JUS CIVILE

CHIARA SARTORIS

Assegnista di Diritto privato – Università degli Studi di Firenze

CIRCONVENZIONE DI INCAPACE PER TESTAMENTO: QUALE INVALIDITÀ?

SOMMARIO: *1. Reato di circonvenzione di incapace e testamento: il problema rimediale. – 2. Norma penale e negozio: un rapporto dibattuto. – 2.1. Il difficile inquadramento delle conseguenze civilistiche del reato di circonvenzione di incapace. – 3. Il testatore incapace alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali. – 4. Reato e testamento: spunti di riflessione.*

1. – Non vi è dubbio che il soggetto incapace meriti particolare protezione non solo in sede contrattuale, ma anche in occasione della redazione del testamento. Meno chiaro, tuttavia, è il rimedio invocabile nel caso in cui i soggetti interessati riescano a dimostrare che il testamento sia stato redatto da incapace vittima del reato di circonvenzione (art. 643 c.p.). Il riferimento è ai casi, spesso assurti agli onori delle cronache per la loro particolare riprovevolezza, in cui persone incapaci, solitamente anziane, cadono vittime di una condotta induttiva diretta a far compiere un atto produttivo di effetti giuridici dannosi. Il fatto tipico, invero, si concretizza mediante l'abuso della condizione di vulnerabilità del soggetto passivo, funzionale al conseguimento di un profitto a favore dello stesso autore del reato o di terzi (reato di dolo) [1].

Come si anticipava, se certa è la possibilità che la fattispecie incriminatrice in esame possa intrecciarsi con la vicenda successoria di un soggetto incapace, meno chiare sono le conseguenze civilistiche del suo accertamento. La difficoltà di individuare il rimedio invocabile nasce non solo dalla scarna disciplina codicistica in tema di invalidità testamentaria, ma anche dall'assenza di orientamenti interpretativi univoci. Il problema è poi ulteriormente aggravato dalla pluralità di soluzioni elaborate da dottrina e giurisprudenza anche rispetto alla diversa, ma affine, questione del contratto frutto del reato di circonvenzione di incapace [2]. Ben-

[1] Per uno studio sugli elementi costitutivi del reato di circonvenzione di incapace si rinvia ad autorevoli contributi penalistici: B. CASSINELLI, *La circonvenzione di persone incapaci*, Milano, 1956; G.D. PISAPIA, voce *Circonvenzione di persone incapaci,* in *Nuoviss. Dig. it.*, III, 1959, 258 ss.; M. SINISCALCO, voce, *Circonvenzione di persone incapaci,* in *Enc. dir.*, II, Milano, 1960; G. SABATINI, *Problemi in tema di circonvenzione di incapaci,* in *Giust. pen.*, 1960, III, 490 ss.; C. CERTO, *La circonvenzione di persone incapaci*, Palermo, 1962; A. BONIFACIO, *Alcune considerazioni in tema di circonvenzione d'incapaci,* in *Arch. Pen.*, 1965, I, 583 ss.; M. RONCO, *Circonvenzione di persone incapaci,* in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 1988, 3 ss.; A. TENCATI, *Alcune riflessioni sul delitto di circonvenzione di persona incapace,* in *Riv. pen.*, 1988, 431 ss.; G. MARINI, voce *Incapaci (circonvenzione di)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1992, VI, 310 ss.; M.L. FERRANTE, *La circonvenzione di persone incapaci*, Milano, 1999; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. 2, *I delitti contro il patrimonio*, V ed., Bologna 2007, 208 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, III ed., Padova, 2009, 219 ss.

[2] Per una prima ricostruzione del dibattito: R. MOSCHELLA, *La rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*, in *Foro it.*, 1980, c. 2861 ss.; V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, in *Corr. giur.*, 1995, 217 ss.; E. RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1980, 943 ss.; A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione,* in *Contr.*, 2004, 11, 997 ss.; V. TOMARCHIO, *Nota in tema di circonvenzione di inca-*

ché il tema delle conseguenze civilistiche di un illecito penale negli anni sia stato maggiormente vagliato proprio nella materia contrattuale – con la elaborazione del noto criterio discretivo tra reato-contratto e reato-in contratto [3] – numerosi sono ancora i dubbi interpretativi che riguardano lo specifico rapporto tra contratto e reato di circonvenzione di incapace. Quest'ultimo, invero, per la particolare gravità della condotta e l'importanza del bene giuridico tutelato, sembra mettere in crisi, come si vedrà, proprio l'operatività del predetto criterio discretivo. Se, per un verso, il disvalore, appuntandosi sul comportamento precedente alla stipulazione del contratto, sembra determinare una ipotesi di annullabilità; per altro verso, non manca chi invoca la nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1, cod. civ. per violazione della norma (imperativa) che incrimina la circonvenzione di incapace, stante la particolare rilevanza del bene giuridico tutelato. Tali incertezze interpretative, come è evidente, si ripercuotono in ambito testamentario sollevando problemi ancor più delicati in considerazione degli interessi coinvolti: la tutela della irripetibile volontà del *de cuius* richiede, infatti, di essere contemperata con i diritti dei successori.

Una corretta indagine del tema, dunque, non può prescindere né dalle specificità proprie dell'*atto mortis causa* rispetto al contratto, né dalle differenze in punto di regime di invalidità. Nel tentativo di offrire una chiave di lettura coerente, merita ricostruire, preliminarmente, il dibattuto rapporto tra norma penale e negozio, alla luce dei concetti di norma imperativa e di nullità virtuale.

2. – L'apparente distanza concettuale tra diritto civile e diritto penale sembra assottigliarsi e trovare un punto di contatto ogniqualvolta ci si interroghi sul trattamento da riservare al contratto contrario a una norma penale. Ben può accadere, infatti, che l'esercizio della libertà negoziale non sia conforme alla norma incriminatrice e tanto si ripercuote non solo sulla rilevanza penale della condotta, ma anche sulla validità del contratto. Ebbene, comprendere i rapporti tra norma penale e negozio significa andare al cuore di una delle questioni interpretative più complesse della disciplina codicistica: la definizione del concetto di norma imperativa e il suo legame con il contratto, o meglio, con la nullità virtuale [4]. Significa, in definitiva, interrogarsi sull'inquieto rapporto tra regole di validità/regole di comportamento e sulle conseguenze della loro violazione.

Non vi è dubbio che la norma penale sia dotata del carattere della imperatività non solo perché diretta a perseguire interessi di natura pubblicistica, ma anche per via del disvalore particolarmente rilevante delle condotte illecite. Ne dovrebbe conseguire, a rigore, che la violazione della norma penale posta in essere nell'esercizio dell'autonomia privata importi la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. Una nullità virtuale, dunque, in quanto la norma (imperativa) penale, di regola, non offre alcuna soluzione al

---

pace, in *Giur. it.*, 2004, 12, 2290 ss.; V. TOMASELLI, *Circonvenzione dell'incapace e sorte del contratto,* in *Questioni di diritto di famiglia,* 2010, 4, 78 ss.; I. RIVA, *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione di incapace,* in *Giur. it*., 2017, 1, 39 ss.

[3] Storicamente, la distinzione si deve agli studi di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, II, 234 ss. Successivamente essa è stata ripresa e sviluppata da G.D. PISAPIA, *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato,* in *Studi di diritto penale*, Pavia, 1956, 350 ss.; F. VASSALLI, voce *Accordo (diritto penale),* in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 302 ss. In tempi più recenti si vedano in particolare: I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 997 ss.; PEDICINI, voce *Contratto e reato*, in *Dig. civ*., Torino, 2007, 374 ss.

[4] Osserva autorevolmente G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Milano, 2005, 16 ss., spec. nt. n. 5 che il problema della nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa è tra i più complessi e, anzi, tale complessità si aggrava proprio in caso di contrarietà del contratto alla norma penale perché quest'ultima «non vieta di regola l'atto in quanto tale ma quale oggetto od effetto di un comportamento riprovato, sicché di per sé la contrarietà a norma penale non suppone di necessità la invalidità dell'atto».

problema della sorte del contratto frutto del reato. Merita soffermarsi subito su tale aspetto. Nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. è contenuta una clausola di chiusura del sistema, funzionale a escludere la produzione di effetti giuridici da parte di contratti contrastanti con una norma imperativa, in mancanza di una diversa previsione sanzionatoria [5]. Sicché, in base alla definizione in negativo prospettata dal legislatore, una nullità virtuale non si configura ogniqualvolta la norma imperativa preveda espressamente la nullità del contratto (nullità testuale *ex* art. 1418, comma 3, cod. civ.) ovvero l'illiceità investa la causa, l'oggetto, il motivo comune determinante o la condizione (nullità strutturale *ex* art. 1418, comma 2, cod. civ.); ovvero, ancora, disponga una conseguenza rimediale del tutto diversa (*"(...) salvo che la legge non preveda diversamente"*), come accade, ad esempio, nelle ipotesi di annullabilità o di rescissione.

Dall'analisi dell'art. 1418 cod. civ. è possibile, dunque, inferire un principio di non tassatività delle cause di nullità del contratto – differentemente dalle cause (tassative) di annullabilità – da cui discende un significativo spazio valutativo per l'interprete; al quale compete la individuazione del rimedio più adeguato a garantire una tutela effettiva contro la violazione di norme imperative. Ne consegue, come è stato attentamente osservato in dottrina, che la nullità non rappresenta l'esito naturale della contrarietà a norma imperativa, bensì è un esito solo possibile da valutare alla luce delle caratteristiche del caso concreto.

Ciò premesso, è noto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'effettivo ambito di operatività della nullità virtuale [6]. Ci si limita a ricordare che, in mancanza di una definizione legislativa, all'interprete compete, innanzitutto, stabilire quando una norma sia imperativa. Tale è tradizionalmente considerata la norma inderogabile, cioè quella posta a tutela di un interesse pubblico [7]. Tuttavia, è oggi pacifico che il carattere im-

---

[5] Tanto appare coerente con l'origine storica dell'istituto, che può essere fatta risalire alla costituzione *"Lex non dubium"* di Teodosio II del 439 d.C., la quale era diretta a impedire l'aggiramento del divieto di amministrare beni altrui attraverso la stipulazione di accordi simulati da parte dei *curiales.* Sicché, ogni patto contrario doveva considerarsi "*inutilis*" anche in mancanza di espressa previsione, rendendo così "*perfectae*" tutte le leggi. Si segnava, in questo modo, l'affermazione di un sistema di invalidità che non necessitava della testuale previsione della invalidità medesima. In seguito, tuttavia, il codice civile del 1865, differentemente dal codice odierno, non riconosceva autonomo rilievo alla nullità virtuale, contemplandola unicamente come ipotesi di illiceità della causa, secondo la previsione dell'art. 1119: «l'obbligazione (…) fondata su una causa illecita non ha alcun effetto», intendendosi, per causa illecita, la causa contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 1122. Cfr. G. BAVIERA, *Leges imperfectae, minus quam perfectae et perfectae,* in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909, 204 ss.; A. MASI, *Il negozio utile o inutile in diritto romano,* in *Riv. it. scienz. giur.*, 1959, 62, 83 ss.; ID., voce *Nullità (storia),* in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 864 ss.; S. DI PAOLA, *Contributi a una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 94 ss.; F. SERRAO, voce *Legge (diritto romano),* in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 836 ss.

[6] Numerosi e autorevoli sono gli studi sul tema. *Ex multis*: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 447 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; U. BRECCIA, *Il contratto illecito,* in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, detto da M. Bessone, Torino, 1999, 117 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, 1510 ss.; M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo,* in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV (Rimedi – 1), a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 155 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto,* in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista, A. Plaia, Milano, 2011, 301 ss.; G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale,* in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 817 ss.; G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede,* in *Contr. e impr.*, 2012, 6, 1415 ss.

[7] Costante è l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale «la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato»; e ancora, in mancanza di espressa previsione della nullità «occorre controllare la "natura della disposizione violata" (…), e tale controllo si risolve nell'indagine sullo "scopo della legge" e in particolare sulla "natura della tutela apprestata", se cioè di interesse pubblico o privato». Così Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1914 ss.; Cass., 27 novembre 1975, in 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309 ss.; Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1172 ss., con nota di M. COSTANZA, *Sulla invalidità del contratto per violazione di norma imperativa*; Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 283 ss., con nota di MINEO, *Assegnazione in proprietà – Contratti stipulati in base a provvedimento di individuazione illegittimo;* Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in Contr., 2002, 28 ss., con nota di E. GIRINO, *Contratti di "swap": forma, autonomia, nullità e responsabilità*. In dottrina v.: R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative, in Legislazione economica*

perativo si giustifichi non già perché sinonimo di inderogabilità (secondo l'equazione norma imperativa = norma inderogabile = norma contenente un comando o un divieto che tutela un interesse di carattere generale), come pure per lungo tempo è stato sostenuto [8]; ma proprio perché la nullità in esame discende dallo stesso disposto dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., come conferma la considerazione che di nullità si può discorrere anche in conseguenza della violazione di norme imperative nelle ipotesi di nullità testuali o di nullità strutturali. Così come, di contro, vi sono norme «*sicuramente inderogabili, che tuttavia non possono definirsi imperative*» [9], come la norma sulla buona fede in sede di trattative, la cui violazione, difatti, non implica il sorgere di una nullità. Sicché, la risposta alla domanda di cosa sia una norma imperativa non può essere basata sulla predetta equazione, né sulla distinzione tra interessi generali e interessi particolari, considerata la difficoltà di scorgere un netto *discrimen* tra tali concetti [10]. A ben vedere, è, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse tutelato ciò che caratterizza le norme imperative: la qualificazione di una norma in questi termini dipende, infatti, da specifici elementi di indisponibilità desumibili dalla stessa disciplina positiva [11].

(1978-1979), a cura di Visintini-Vassalli, Milano, 1981; G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 447 ss.; M. Mantovani, *Divieti legislativi e nullità del contratto,* in *Nuova giur. civ*., 1987, II, 72 ss.; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative,* cit.; L. Ferroni, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998; A. Di Amato, *Note introduttive sul rapporto tra contratto e reato,* in *Rass. dir. civ.*, 2002, 120 ss.; F. D'Arcangelo, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale,* in *Obbl. e contr*., 2007, 533 ss.; G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Milano, 2021, 471 ss. È comunque il caso di ricordare che, negli ultimi tempi la distinzione tra norme poste a tutela di interessi pubblici e norme poste a tutela di interessi privati è sempre meno nitida alla luce della legislazione speciale, dove frequente è il ricorso a norme che presidiano anche interessi individuali propri del contraente tutelato con la previsione rimediale della nullità. A riguardo, illustri studi hanno chiarito che tali nullità speciali rimangono pur sempre finalizzate alla tutela di interessi generali, solo che, rispetto alla nullità codicistica, gli interessi generali vengono perseguiti attraverso la valorizzazione di interessi particolari e seriali facenti capo a soggetti e/o singoli gruppi specifici. Come è stato autorevolmente affermato, «il rilievo latamente pubblico» degli interessi tutelati dall'ordinamento «non ne esclude la riferibilità al singolo, nella misura in cui di questo si tutelino fondamentali attributi di libertà» (così G. Passagnoli, Nullità speciali, Milano, 1995, 169-170). Cfr. A. Bonfilo, V. Mariconda, *L'azione di nullità, in I contratti in generale. Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, IV, a cura di G. Alpa e M. Bessone, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale Bigiavi,* Torino, 1991, 470: «anche l'interesse individuale di uno solo dei soggetti del negozio possa giustificare la sanzione della nullità, allorché attinga rilevanza pubblicistica la salvaguardia di un determinato equilibrio contrattuale»; V. Scalisi, *Contratto e regolamento di interessi nel piano d'azione delle nullità di protezione,* in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.; S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; Id., *Nullità di protezione e interesse pubblico,* in *Rass. dir. civ*., 2009, 1029 ss.; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; A. Gentili, *La nullità di protezione,* in *Eur. dir. priv*., 2011, 90 ss. il quale descrive la nullità di protezione come «la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono tra loro l'interesse del privato e l'interesse generale»;

[8] Cfr. R. Tommasini, voce *Nullità (diritto privato),* in *Enc. dir*., XVIII, Milano, 1978, 908 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 382 ss.; C.M. Bianca, *Il contatto, Diritto civile*, 3, Milano, 2000, 618 ss.

[9] Così A. Di Majo, *La nullità,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, 83.

[10] In questo ordine di idee: L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico,* in *Diritti e valori*, Bologna, 1985, 302 ss.; G. Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1994, 159 ss. Per un approfondimento sul superamento della impostazione tradizionale v.: G. Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 127 ss., il quale, nell'evidenziare le criticità dell'opinione tradizionale, osserva: «Il sistema positivo depone in tutt'altro senso, poiché non consente di ritener fondata l'equazione tra inderogabilità delle norme ed interesse pubblico e, con essa, l'idea che a siffatto interesse vorrebbe unitariamente ridurre norme imperative ed ordine pubblico. (…) Ciò già permette di osservare che l'inderogabilità della norma, di per sé, non costituisce indice di un interesse sempre omogeneo, e quindi non esclude affatto un differenziato atteggiarsi delle tutele»; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative,* cit., 87 ss.; A. Gentili, *Le invalidità*, cit., 1512 ss.

[11] Sul punto si vedano le autorevoli riflessioni di A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; Id., *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto,* cit., 301 ss., il quale reputa "anacronistico" continuare a prospettare una ricostruzione della nullità «come strumento volto esclusivamente a impedire che l'esercizio dell'autonomia contrattuale si svolga in contrasto con l'interesse generale». Basti considerare la diffusione di nullità anche in funzione di protezione di interessi particolari che sono sottratti al potere di disposizione del titolare. Secondo l'A. invero «l'elemento che ac-

Questa conclusione, d'altra parte, trova oggi il suo principale argomento nella crescente diffusione di norme imperative riconducibili al c.d. ordine pubblico di protezione, la cui inderogabilità ha carattere meramente unidirezionale. Trattasi, infatti, di norme poste a protezione dell'interesse di uno solo dei contraenti, reputato dal legislatore meritevole di particolare tutela in ragione della sua posizione economico-sociale. Tanto significa che il concetto di imperatività ben può essere relativizzato quando è appaiato con la tutela di interessi individuali o seriali [12]. Ebbene, anche l'interesse presidiato da una nullità di protezione, per quanto particolare, è sottratto al potere di disposizione del titolare.

La giurisprudenza, inoltre, ha sostenuto a lungo la necessità che la norma imperativa a cui fa riferimento l'art. 1418, comma 1, cod. civ. sia inerente a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè che si tratti di norma di validità in quanto attinente alla struttura del contratto; da contrapporre alla norma di condotta che impone doveri di comportamento relativi alla fase precontrattuale o contrattuale, la cui violazione importa, invece, responsabilità per i danni arrecati. È la nota teoria della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, che – pur suscitando talune perplessità [13] – costituisce tutt'oggi un riferimento indispensabile per la comprensione dei rapporti tra contratto e reato. Merita ricordare che l'impostazione testé descritta, per il suo rigore, non ha trovato piano accoglimento nelle Sezioni Unite, le quali, con la nota pronuncia del 2007, hanno rilevato il rischio di una eccessiva compressione dell'area della nullità virtuale e di una sua sostanziale coincidenza con l'area della nullità strutturale. Secondo i giudici, nella nozione di "elementi intrinseci" al contratto rientrano non solo gli elementi di struttura, ma anche di contenuto. Sicché, la nullità virtua-

---

comuna tutte le norme che determinano la nullità del contratto, ivi comprese quelle imperative» non è ravvisabile «nella natura dell'interesse protetto, ma nelle modalità con le quali questo è tutelato dall'ordinamento», ossia sottraendolo alla disponibilità dei contraenti. In questa prospettiva «solo la tutela di un interesse indisponibile, ancorché individuale, è in grado di giustificare una limitazione dell'autonomia privata, non spiegandosi altrimenti perché il soggetto titolare dell'interesse tutelato non possa validamente disporne». In coerenza con queste premesse, l'A. osserva che «l'imperatività non può ritenersi fondata su elementi che preesistono alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione delle conseguenze previste in caso di violazione». D'altra parte, la nullità è rimedio che non solo nega valore vincolante al regolamento pattuito dai contraenti, ma è caratterizzato, altresì, da una disciplina del contratto nullo sottratta al potere di disposizione delle parti, anche di quella a protezione della quale sia eventualmente posta.

[12] Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173 ss.: «la antitesi pubblico-privato non è idonea a dar conto tanto della delimitazione esterna della nullità rispetto all'annullabilità, quanto, nell'ambito della disciplina dell'atto nullo, della pluralità di trattamenti cui quest'ultimo soggiace e che appaiono irriducibili ad una concezione unitaria del primo termine (l'interesse pubblico) di quella dialettica»; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo),* in *Contr.*, 2003, 2, 201 ss.

[13] Parte della dottrina ha rilevato come tale principio sembra essere messo in crisi tanto dalla valorizzazione giurisprudenziale della clausola di buona fede, come la vicenda della caparra confirmatoria dimostra; quanto dalla proliferazione di nullità in funzione protettiva comminate in occasione della violazione di obblighi legali. Si pensi alle numerose disposizioni che prescrivono ai contraenti specifiche dichiarazioni o precisi adempimenti preliminari o, addirittura, determinate modalità esecutive del rapporto contrattuale elevandoli al rango di requisiti di validità del contratto con una funzione chiaramente deterrente-sanzionatoria per il contraente gravato dall'adempimento e di protezione per la controparte (cfr. art. 67 *septesdecies*, comma 4, cod. cons., art. 46 d.P.R. n. 380/2001, art. 2 d.lgs. n. 122/2005). In particolare, le stesse Sezioni Unite prendono atto della tendenza evolutiva, supportata da numerose disposizioni, al superamento della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento per effetto di «un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto». Ma, sempre ad avviso dei medesimi giudici, tale tendenza non sarebbe sufficiente a dimostrare l'avvenuto sradicamento di tale principio («(...) un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione»). Tanto più se si considera il carattere frammentario e non sistematico della legislazione di settore, che è tale da rendere difficoltosa la deduzione dal medesimo di nuovi principi di valore generale. In tema: G. VETTORI, *Asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità,* in *Riv. dir. priv.*, 2003, 249 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito,* in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Il regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 452 ss.; G. BENEDETTI, *La rescissione,* in *Trattato Bessone,* XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2007, 48 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf,* cit., 538 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo,* Milano, 2011, 391 ss.; F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf,* in *Contr.*, 2017, 77 ss.; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, 501 ss.

le opererebbe, altresì, nel caso in cui l'assetto di interessi complessivo determinato dalle parti sia in contrasto con norma imperativa [14].

Alla luce di quanto esposto, emerge come il rimedio della nullità, in caso di violazione di norma imperativa, richieda una valutazione complessa da parte dell'interprete, basata sull'incrocio non di uno, ma di una pluralità di criteri da saggiare alla luce delle caratteristiche del singolo regolamento contrattuale, di maniera tale che l'esito della caducazione si produca in via di *extrema ratio*, in quanto indispensabile per la tutela dell'interesse sotteso alla norma violata.

Ebbene, le riflessioni generali testé svolte sul rapporto tra norme imperative e contratto debbono ora essere calate all'interno del problema più specifico del contratto stipulato in contrasto con una norma penale [15].

Per le ragioni sin qui descritte, secondo la tesi c.d. pan-penalistica, l'illiceità penale importerebbe, necessariamente, l'illiceità civile: in coerenza con un principio generale di non contraddizione, l'ordinamento non può tollerare che un contratto integrante una fattispecie incriminatrice produca effetti per il sistema civile. La rigidità di tale impostazione è, invece, stemperata dall'orientamento prevalente sopra richiamato, secondo il quale la nullità non può costituire la conseguenza automatica di ogni violazione di norma penale, in considerazione della diversità di *ratio* e di struttura della norma civile rispetto a quella penale. Occorre, dunque, un'attenta valutazione del comportamento penalmente sanzionato, allo scopo di verificare se esso si traduca in concreto in una patologia negoziale autonomamente apprezzabile. Da qui discende l'elaborazione del ricordato criterio discretivo. Solo quando il comportamento penalmente rilevante consista nella formulazione di una proposta contrattuale (come nel caso di messa in vendita di prodotti industriali con segni mendaci *ex* art. 517 c.p.) ovvero nella conclusione del contratto (come nel caso di bigamia *ex* art. 556 c.p.) ovvero, ancora, nella esecuzione del contratto (come nel caso di acquisto di cose provenienti da ricettazione *ex* art. 648 c.p. o di vendita di sostanze stupefacenti *ex* art. 73 del d.P.R.. n. 309/1990) può operare la nullità contrattuale

---

[14] Si legge nella sentenza: «(...) l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, comma 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto (…). Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo». Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it*., 2008, I, c. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite;* in *Giust. civ.,* 2008, I, 1175 ss., con nota di G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Contr*., 2008, 229 ss., con note di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, e A. GENTILI, *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Soc*., 2008, 449 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf,* e F. BONACCORSI, *Le Sezioni unite e la responsabilità degli intermediari finanziari;* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*.

[15] Cfr. G. GUARNIERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1953, 27 ss.; G. FOSCHINI, *Diritto e contratto,* in *Arch. pen*., 1953, 72 ss.; M. FOSCHINI, *Delitto e contratto,* in *Arch. pen.*, 1953, I, 72 ss.; R. DOLCE, *Brevi considerazioni sul contratto penalmente illecito,* in *Scuola pos.*, 1959, 226 ss.; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico,* in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, 469 ss.; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto*, cit., 997 ss.; ID., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; A. LIBERATI, *Reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998; ID., *Contratto e reato, interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, 2004; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002; A. DI AMATO, *Contratto e reato*, Napoli, 2003; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2ª ed., Padova, 2008.

ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. (c.d. reati-contratto). Diversamente, se l'illiceità penale si appunti sul comportamento tenuto da una delle parti in danno dell'altra in sede di trattativa (c.d. reato-in contratto), il contratto diviene annullabile (si pensi al contratto concluso a valle del reato di truffa) [16]; fermo restando che la sanzione resta, invece, quella della nullità nel caso in cui entrambe le parti abbiano tenuto il comportamento illecito.

2.1. – L'apparente chiarezza e semplicità operativa del criterio elaborato dagli interpreti, tuttavia, non sopisce ogni dubbio. È noto come proprio con riguardo al reato di circonvenzione di incapace siano emerse le principali criticità circa la sua tenuta. In effetti, la fattispecie menzionata incarna emblematicamente la difficoltà di individuare il rimedio più adeguato sul piano della patologia negoziale.

Al fine di comprendere il senso di quanto affermato, merita approfondire la disciplina del reato in esame, muovendo da una riflessione sul bene giuridico tutelato. L'art. 643 c.p. è collocato all'interno del titolo XIII, coerentemente con l'impostazione patrimonialistica originaria del codice penale, tutta diretta a punire la condotta induttiva pregiudizievole per il patrimonio della vittima. Sennonché, la generale tendenza degli interpreti al progressivo superamento di tale impostazione in favore di una lettura personalistica delle norme del diritto penale, in sintonia con le norme costituzionali [17], consente oggi di reputare l'art. 643 c.p. una norma a tutela non esclusivamente del patrimonio, ma anche della libertà di autodeterminazione e, quindi, dell'autonomia privata [18]; cioè di un valore garantito e tutelato tanto dall'art. 41 Cost., quanto dell'art. 16 CEDU. Pe-

[16] Con riguardo al reato di truffa, le Sezioni Unite penali, in un interessante *obiter dictum*, hanno affermato chiaramente che esso «non integra un "reato-contratto" considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell'altra, [bensì] un "reato-in contratto" e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole o ne tragga comunque un utile» (cfr. Cass., Sez. Un. Pen., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1738 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre nella recente sentenza delle Sezioni Unite)*. Nello stesso senso: Cass., 31 marzo 2011, n. 7468, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 3, 507 ss.: «Questa corte ha sempre ritenuto che il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti in danno dell'altro non è radicalmente nullo (*ex* art. 1418 cod. civ. in correlazione all'art. 640 c.p.), ma annullabile, ai sensi dell'art. 1439 cod. civ. (…) Si ha così che il *dolus malus*, anche se penalmente accertato, non può mai di per sé essere causa di nullità del negozio, meno che mai di inesistenza, sotto il profilo della sua illiceità, ma, inteso come vizio della volontà, può portare soltanto all'annullamento del negozio viziato»; Cass., 27 settembre 2016, n. 18930, in *Mass. Civ*., 2917.

[17] Trattasi di un processo più generale, che accomuna l'interpretazione di altre fattispecie, assimilabili alla circonvenzione di incapace sul piano del bene giuridico tutelato e delle modalità della condotta, a partire dal reato di usura. Tanto da indurre più di uno studioso a reputare necessaria una riforma della parte speciale del codice penale. Al fine di comprendere questa evoluzione, si può solo ricordare, in questa sede, che nei codici preunitari, sul modello del *Code Napoleon* del 1810, la circonvenzione di incapace era configurabile solo rispetto ai minori come forma di abuso del contratto idonea a offendere i soli beni patrimoniali. Con l'entrata in vigore del codice penale Zanardelli, per un verso, la platea dei soggetti passivi tutelati veniva allargata a comprendere anche l'interdetto e l'inabilitato; per altro verso, spostava l'attenzione dalle conseguenze dannose per il patrimonio alle modalità della condotta abusiva. Nel codice Rocco, infine, la tutela viene estesa a qualunque persone in stato di infermità o di deficienza psichica. Per una riflessione su questi temi v.: G. PECORELLA, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Nuoviss. Dig. it*., XII, Torino, 1965, 631 ss.; V. MILITIELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il),* in *Dig. disc. pen*., XI, Torino, 1995, 288 ss.; S. MOCCIA, *Antinomie apparenti nella riforma dei reati contro il patrimonio: tra restrizioni ed ampliamento dell'ambito di tutela penale,* in *Arch. pen.*, 1994, 16 ss.; M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010.

[18] Cfr. Cass., 4 luglio 1975, n. 8908, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, 359 ss., con nota di C. PEDRAZZI, *Sul soggetto passivo della circonvenzione di incapace;* Cass., 14 dicembre 1977– 30 maggio 1978, n. 6782, in *Giust. pen*., 1979, II, 256 ss.; Cass., 27 ottobre 1983, n. 9009, in *Riv. pen*., 1984, 387 ss.; Cass., 26 luglio 1985, n. 7417; in *Giust. pen.*, 1986, II, 86 ss.; Cass., 2 settembre 1997, n. 8034, in *Cass. pen*., 1998, 1363 ss. Nonostante le pronunce citate, giova precisare che il mutamento di approccio in chiave personalistica non riesce tuttora a trovare riscontro nella giurisprudenza prevalente, differentemente dalla impostazione

raltro, l'esatta individuazione del bene giuridico non è un mero esercizio teorico, ma riveste concreta rilevanza ai fini della classificazione del reato in esame come reato di pericolo o di danno: è chiaro, infatti, che quanto più si valorizza l'esigenza di tutela della libertà di autodeterminazione dell'incapace tanto più si sposta il pendolo qualificatorio verso la categoria dei reati di danno. È il pregiudizio per l'incapace l'evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta induttiva.

Se si sposta lo sguardo sul soggetto passivo del reato, si osserva, altresì, che la platea dei soggetti tutelati è andata progressivamente allargandosi: mentre nei codici preunitari, su imitazione del *Code Napoleon* del 1810, la tutela era riservata solo ai minori, con un'apertura, da parte del Codice Zanardelli anche agli interdetti e agli inabilitati, è con il Codice Rocco del 1930 che la tutela viene estesa a qualunque persona in stato di infermità o di deficienza psichica. Tanto significa che il soggetto passivo del reato oggi si identifica sia con gli infermi psichici, cioè coloro che al momento del fatto siano in uno stato di alterazione psichica di natura morbosa, anche se non definibile clinicamente, e a prescindere dal requisito della interdizione o inabilitazione; sia con i soggetti affetti non da una infermità in senso stretto, bensì da una generica menomazione che, pur non azzerando la capacità di intendere e volere, pone la persona in condizione di particolare vulnerabilità, anche solo transitoria. Con la peculiarità che, come emerge dall'analisi della condotta, il soggetto passivo non si limita a subire l'induzione del soggetto attivo, bensì "coopera" alla realizzazione del fatto tipico, in quanto autore materiale dell'atto per sé pregiudizievole. Occorre, infatti, accertare lo sfruttamento o l'approfittamento, con qualsiasi mezzo idoneo, della condizione di vulnerabilità dell'incapace diretta a ottenere una manifestazione del consenso che, a condizioni normali, non sarebbe mai stato prestato. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'induzione consiste in «*un'apprezzabile attività di suggestione, pressione morale, persuasione, finalizzata a determinare la volontà minorata del soggetto passivo*» [19] o nel senso di determinare *ex novo* il consenso al compimento di un atto pregiudizievole o nel senso di rafforzare tale consenso.

---

dottrinale, più favorevole a sostenere la descritta lettura evolutiva. Cfr. SINISCALCO, *Circonvenzione di incapaci*, Milano, 1969, 51 ss.: l'art. 643 c.p. «mira a impedire che venga leso l'interesse dell'incapace al libero orientamento della propria attività»; ancora «(…) il reato non tanto offende il patrimonio quanto piuttosto lede l'interesse del minorato alla libera esplicazione della sua attività. Mentre infatti la prima offesa è solo eventuale, la seconda è costante ed essenziale in ogni ipotesi di realizzazione del delitto in esame»; F. ROMANO, *La circonvenzione di persone incapaci: un reato in bilico tra l'offesa al patrimonio e quella alla libertà individuale,* in *Giur. mer.,* 1977, I, 648 ss.; M. RONCO, *Circonvenzione di incapace*, cit., 7 ss.: «nell'attuale situazione normativa, il delitto appare più legato alla tutela della sfera di libertà di determinazione della persona, che non della sfera dei suoi interessi patrimoniali»; R. PEZZANO, *Circonvenzione di incapaci e "depatrimonializzazione" del bene tutelato,* in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1993, 415 ss., secondo la quale: «In una auspicabile prospettiva di revisione dell'attuale assetto codicistico della tutela patrimoniale, occorrerà infatti valutare se l'evoluzione in senso accentuatamente personalistico subita dalla fattispecie di circonvenzione non ne giustifichi una riformulazione che recida ogni legame con le originarie radici patrimonialistiche con una sua conseguente dislocazione sistematica in settori di tutela diversi da quello patrimoniale"; FERRANTE, *La circonvenzione di persone incapaci*, Torino, 1999, il quale, nell'ottica di una riforma del codice penale, suggerisce di inserire la fattispecie in esame nell'ambito della nuova categoria dei delitti contro la dignità umana; M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010; F. ALBANO, *Il reato di circonvenzione di incapace come presidio della personalità individuale: gli approdi più recenti,* in *Giur. mer.*, 2013, 9, 1892 ss. Optano, invece, per una posizione intermedia fondata su una interpretazione plurioffensiva dell'interesse tutelato dal reato, cioè per una interpretazione secondo la quale la norma incriminatrice tutelerebbe tanto il patrimonio quanto la libertà di autodeterminazione dell'incapace: P. MANNINI, *Osservazioni sui rapporti tra circonvenzione di persone incapaci e truffa,* in *Arch. pen*., 1985, 348 ss., il quale sostiene la «natura prevalentemente personale dell'oggetto giuridico» senza escludere che il reato possa «riguardare eventualmente anche interessi patrimoniali»; G. MARINI, *Incapaci (circonvenzione di)*, cit., 311 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 403 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, 2, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2009, 227 ss.

[19] Cfr. Cass. pen., 29 luglio 1978, nn. 10368, in *Cass. pen*., 1980, 658 ss.; Cass. pen., 26 ottobre 1985, n. 9731, in *Cass. pen.*, 1986, 1929 ss.; Cass. pen., 19 novembre 1999, n. 13308, in *Cass. pen*., 2000, 2635 ss.

L'evento a cui dà luogo la descritta condotta è duplice, consistendo nel compimento di un atto da parte della vittima e nel fatto che tale atto sia produttivo di qualsiasi effetto giuridico dannoso per la vittima stessa o per altri. Secondo la migliore dottrina penalistica, tale atto, che può essere in sé non patrimoniale, deve pur sempre produrre effetti patrimonialmente pregiudizievoli, ossia deve arrecare offesa al patrimonio della vittima. Come si diceva, la condotta induttiva deve tradursi nel compimento, da parte del soggetto incapace, di un "atto pregiudizievole". Quest'ultima locuzione viene tradizionalmente intesa in senso molto ampio, comprensivo sia degli atti negoziali sia degli atti non negoziali, alla luce della ricordata opzione interpretativa secondo la quale l'art. 643 c.p. presidia il valore della capacità di autodeterminazione [20]. Non a caso, nella prassi la giurisprudenza ha applicato il reato in esame in molteplici e variegate ipotesi. Ai presenti fini, preme rilevare che gli atti negoziali in relazione ai quali la circonvenzione di incapace può esplicarsi sono i più vari: dalle donazioni ingiustificate di somme di denaro alla redazione di testamento olografo in favore del soggetto attivo del reato, dalla cessione di immobili a prezzo irrisorio al matrimonio fino al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio.

La disciplina penalistica testé brevemente ricostruita consente ora di interrogarsi sul versante civilistico delle conseguenze della circonvenzione di incapace e, quindi, sulla sorte dell'atto negoziale frutto della condotta induttiva. In base alle illustrate elaborazioni degli interpreti, le caratteristiche del reato dovrebbero consentire di inquadrare la fattispecie in esame come una ipotesi di reato-in contratto, al pari della truffa, in quanto a essere stigmatizzato è il comportamento induttivo che precede il compimento del negozio da parte della vittima. Il disvalore dell'illecito si fonda, tanto sul piano penale, quanto sul piano civile, sulle modalità scorrette con le quali l'incapace è stato indotto a concludere il contratto (il cui contenuto, in sé, potrebbe essere del tutto valido). Sicché, coerentemente con quel criterio, si dovrebbe concludere per l'annullabilità del contratto, ai sensi dell'art. 428 cod. civ., per incapacità naturale del soggetto circonvenuto.

Sennonché, la giurisprudenza maggioritaria, a partire da un precedente della fine degli anni Settanta, propende per la diversa soluzione della nullità del contratto concluso dall'incapace [21]. Più precisamente, invoca la nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1, cod. civ. per violazione di norma imperativa, quale è, in effetti, l'art. 643 cod. civ. Alla base di tale impostazione riposa la valorizzazione, in chiave personalistica, del bene giuridico tutelato, ravvisato nella libertà di autodeterminazione: la sua lesione per effetto di condotte particolarmente riprovevoli, in quanto aventi come vittima un soggetto incapace (*rectius* gravemente privato delle proprie capacità di autodeterminazione), richiederebbe di applicare la disciplina della patologia civilistica più grave, cioè la nullità. Non solo. È stato osservato da attenta dottrina che le pronunce favorevoli alla tesi della nullità troverebbero la loro giustificazione anche in un dato di ordine procedimentale, riguardando casi in cui è intervenuta una condanna penale per il reato di circonvenzione di incapace. La particolare gravità di una sentenza di condanna, allora, non sarebbe indifferente per il giudizio civile e influenzerebbe la valutazione delle conseguenze civilistiche esigendo una "sanzione" contrattuale altrettanto grave in nome di esigenze di pubblico interesse [22].

---

[20] Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno chiarito che il concetto di "atto" va inteso come sinonimo di qualsiasi manifestazione di volontà produttiva di effetti giuridici: quindi non solo gli atti scritti (come richiedeva il previgente Codice Zanardelli nel richiedere la "sottoscrizione" di un atto), ma anche dichiarazioni orali e fatti materiali; non solo atti aventi a oggetto prestazioni positive (di dare o di fare), ma anche atti aventi a oggetto contegni negativi di non fare. Cfr. C. CERTO, *La circonvenzione di persone incapaci,* cit., 67 ss.; M. RONCO, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 1 ss.; G. MARINI, voce *Incapaci (circonvenzione di)*, cit., 67 ss.

[21] Cfr. Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. civ*., 1980, 1, 943 ss.; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, 2, 217 ss.; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contr*., 2004, 11, 997 ss., con nota di A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione;* Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, in *Soc*., 2006, 9, 1105 ss.; Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in *Giur. it.*, 2017, 1, 41 ss.

[22] Cfr. Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contr.*, 2005, 997 ss.; Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Mass. Giur. civ*., 2008.

La tesi testé descritta, per quanto comprensibile nel suo intento di giustizia sostanziale, al fine di garantire la massima tutela dei consociati contro condotte particolarmente riprovevoli, pone, però, problemi evidenti sul piano della coerenza sistematica, sotto vari profili.

Con riferimento all'argomento procedimentale, innanzitutto, non appare del tutto persuasiva l'idea che l'accertamento penale debba vincolare a tal punto quello relativo al giudizio civile. Per convincersene non solo giova richiamare il principio generale di non interferenza tra sistema penale e sistema civile desumibile dal testo attuale del codice di procedura penale. Ma si ricorda, altresì, che, come chiarito dalle Sezioni Unite, solo in via eccezionale, la sentenza penale ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno (è il caso della sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata dopo il dibattimento); di regola, il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova raccolti dal giudice penale, può autonomamente rivalutare il fatto [23].

L'orientamento in commento suscita perplessità anche per ragioni di ordine sostanziale. Come si è già evidenziato, è discutibile l'idea che l'art. 643 c.p. persegua un interesse "pubblico" in senso proprio, numerose essendo le voci dottrinali che ne predicano una natura ibrida. Autorevole dottrina penalistica, in particolare, osserva che l'atto compiuto da parte della vittima, pur potendo essere in sé non patrimoniale, «*deve pur sempre avere quanto meno effetti patrimonialmente pregiudizievoli, essere cioè offensivo del patrimonio nel suo complesso*», poiché, se così non fosse, il legislatore avrebbe collocato la circonvenzione tra i delitti contro la persona [24]. Sicché, l'interesse tutelato, lungi dall'avere rilevanza meramente pubblicistica, afferisce anche e soprattutto alla sfera privata del patrimonio della vittima.

Tutto quanto osservato, in prospettiva sistematica, depone per un più coerente rinvio alla disciplina rimediale dell'annullabilità e non della nullità, atteso che l'ordinamento protegge con un rimedio disponibile i soggetti impossibilitati a esercitare consapevolmente l'autonomia privata. Ragionare diversamente significherebbe contraddire l'impostazione civilistica e non rispettare, in maniera ingiustificata, il principio di separazione tra regole di validità e regole di responsabilità enunciato dalle Sezioni Unite del 2007; in definitiva, significherebbe riservare alla circonvenzione di incapace un trattamento differenziato rispetto a fattispecie incriminatrici simili per fatto tipico (come la truffa), alle quali si applica pacificamente il criterio del reato-in contratto con il logico corollario rimediale dell'annullabilità del contratto [25].

---

[23] Cfr. Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Riv. dir. proc. civ*., 2011, 984 ss., con nota di P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile;* in *Corr. merito*, 2011, 273, con nota di G. TRAVAGLINO, *I problematici rapporti tra giudizio civile di danno e giudicato penale*; in *Corr. giur.*, 2011, 5, 644 ss., con nota di A. DI MAJO, *Il danno da reato (tornando a Carnelutti)*. In base all'art. 28 del codice di procedura penale previgente, i fatti materiali accertati nel giudizio penale conclusosi con una delle pronunce ivi indicate divenivano un dato immodificabile del giudizio civile o amministrativo, sempre che si controvertesse di un diritto *«il cui riconoscimento dipende dall'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, salvo che a legge civile ponga limitazioni alla prova del diritto controverso»*. A seguito dell'abrogazione di tale disposizione, oggi si possono svolgere le seguenti considerazioni: non solo la relativa disciplina non è più vincolante; ma, anche a volerne invocare la logica, essa non potrebbe comunque trovare applicazione nei casi in cui l'accertamento dei fatti materiali non venga in considerazione come oggetto di prova. La giurisprudenza ha escluso, infatti, la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra l'accertamento civile della incapacità naturale e l'accertamento del reato di circonvenzione di incapace. Cfr. Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, in *Giust. civ*., 1984, I, 173 ss.; Cass., 10 luglio 1986, n. 4499, in *Mass. Foro it.*, 1986; Cass., 10 marzo 1994, n. 2374, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2752; Cass., 23 novembre 2000, n. 15128, in *Giur. it.*, 2001, 888 ss.; Cass., 10 maggio 2001, n. 6502, in *Giust. civ. Mass*. 2001, 952; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427 cit.; Cass., 5 agosto 2005, n. 16592, in *Giust. civ. Mass*. 2005, 9.

[24] Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *Parte speciale*, II, *Dei delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009, 223.

[25] Non a caso, sono le stesse Sezioni Unite n. 26724/2007 a invitare la giurisprudenza a rimeditare l'orientamento sulla nullità del contratto a valle del reato di circonvenzione di incapace: «occorrerebbe forse rimeditare se ed entro quali limiti l'illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile».

A tale ricostruzione potrebbe, certo, essere obiettato il rischio che la disciplina dell'annullabilità trovi un ostacolo nei casi in cui non ricorrano i presupposti dell'art. 428, comma 2, cod. civ., considerato che la incapacità del codice civile non è perfettamente coincidente con la nozione di incapacità dell'art. 643 c.p. Si è già visto, infatti, che la norma penale ricomprende qualsiasi menomazione della capacità di autodeterminazione, anche non dipendente da una minorazione della sfera volitiva o intellettuale. Tanto è vero che ricorre spesso, in giurisprudenza, l'affermazione secondo cui lo stato di infermità psichica *ex* art. 643 c.p. costituisce un *minus* rispetto alla incapacità di cui all'art. 428 cod. civ. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale obiezione non è dirimente. La condivisibile ricerca di un rimedio effettivo non deve indurre a invocare la nullità virtuale quando il disvalore sia incentrato non sul contratto, ma sulla condotta, ossia quando risulti inequivocabile la logica sottesa all'annullabilità. Il problema, in altri termini, riguarda la latitudine della nozione di incapacità o dei vizi del consenso, particolarmente del dolo.

D'altra parte, la correttezza di tale modo di ragionare sembra trovare, in chiave comparata, una conferma indiretta nella disciplina del nuovo vizio della volontà introdotto dalla riforma del *Code civil*: l'*abus d'état de dèpendance* (art. 1143 *Code civil*) si applica non solo in caso di dipendenza economica, ma anche quando la violenza consiste in un abuso dello stato di dipendenza non economica, cioè della condizione di debolezza o di soggezione della vittima. Ai sensi dell'art. 1131 *Code civil*, il rimedio invocabile è la *nullité relative*, cioè quella forma di invalidità dal cui sviluppo ha tratto origine nel nostro ordinamento – e su imitazione di quello tedesco con la *Anfechtbarkeit* – proprio l'annullabilità. La scelta per la *nullité relative* sembra riposare, infatti, sul carattere ibrido del nuovo vizio «*frutto dell'"innesto" di una patologia di regolamento all'interno dei vizi del consenso*» [26], sulla cui utilità occorre riflettere, offrendo all'interprete una strada meritevole di essere vagliata, anche *de iure condendo*.

3. – Le riflessioni sin qui svolte debbono ora essere calate nell'ambito del tema della invalidità testamentaria. I dubbi interpretativi che accompagnano la definizione delle conseguenze civilistiche del reato di circonvenzione di incapace si fanno ancora più delicati in materia testamentaria. Occorre chiedersi, innanzitutto, se il criterio discretivo tra reati-contratto e reati-in contratto trovi applicazione anche rispetto al testamento e, secondariamente, se il ragionamento che abbiamo svolto circa il rimedio dell'annullabilità possa valere anche in questo caso. Con la consapevolezza che si rende necessario sfuggire da ogni tentativo di automatismo non solo, come è ovvio, perché il testamento è negozio giuridico diverso dal contratto, ma anche perché la disciplina delle invalidità testamentarie presenta specificità sue proprie [27], a cominciare dal fatto che l'art. 591 cod. civ. non qualifica il rimedio invocabile per il testamento redatto da soggetto incapace di intendere o di volere. Merita anticipare che non manca, in dottrina e in giurisprudenza, chi, nel valorizzare la natura pub-

[26] Così F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale,* in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 542. Per un approfondimento su questa figura v.: H. BARBIER, *La violence per abus de dépendance,* in *JCP*, 2016, 722 ss.; A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana,* in *Pers. e merc.*, 2018, 1, 88 ss.

[27] Osserva autorevole dottrina che «il pensiero dominante costruisce l'annullabilità testamentaria come una "provincia separata" – *seu* un sottoinsieme, in termini più colti – del sistema dell'invalidità negoziale». Così S. PAGLIANTINI, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile,* in *Riv. not.*, 2008, 4, 795, nel richiamare G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 15. In tema v. anche: L. CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa,* in *Studi in onore di A. Scorza*, Roma, 1940, 73 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3, Milano, 1947, 383 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2, Milano, 1952, II, 98 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, 2, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 908 ss.; M. IEVA, *La successione testamentaria,* in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, II, 1, Milano, 2009, 118 ss.

blicistica dell'interesse tutelato dall'art. 643 c.p., propende per la nullità virtuale in forza dell'applicazione analogica al testamento dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. Come si cercherà di dimostrare, non è questa la strada da percorrere sia per le ricordate perplessità che tale teoria suscita già nella materia contrattuale, sia per gli adattamenti che la disciplina della invalidità richiede in ambito successorio. Passaggio indispensabile per comprendere l'esito del ragionamento è, innanzitutto, l'analisi del trattamento del testamento dell'incapace.

Come è noto, l'art. 591, comma 2, n. 3 consente di impugnare il testamento nel caso in cui venga accertata l'incapacità di intendere o di volere del testatore al momento in cui abbia redatto il testamento. È noto che la nozione di incapacità rilevante ai presenti fini tenda a essere interpretata in termini più restrittivi rispetto alla incapacità dell'art. 428 cod. civ. e ciò in considerazione della forte esigenza di tutela della irripetibile volontà del testatore [28]. La giurisprudenza ha chiarito che per impugnare il testamento in queste ipotesi la condizione di incapacità possa, sì, derivare da "qualsiasi causa, anche transitoria", comprese non solo malattie mentali conclamate, ma anche situazioni transitorie che non determinano una vera e propria infermità (deliri febbrili, stato di ubriachezza, alterazione dovuta a sostanze stupefacenti); tuttavia, l'alterazione deve essere talmente grave da eliminare *in toto* la capacità di intendere e volere del testatore nel particolare momento in cui redige l'atto, pur senza che sussista una infermità mentale tale da giustificare un provvedimento di interdizione [29]. Inoltre, la prova della incapacità deve essere fornita non genericamente al tempo (come prevedeva l'art. 763, n. 3, del codice civile previgente), bensì "*al momento*" della redazione dell'atto: sicché, grava su

[28] Secondo dottrina consolidata, sebbene l'art. 428 cod. civ. si riferisca alla incapacità di intendere "o" volere, mentre l'art. 591 cod. civ. alla capacità di intendere "e" volere, le due facoltà sono da considerarsi inscindibili e necessarie. Si tratta, dunque, di una nozione unitaria che si differenzia solo per singoli profili di disciplina a seconda che si versi in materia contrattuale o testamentaria. Ciò in quanto nel contratto è necessario tutelare l'affidamento della controparte e, più in generale, la certezza dei traffici commerciali. Per uno studio sul testamento dell'incapace si rinvia a: G. STOLFI, *In tema di incapacità naturale del testatore,* in *Foro it.*, 1947, I, c. 453; S. PUGLIATTI, *Insania mentale e capacità di testare,* in *Temi,* 1948, 414 ss.; A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in Id., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi,* a cura di G. Cian, Pescara-Padova, 1988, 1316 ss.; L. BIGIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie (artt. 587-600),* in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in *Successioni e donazioni,* a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 679 ss.; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti,* Padova, 1995, 70 ss.; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare,* in *Rass. dir. civ.*, 2005, 273 ss.; A. BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento,* in *Fam. e dir.*, 2007, p. 678 ss.; A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento,* in *Trattato Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 85 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in S. Pagliantini, A.M. Benedetti, *Profili sull'invalidità e la cauducità delle disposizioni testamentarie,* Napoli, 2013, 65 ss.; C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale),* in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 557 ss.

[29] Il contributo della giurisprudenza sulla interpretazione della nozione di incapacità naturale del testatore è cospicuo: Cass., 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 1304; Cass., 24 ottobre 1969, n. 3496, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, 1179 ss.; Cass., 6 luglio 1973, n. 1916, in *Rep. Foro it.*, 1973, *Successione ereditaria*, n. 72; Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, in *Riv. not.*, 1979, 929 ss., con nota di S. SACCOMANNI, *Brevi osservazioni per l'interpretazione dell'art. 591, n. 3, cod. civ.*; Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Rep. Foro it.*, 1982, *Successione ereditaria*, nn. 54-55; Cass., 30 gennaio 1987, n. 892, in *Vita not.*, 1987, 743 ss.; Cass., 30 marzo 1987, n. 3040, in *Arch. Civ.*, 1987, 85 ss.; Cass., 23 gennaio 1991, n. 652, in *Foro it.*, 1991, I, c. 758; Cass., 8 agosto 1997, n. 7344, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1365 ss.; Cass., 24 ottobre 1998, n. 10571, in *Riv. not.*, 1999, 559 ss.; Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Giur. it.*, 2002, c. 730; Cass., 30 gennaio 2003, n. 1444, in *Arch. Civ.*, 2003, 1259 ss.: «l'incapacità del disponente che determina ai sensi dell'art. 591 cod. civ. l'invalidità del testamento non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, ma richiede che, a causa della infermità, al momento della redazione del testamento il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitualità, legittimano la pronuncia di interdizione»; Cass., 5 maggio 2006, n. 9508, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 1044 ss.; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, con nota di G. MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*; Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. e dir.*, 2007, 676 ss.; Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, in *Guida al dir.*, 2008, 31, 83 ss.

chi contesta la validità del testamento superare la presunzione di capacità dimostrando lo stato di incapacità naturale del testatore proprio nel momento in cui lo ha redatto [30].

La necessità di circoscrivere l'operatività di tale causa di impugnabilità del testamento si spiega, evidentemente, sempre in relazione alle peculiarità dell'atto in questione, così da garantire il massimo rispetto delle ultime volontà del suo autore. Proprio questa esigenza induce a riflettere sulla qualificazione del rimedio. Come anticipato, l'art. 591 cod. civ. si limita a prevedere la "impugnabilità" del negozio – come d'altra parte l'art. 624 cod. civ. per i vizi della volontà – e a dettare profili di disciplina alquanto contraddittori se letti in ottica contrattuale. Per un verso, la legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse, riecheggiando la regola dell'art. 1421 cod. civ. per la nullità del contratto; per altro verso, l'azione si prescrive nel termine di cinque anni, al pari dell'azione di annullamento del contratto *ex* art. 1442 cod. civ. Tuttavia, a nostro avviso, il dibattito interpretativo può essere agevolmente risolto a favore della tesi dell'annullabilità per due ragioni [31]. La prima riposa sul parallelismo con l'invalidità contrattuale, atteso che l'art. 428 cod. civ. riserva lo stesso trattamento giuridico, cioè l'annullabilità, tanto all'incapacità, quanto ai vizi della volontà, trattandosi di tutelare un interesse di natura individuale. Sicché, pur dovendosi riconoscere un'autonoma configurazione al rimedio testamentario, non appare irragionevole configurare anche quest'ultimo nei medesimi termini, venendo sempre in gioco la tutela di un interesse individuale. La seconda ragione si lega alle peculiari esigenze di tutela delle ultime volontà: poiché il testamento è atto irripetibile, di cui va garantita, il più possibile, la conservazione, l'azione di annullamento, differentemente da quella di nullità, non solo permette di riconoscere la temporanea efficacia dell'atto, laddove non venga impugnato nel termine previsto; ma, in caso di decorso del termine di impugnazione quinquennale, consentirebbe anche di consolidare gli effetti nel frattempo prodotti. Per tale via, il legislatore garantisce che lo stato di incertezza circa le sorti del patrimonio ereditario sia ridotto entro un breve lasso di tempo, bilanciando i molteplici e delicati interessi coinvolti [32].

Si potrebbe obiettare che la ricostruzione prospettata presenti una nota in apparenza stonata – il profilo della legittimazione assoluta all'azione – la quale sembra mal conciliarsi con il regime rimediale proprio della tutela di un interesse particolare. In realtà, tale nota torna a essere intonata se si considera che la legittimazione attiva, come è ovvio, non può essere riservata al testatore, il quale non è più in vita nel momento in cui si impugna il testamento; sicché, essa è ontologicamente e necessariamente aperta a tutti i soggetti che possano trarre un vantaggio concreto dall'annullamento. Tale regola, è stato osservato, risponde a evidenti ragioni di ordine pratico, in quanto permette di bilanciare l'esigenza di tutela dell'interesse del terzo con l'esigenza di garantire il pieno rispetto della volontà del testatore nel momento successivo alla sua morte [33]. Naturalmente, merita precisarlo, la legittimazione ad agire, pur assoluta, non è aperta proprio a chiunque, ma solo

---

[30] Cfr. Cass., 22 marzo 1952, n. 736, in *Foro it.*, 1952, I, c. 714; Cass., 4 luglio 1961, n. 1600, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1786 ss.; Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Mass. Giust. civ.*, 1982; Cass., 10 luglio 1986, n. 4499, in *Mass. Foro it*., 1986; Cass., 34 gennaio 1991, n. 652, in *Dir. fam. pers*., 1991, 910 ss.; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, 2, 556 ss.; Cass., 11 giugno 2009, n. 13630, in *Riv. not*., 2010, 2, 499 ss.; Cass., 23 dicembre 2014, n. 27251, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass., 10 ottobre 2018, n. 25053, in *Mass. Giust. civ*., 2018; Cass., 22 ottobre 2019, n. 26873, in *Rep. Foro it*., 2019.

[31] Contra v. C. GANGI, *La successione testamentaria*, 96 ss.; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 37 ss.

[32] In tema v.: L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, Milano, 1976, 202 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, GIU. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni,* Padova, 1979, 331 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 205 ss.; M. GAMBINI, sub *Art. 591,* in *Commentario al Codice civile diretto da E. Gabrielli, Delle successioni,* a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Milano, 2009, 229-230.

[33] Per una riflessione sull'annullabilità assoluta del testamento v.: L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 202 ss.; M. GAMBINI, sub *Art. 591*, cit., 229-230.

a chi possa trarre un vantaggio diretto, attuale, concreto e di natura successoria dall'annullamento del testamento. L'art. 591 cod. civ. richiama, infatti, la formula dell'art. 1421 cod. civ., in quanto funzionale a circoscrivere la platea di coloro che possono porre nel nulla il negozio, così da assicurare, il più possibile, la sua conservazione. La legittimazione è, dunque, riconoscibile in capo agli eredi legittimi e ai legittimari, trattandosi di successibili aventi diritto all'eredità *ex lege* ove il testamento venisse annullato; ma anche ai coeredi o agli eredi e ai legatari di un precedente testamento poi revocato [34].

4. – Chiarito il regime applicabile alla invalidità del testamento redatto da soggetto incapace, si comprenderà anche la direzione in cui muove la presente riflessione sulla sorte del testamento nel caso in cui l'incapace sia vittima del reato di circonvenzione.

Giova tornare al punto da cui abbiamo avviato la riflessione. Si è detto che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario propende per la tesi della nullità virtuale del negozio a valle del reato di circonvenzione di incapace. E qui sta il problema. Come si è più volte evidenziato, in ambito testamentario non è rinvenibile una norma come l'art. 1418 cod. civ. e questo dato già pone un primo interrogativo circa la praticabilità della tesi della nullità virtuale del testamento [35]. Si potrebbe sostenere allora – come pure è stato fatto – l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. È il noto problema dei rapporti tra disciplina contrattuale e disciplina testamentaria in caso di vuoti normativi rispetto a quest'ultima. Ed nota, altresì, la tendenza di una parte della dottrina ad ammettere, in generale, l'applicazione analogica al testamento delle regole sul contratto, ivi comprese quelle sulla invalidità. Tanto a patto di riconoscere – come pare preferibile – la natura negoziale del testamento [36]. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, tale soluzione interpretativa, *prima facie*

[34] Non a caso, in queste ipotesi, la giurisprudenza ravvisa un litisconsorzio necessario nel giudizio sull'annullamento del testamento. Cfr. Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, in *Foro it*., 1980, I, c. 2798; Cass., 13 gennaio 1981, n. 277, in *Mass. Giust. civ*., 1981; Cass., 8 luglio 1996, n. 6196, in *Riv. internaz. dir. priv. e proc.*, 1997, 473 ss.; Cass., 7 marzo 2001, n. 3323, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 428 ss.; Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, in *Mass. Giust. civ*., 2005, 914 ss. Dibattuta è, invece, la possibilità di riconoscere la legittimazione ad agire, o meglio, l'esistenza di un interesse qualificato, ai creditori del testatore, benché l'opinione maggioritaria, in dottrina come in giurisprudenza, consenta loro almeno di agire in via surrogatoria *ex* art. 2900 cod. civ. In senso favorevole v. S. PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile*, cit., 886 ss. Contra v. M. GAMBINI sub *Art. 591,* in *Commentario del Codice civile, Delle successioni,* a cura di V. Cuffaro, F. Delfini, II, Torino, 2010, 231 ss.

[35] Cfr. M.C. TATARANO, *Il testamento,* in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 486 ss.: «Il richiamo all'art. 1418 c.c., nella sua valenza di norma di chiusura e di rinvio a tutte le ipotesi, anche quelle non positivamente previste, di illegalità della fattispecie, appare inevitabile. Pur negandosi l'applicabilità diretta della norma de qua alla materia testamentaria, se ne ammette un'utilizzazione analogica. Può, quindi, delinearsi una sanzione di nullità virtuale anche in materia testamentaria, al di là delle ipotesi espressamente previste, sia pure in maniera non sistematica, di nullità sostanziali, disseminate nel libro delle successioni»; G. CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1995.

[36] A parere di chi scrive la natura negoziale non può essere revocata in dubbio, sia pure ammettendo che si tratti di negozio affatto peculiare in quanto connotato da unilateralità, da unipersonalità e da una specifico profilo causale. A quest'ultimo proposito, al testamento si riconosce «la funzione di regolare programmaticamente, *post mortem*, la sorte dei rapporti patrimoniali attraverso la disposizione delle sostanze del testatore» (così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni,* tomo I, Milano, 2015, 744). Ciò considerato, illustre Maestro, proprio valorizzando la natura (negoziale) speciale del testamento, esclude la possibilità di allargare il dettato dell'art. 1324 cod. civ., e quindi l'estensione delle norme generali sui contratti, agli atti *mortis causa* e a quelli tra vivi non aventi contenuto patrimoniale, ma ammette il procedimento analogico per gli atti di autonomia che rimangono fuori dalla espressa previsione dell'art. 1324 cod. civ. (cfr. G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* cit., 15-17). Per uno studio sulla natura negoziale del testamento: A. CICU, *Il testamento*, Bologna, 1932; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, vol. I, Milano, 1976, 202 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Negozio giuridico (profili generali),* in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 10 ss.; N. IRTI, *Per una rilettura dell'art. 1324 c.c.,* in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 560 ss.; V. CUFFARO, *Il te-*

relativamente lineare, richiede di essere maggiormente vagliata alla luce delle specificità della invalidità testamentaria [37].

In questa sede ci si limita a ricordare che, come illustre dottrina ha da tempo messo in evidenza, il tratto caratteristico della invalidità testamentaria è la sua declinazione al plurale, essendo difficile ricondurre le molteplici e variegate ipotesi contemplate dal codice civile alla dicotomia tradizionale tra nullità e annullabilità del contratto [38]. E forse, anzi, più che nella materia contrattuale – per effetto dello sviluppo delle nullità speciali di settore –, è nella materia testamentaria che, già all'interno del codice civile, si assiste a un tendenziale avvicinamento tra i due regimi [39]: si pensi al fatto che la nullità è sanabile mediante conferma, mentre l'annullabilità è assoluta. Come è evidente, l'ibridazione tra regole sulla nullità e regole sull'annullabilità è forte. Tale dato merita di essere tenuto in particolare considerazione potendo costituire – in prospettiva sistematica – un primo ostacolo alla piana trasposizione delle regole contrattuali.

Ma vi è di più. Con riguardo ai vizi sostanziali, il Libro II prevede numerose ipotesi di nullità testuali che spaziano dalla nullità dei patti successori (art. 458 cod. civ.) alla nullità del testamento congiuntivo o reciproco (art. 589 cod. civ.); dalla nullità delle disposizioni a favore di incapaci a ricevere (art. 596 cod. civ.) alla nullità della disposizione rimessa all'arbitrio del terzo (art. 631 cod. civ.) o della disposizione a favore di persona incerta (art. 628 cod. civ.). A fronte di queste e di altre fattispecie, nei casi di incapacità e di vizi del consenso, invece, il rimedio, benché descritto in termini di "impugnabilità", si sostanzia – come si è visto – in una ipotesi di annullabilità. È chiaro che, a fronte di un quadro di fattispecie così frastagliato risulta difficile stabilire quale sia il rapporto tra regola ed eccezione, o meglio, se possa invocarsi la logica sottesa alla disciplina della invalidità contrattuale e della nullità virtuale. E, anzi, la notevole nu-

---

stamento in generale: caratteri e contenuto, in Successoni a causa di morte e donazioni, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 734 ss.; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* Napoli, 1997, 2a ed., spec. 97 ss.; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto potestativo*, Milano, 1998, spec. 33 ss.: «nella realtà pratica ed empirica, ma anche in quella giuridica, non esiste il "negozio", ma i "negozi", ossia una infinita varietà e diversità di tipi e figure, ciascuna contraddistinta da un proprio regime e da un corrispondente quadro di effetti a seconda della dimensione soggettiva e della misura oggettiva degli interessi tutelati»; F. GALGANO, *Il negozio giuridico,* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, 2002, 604 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 78 ss.; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali (Artt. 587-590),* in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, 40 ss.

[37] Si segnala che un simile problema interpretativo non si pone nei medesimi termini con riferimento alle invalidità matrimoniali (libro I, titolo VI, capo III, sezione VI). Se per un verso l'invalidità matrimoniale non conosce una disciplina generale paragonabile a quella del diritto dei contratti, per altro verso, è pacifico che quest'ultima non trovi applicazione in virtù delle specificità del matrimonio, trattandosi di un accordo privo dell'elemento della patrimonialità. Ma, similmente al testamento, anche per il matrimonio, a dispetto del dato testuale (la sezione VI è intitolata "Della nullità del matrimonio"), è difficile rintracciare una chiara distinzione tra nullità o annullabilità. Osserva G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2021, 469-470 che la distinzione tra nullità e annullabilità «opera solo in ambito contrattuale, perché per il matrimonio e il testamento – nonostante la comune natura negoziale – la regolamentazione delle cause di invalidità è diversa, tanto da indurre a preferire il ricorso al più generico concetto di "impugnazione" dell'atto, a sua volta non privo di riscontri positivi (cfr. art. 591, ult. co., e 624 c.c.)». Cfr. G. PIGNATARO, *Sulle invalidità matrimoniali negli ordinamenti civile e canonico*, Napoli, 1995; E. VITALI, *L'invalidità del matrimonio civile: nullità e annullabilità,* in *Il diritto di famiglia,* in *Trattato diretto da Bonilin-Cattaneo*, 2007, I, 390 ss., secondo il quale il termine «"nullità" è usato in senso tecnico solo per l'ipotesi della bigamia (art. 124 c.c.)»; FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile: invalidità,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1982, Torino, 63 ss.; G. FERRANDO, *L'invalidità del matrimonio,* in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, Milano, 2006, 889 ss.

[38] Cfr. S. PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile e la pratica delle Corti, in Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., 93 ss.

[39] Cfr. N. BOBBIO, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 356: «le azioni di nullità e di annullamento del testamento hanno discipline ravvicinate tra loro, molto più di quanto accade in campo contrattuale»; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1083 ss.

merosità e varietà di norme che sanciscono la nullità del testamento sembra far propendere per la tesi della loro tassatività e, correlativamente, per il carattere generale dell'annullabilità. Il che costituirebbe un'ulteriore conferma della difficoltà di concepire per il testamento, in chiave analogica, una nullità virtuale come quella dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. Tanto sarebbe coerente, oltretutto, con il principio fondamentale del *favor testamenti*, il quale impone di circoscrivere a casi tassativi, appunto, l'esito della radicale inefficacia del testamento. Per convincersene basta considerare che, con riguardo ai vizi di forma, è pacifico, sempre per le medesime esigenze di conservazione, che operi l'annullabilità del testamento, ove non sia espressamente prevista la nullità, ai sensi del combinato di disposto degli artt. 606, comma 2, e 619, comma 2, cod. civ.

Le osservazioni sin qui svolte, per quanto necessariamente incomplete, richiedono ora di essere saggiate rispetto al problema che ci occupa, ossia al rapporto tra reato di circonvenzione di incapace e testamento. Si sarà compreso come la tesi della nullità virtuale, già poco convincente rispetto al contratto per le ragioni viste, appare ancora meno condivisibile rispetto al testamento. Un trattamento così radicale non solo non è del tutto compatibile con il bene giuridico tutelato, il quale, alla luce del dibattito attuale, se sicuramente ha acquisito una connotazione personalistica, non ha perso del tutto, anzi presuppone, una componente patrimoniale; ma non è in linea neppure con il necessario bilanciamento degli interessi coinvolti. È chiaro, infatti, che la caducazione radicale del testamento frustrerebbe tanto la volontà del *de cuius* quanto gli interessi dei successibili[40]. A conferma di quanto andiamo dicendo si consideri anche il seguente dato: persino nelle ipotesi in cui è pacifica l'operatività della nullità testamentaria per espressa previsione di legge è pur sempre ammissibile, ricorrendone i presupposti, la sanatoria mediante conferma del negozio. Tanto significa che nella materia testamentaria il necessario bilanciamento tra gli interessi tutelati impone un temperamento finanche delle conseguenze del testamento nullo. Non solo, ma vi è di più. Anche a voler ipotizzare l'applicazione analogica dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. al testamento, ci si scontrerebbe, comunque, con la sussistenza di un rimedio specifico, quello dell'art. 591 cod. civ., che già contempla una specifica e diversa tutela per il testatore incapace. Così ragionando, cioè, risulterebbe integrata proprio la clausola di riserva dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., che esclude l'operatività della nullità virtuale in presenza di una diversa previsione di legge.

D'altra parte, il pur condivisibile tentativo di stigmatizzare condotte particolarmente riprovevoli non può tradursi, sul piano civilistico, in un trattamento difforme da quello riservato a fattispecie simili. Il riferimento è al reato di truffa, che presidia l'interesse alla libera esplicazione dell'autonomia e dell'attività negoziale dei privati: se, in tal caso, è pacifico che la tutela dell'interesse sia assicurata, sul piano civilistico, dall'annullabilità per dolo, non si vede per quale motivo nel caso della circonvenzione, che tutela un interesse simile, debba operare un rimedio diverso. E, comunque, affidare la scelta del rimedio a un indice, come quello del bene giuridico tutelato, così suscettibile di essere interpretato in maniera differente al mutare, nel tempo, della sensibilità giuridica, non convince. Maggiormente sicuro è, invece, un criterio fondato sulla condotta tipizzata dal legislatore. Anche in questo caso, invero, come già per il contratto, la condotta induttiva del soggetto attivo del reato, lungi dal coincidere con il negozio stesso, integra un comportamento antecedente alla sua redazione che determina, al più, l'annullabilità. E ciò non solo perché tale soluzione è coerente con il ricordato principio della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità; ma anche perché è di nuovo il legislatore a prevedere, per il testamento dell'incapace, l'annullabilità,

[40] A meno che non ricorrano i presupposti per l'operatività dell'annullabilità parziale del testamento. A riguardo sia consentito rinviare a quanto abbiamo altrove osservato: C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, cit.

cioè un rimedio diverso dalla nullità, a prescindere dal fatto che di quella condizione taluno si sia approfittato. Questa valutazione assume rilevanza per il giudice penale, ma non può incidere *sic et simpliciter* sull'ordinamento civile nel senso di spostare la qualificazione del rimedio. La comminazione di una sanzione per l'illecito deve essere lasciata interamente al sistema penale e al suo apparato sanzionatorio (rivedendo semmai gli specifici limiti edittali per quel reato); ma non si può pensare di invocare una nullità in funzione di mera sanzione per un negozio che, astrattamente, può essere del tutto valido ed efficace sul piano degli elementi costitutivi.