dimostrano peraltro che la consapevolezza delle maggiori aspettative di vita induce spesso a redigere il testamento (o un nuovo testamento) in età molto avanzata²⁵.

I rimedi prospettati in dottrina sono vari, andando dalla proposta di estendere il «controllo contenutistico» al testamento olografo²⁶ a quella di limitare o precludere l'utilizzazione del testamento olografo alla persona in età avanzata o priva della pienezza delle capacità intellettive²⁷.

Altre proposte, provenienti da tempo soprattutto dall'ambiente giuridico tedesco, riguardano la limitazione del testamento olografo ai patrimoni di valore esiguo, in modo da evitare che le difficoltà sopra esaminate possano incidere su patrimoni complessi o di grande rilevanza economica, il cui destino mette spesso in gioco gli interessi di numerose persone²⁸; oppure un maggiore ricorso al contratto testamentario (*Erbvertrag*) stipulato tra genitori e figli, al fine di impedire che un testamento redatto dal genitore, che si trovi nella situazione sopra descritta, costringa i figli ad intraprendere complessi processi per dimostrare che la persona non era capace nel momento in cui aveva redatto il testamento per loro sfavorevole²⁹.

Una riforma alquanto semplice, attenta alla fragilità ed alla diminuita capacità delle persone in età molto avanzata, potrebbe consistere nella introduzione di un limite d'età per redigere un testamento olografo³⁰. Il ricorso al testamento pubblico, pur non essendo

²⁵ Sul problema v. S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 259 ss.; M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell' «ageing testator»*, nota a Cass., 25 marzo 2011, n. 6978, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 1030 ss.

²⁶ Cfr. G. OTTE, *Privatautonomie in Erbrecht*, in *ErbR*, 2009, 2 ss.

²⁷ G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 586.

²⁸ In argomento v. B. GÖRGENS, *Überlegungen zur Weiterentwicklung des § 2247 BGB (Eigenhändiges Testament)*, in *JR*, 1979, 357 ss.

²⁹ Cfr. R. KANZLEITER, *Erbvertrag*, in *Staudinger's Kommentar zum BGB*, Buch 5, *Erbrecht*, Berlin, 2006, 153 s. e, nella nostra dottrina, M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 201 ss.

³⁰ Non certo comunque quello dei settant'anni: in argomento considera esattamente tale proposta «provocatoria»,

richiesto al notaio un esame vero e proprio della capacità, già in base ad una «indagine» della volontà del disponente prevista dalla legge notarile (art. 47, 2° comma), eviterebbe situazioni di abuso della debolezza della persona molto anziana analoghe a quella presa in esame nella sentenza sopra criticata. Da tempo si discute, infine, sulla introduzione di una presunzione di incapacità della persona molto anziana che da un lato, se «ancora perfettamente *compos sui*, ha il diritto di conservare intatte tutte le prerogative di espressione dell'uomo adulto»³¹, dall'altro rischia molto frequentemente – a causa della inevitabile riduzione della propria capacità fisica e intellettuale – di diventare vittima dell'altrui volere. L'introduzione della suddetta presunzione – a ben vedere – non comporterebbe «uno svilimento ingiustificato della maturità raggiunta»³² né inciderebbe sulla possibilità concessa alla persona di redigere un testamento olografo ma soltanto riguarderebbe l'aspetto probatorio, ponendo a carico del beneficiario l'onere di dimostrare la capacità del *de cuius* nel momento di redazione della scheda testamentaria³³.

8. Inadeguatezza delle norme e margini di creatività del giudice.

In definitiva, occorre prendere atto che la disciplina del codice civile – nella lettura offerta dalla giurisprudenza – in materia di (annullamento del) testamento olografo non appare del tutto idonea rispetto alle attuali problematiche legate all'età molto avanzata e alla frequente «solitudine» della persona anziana. In particolare, ci sembra criticabile e sempre più inadeguata la scelta di fondo del codice civile in materia di dolo testamentario, sostanzialmente disciplinato secondo il modello delle norme dettate per i contratti.

In un periodo storico caratterizzato da numerosi interventi «creativi» del giudice, utili per adeguare norme non rispondenti alle moderne esigenze, può apparire sorprendente la «fedeltà» della giurisprudenza ad una visione tradizionale della libertà e delle volontà testamentaria che non tiene conto di problematiche sconosciute al momento della redazione del codice civile³⁴.

Per favorire un superamento del tradizionale orientamento, ad opera di una giurisprudenza attenta alla tutela della personalità e ormai sensibile alle esperienze di altri ordinamenti giuridici, sarebbe sufficiente riflettere sulla *doctrine* delle *undue influence*,

CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, cit., 369 s.

³¹ COSÌ, GIROLAMI, *op. cit.*, 562 s.

³² È questa la preoccupazione di GIROLAMI, *op. loc. cit.*

³³ S. PAGLIANTINI, *sub artt. 624, 625*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Delle successioni*, II, Torino, 2010, 497 ss. Dello stesso autore, anche per l'esame di alcuni interessanti casi giurisprudenziali, v. inoltre *Violenza morale e captazione del testamento (note sull'art. 624 c.c.)*, in *Familia*, 2008, 37 ss.

³⁴ In argomento per ulteriori considerazioni si rinvia a PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 992 ss.

che mira a tutelare il soggetto, vittima dell'indebita influenza, pur quando non ricorrono comportamenti dolosi o aggressivi tali da determinare un «costringimento». Sufficiente per l'annullamento del testamento dovrebbe quindi considerarsi una «influenza», esercitata al fine di trarre vantaggi, tale da incidere sulla formazione della volontà di una persona non in grado di compiere un'autonoma valutazione e quindi di decidere liberamente³⁵.

In tal modo, pur rispettando l'antico insegnamento secondo cui il testamento è il «re-gno dell'arbitrio»³⁶, si eviterebbe che il testamento della persona molto anziana diventi lo strumento dell'arbitrio di terzi, che approfittano della «debolezza» del testatore più o meno «privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi»³⁷. Come è stato osservato, occorre tutelare, finché possibile, in attuazione dell'intento del *de cuius* l'effetto della dichiarazione, ma eliminare l'atto «senza perplessità...ove non sia più l'espressione di un libero e spontaneo volere. Non vi è altra esigenza da tutelare, ed una conservazione del negozio al di fuori di quelle condizioni non avrebbe quindi giustificazione»³⁸. In tal senso, il richiamo al parametro della ragionevolezza, ricorrente nelle pagine di Rescigno, mentre al tempo della loro stesura era pressoché ignoto alla dottrina italiana, appare certamente utile per una equilibrata soluzione delle fattispecie in esame.

³⁵ In argomento v. PATTI, *op. ult. cit.*, 1009 s.

³⁶ A. TRABUCCHI, *Libertà testamentaria, captazione e raggiri determinanti*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 503; e già RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 146.

³⁷ Così Cass., 11 giugno 2009, n. 16630, in *Riv. not.*, 2010, II, 499.

³⁸ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà* (Milano, 1954), rist. Napoli, 2010, 192 s.

