

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/03/2017

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/39207-l-efficacia-del-disegno-successorio>

Autore: Alberto Patron

L'efficacia del disegno successorio

L'efficacia del disegno successorio

di A.Patron

Archiviato l'utilizzo dell'istituto testamentario come mezzo di trasferimento dei grandi patrimoni dinastici ottocenteschi, nonché quello atto a concentrare privilegi di ordine economico nelle mani di pochi, riducendo le possibilità di "avvicendamento e ricambio delle classi sociali" (Bigliazzi Geri), o di fenomeno successorio marginale del capitale industriale in una società fondata sul lavoro, esso si è trasformato dal disposto del vecchio codice del 1865 a quello del 1942 come un atto "effettivamente ricercato e comunque non condizionato da complessi psicologici di doverosità sociale" (Criscuoli).

La definizione datane dal primo alinea dell'articolo 587 c.c. quale "atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere di tutte le proprie sostanze o di parte di esse", richiama immediatamente l'attenzione dell'interprete sulla nozione di *disposizione mortis causa*.

Essa attiene innanzitutto e necessariamente alla sfera temporale produttiva degli effetti giuridici del testamento, ma attiene altresì alla qualificazione della tipologia, dell'esecuzione e disposizione dell'efficacia del disegno successorio; efficacia che potrà essere di natura reale o obbligatoria.

Attiene, quindi, anche ad una esigenza di tutela dell'unità basilare della società umana: la famiglia. Un "bisogno antico quanto l'uomo, atto a regolare gli intensi rapporti volontà-sentimento dell'uomo" (Bonilini).

Il concetto di famiglia è qui inteso nella sua accezione più ampia, ricomprensivo in essa, oltre all'unità prevista dal legislatore del 1975, anche le sue estensioni mononucleari, di fatto, *ut soror et frater*, o le sue nuove tipizzazioni (anche innaturali), financo artificiali.

Per tali ragioni fondamento costituzionale a questa materia va rinvenuto non soltanto nell'articolo 42 Cost. come avanzato da un certa dottrina, ma anche nel disposto dell'articolo 2 Cost. evidenziandone una fondante caratteristica di "valorizzazione della persona umana" (Di Marzio), scevro da implicazioni inerenti al diritto di proprietà (contra, Galgano), esaltante libertà ed autonomia (art. 41 Cost.)

La *chartula* testamentaria ⁽¹⁾ sulla quale sono materialmente segnate le ultime volontà del *de cuius*, ha un duplice attributo di unitarietà: soggettiva ed oggettiva. Distinguiamo una unitarietà soggettiva *ad substantiam*, con riferimento alla natura strettamente personale del negozio testamentario, essendo esso, atto manifestante in via esclusiva la volontà del *de cuius* ⁽²⁾, nonché, in combinato disposto con l'articolo 589 c.c., unipersonale, garantendo per espressa disposizione normativa la spontaneità, la libertà di revocazione e l'autonomia privata del disponente.

Ed una unitarietà oggettiva, quest'ultima a sua volta suddivisa in oggettiva in senso stretto con riferimento alle disposizioni testamentarie o meglio al documento testamentario, il quale rappresenterà sempre una unità concettuale individuabile, pur in presenza di una pluralità di documenti testamentari, ossia di supporti strumentali delle volontà del *de cuius*, ed oggettiva in senso lato con riferimento al significato delle volontà contenute in atto, le quali, per il principio di conservazione sancito dall'articolo 1367 c.c., non potranno essere corrette ⁽³⁾ nella loro essenza oggettiva. L'articolo 1325, n. 4 c.c. sancisce, con una lettura *a contrario*, il principio generale della libertà della forma. In materia negoziale infatti, il consenso delle Parti può essere manifestato usufruendo di qualsivoglia mezzo degno di apprezzamento giuridico tale da garantire una riconoscibilità oggettiva dell'atto.

È bene ricordare brevemente che il concetto di "libertà di forma" non attiene certamente a quello di "libertà di espressione", infatti mentre il primo può essere giuridicamente *vincolato*, vedasi quanto dispone l'articolo 1350 c.c., il secondo è un diritto incoercibile ed inalienabile ed è sancito dalla Costituzione all'articolo 21. Distingueremo allora più dettagliatamente una *forma in senso atecnico o lato*, attinente appunto l'espressione della volontà delle Parti, sia questa vergata graficamente su un supporto fisico oppure espressa in modalità verbale, ed una *forma in senso tecnico o stretta*, quella inalveata, a tutela di interessi giudicati dall'ordinamento meritevoli, in norme inderogabili ed eccezionali (art. 14 disp.att.). La "forma in senso tecnico" potrà a sua volta essere distinta in *forma ad probationem* e *forma ad substantiam*.

⁽¹⁾ Riteniamo che il documento su cui è scritto il testamento possa essere costituito da un qualsivoglia materiale dotato di qualità tattili, sembrerebbero pertanto inidonei a tal fine i prodotti della realtà virtuale elettronica oggi in commercio, difettando del requisito dell'olografia in quanto immateriali.

⁽²⁾ La legge vieta il testamento congiuntivo, sia esso semplice, ossia redatto da più persone a vantaggio di un terzo, o reciproco, ove le disposizioni siano state compilate da ciascun testatore a favore dell'altro nel medesimo atto; con pacifica esclusione da tale divieto dell'ipotesi di due testamenti separati fatti da due testatori in favore l'uno dell'altro.

⁽³⁾ Ad esempio, a seguito di una attività interpretativa giudiziale.

Tralasciando la trattazione di queste due tipologie di forme, esulando essa dall'oggetto del presente scritto, diremo qui che il codice civile in materia testamentaria prevede espressamente agli articoli 587, 601~623 c.c., una funzionalità essenziale del formalismo negoziale *mortis causa*. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare vincolatività formale e tipologica del testamento. La forma scritta *ad substantiam* è qui richiesta per consegnare certezza alla volontà del testatore ed esaurire quei dubbi che una *probatio* testimoniale graverebbe su di essa.

Le forme mediante le quali può esplicitarsi la volontà testamentaria previste nel codice agli artt. 601-623 e dalla Legge 29 novembre 1990, n. 387 per quanto attiene al Testamento Internazionale, appaiono inevitabilmente finalizzate ad uno scopo che esaltando il formalismo ne garantisce i caratteri precipui; in materia riportiamo tre teorie, secondo le quali il formalismo sarebbe finalizzato a "garantire una maggiore ponderatezza e serietà nella volizione testamentaria (funzionalità sostanziale del formalismo)" (Allara, Azzariti e Martinez), oppure alla tutela degli interessi degli eredi legittimi contro ingiustificate mutazioni della volontà del testatore (art. 590 c.c.), sostenuta da Stolfi ma avversata dal Capozzi, oppure ancora sarebbe strettamente legato alla natura di etero-regolamento dell'Atto *mortis causa*, in quanto "statuizione di regole di condotta per i superstiti" (Liserre). Il Branca, in accordo con il Giannattasio, ha recentemente avanzato anche l'ipotesi che ne individua la funzione essenziale nella "presenza sicura del *de cuius* nel suo testamento", mediante una decisa assicurazione della provenienza delle attestazioni.

Risulta indubbio in ogni caso che il rispetto della forma non dispensa l'interprete dalla ricerca di una volontà univoca, in quanto l'adempimento dei requisiti formali è *condizione necessaria ma non sufficiente perché l'atto assuma natura di testamento*.

Il codice prevede una certa varietà di forme testamentarie suddivise in quattro ordinarie (testamento olografo, pubblico, segreto, internazionale) e cinque speciali (testamento in ipotesi di malattie contagiose, calamità pubbliche ed infortuni, a bordo di nave, a bordo di aeromobile ed assimilati, militare ed assimilati).

Destinate a soddisfare distinti interessi, le varie forme, caratterizzate da una completa autonomia e tipicamente connotate, seguono i modelli prescritti dalla legge. Tutte le tipologie suevidenziate, tuttavia, condividono necessariamente, oltre alla *causa mortis*, la forma *scripta ad substantiam* e la *solemnitas* come indispensabile elemento *pluris*, nonché l'autenticazione (notarile) o l'accertamento giudiziale come *fides* della loro provenienza.

Il nostro ordinamento consente di avvalersi liberamente di una qualsiasi delle evidenziate forme ordinarie o speciali di testamento. Tale varietà tipologica tuttavia, è opportuno sottolinearla, non realizza già una varietà funzionale ma al contrario è volta a garantire quanto più possibile un interesse unitario (*teleologia di scopo*). L'esigenza di garantire al massimo grado la volontà del testatore e la sua esecuzione in un momento in cui il suo autore non potrà più certificare un'interpretazione autentica, induce necessariamente ad una seria ponderatezza di scelte formali e sostanziali. La tutela degli interessi volti alla corretta attribuzione del patrimonio del *de cuius*, rappresenta dunque il fulcro del formalismo negoziale *mortis causa*.

L'articolo 601 c.c. sancisce che: "le forme ordinarie di testamento sono il testamento olografo e il testamento per atto di notaio" il quale sarà pubblico o segreto. Il testamento olografo rappresenta per tradizione il "tipo base" di negozio testamentario, interamente scritto (anche il cieco che sappia scrivere può compilare un valido olografo), datato (giorno, mese e anno di redazione, elementi, questi, della *testamentifactio*, oggettivamente e non soggettivamente, ovvero *aliunde*, ricostruibili) ⁽⁴⁾ e sottoscritto dal testatore. Giurisprudenza e dottrina sono sostanzialmente concordi nel qualificarlo come una scrittura privata ⁽⁵⁾, ex articolo 2699 c.c., anche se in effetti non si identifica esclusivamente in tale istituto.

Molto si è discusso circa l'ammissibilità di un olografo su un supporto differente da quello consueto cartaceo. Attenendosi scrupolosamente al dettame normativo, l'articolo 602 c.c. nulla dispone in tal senso, la Suprema Corte unitamente alla migliore dottrina ha più volte tuttavia ribadito che qualsiasi materiale di per sé idoneo a mantenere salda la grafia apposta e tale da consentirne l'intelligibilità deve ritenersi ammissibile. La casistica reale alle volte supera anche la fantasia degli Autori: ecco dunque situazioni in cui l'olografo viene vergato su un muro carcerario (olografo su immobile), con la conseguenza dell'impossibilità di adempire alla pubblicazione ai sensi dell'articolo 620, 1° comma c.c., pur dovendosi ammettere che l'esistenza del testamento può essere provata e/o accertata in sede giudiziale agevolmente (riteniamo altresì ammissibile la possibilità della ricostruzione della scheda testamentaria, mediante reprografia autentica o sentenza dichiarativa), l'esistenza di un testamento tuttavia potrà essere sempre ricostruita e provata dagli interessati (qualora non ricorra l'ipotesi di dolo o

⁽⁴⁾ Elemento destinato ad accertare se l'erede fosse capace di testare nel giorno in cui la scheda venne redatta o per dirimere in presenza di più testamenti successivi provenienti dalla stessa persona, quale fosse posteriore con effetto revocante nei confronti di disposizioni anteriori. Ipotesi non codificate di apposizione della data, come ad esempio la data indicata solo sulla busta contenente il testamento devono a tutti gli effetti considerarsi *tamquam non esset*.

⁽⁵⁾ Cass. 22.4.94, n. 3833, Foro It. 1995, I, 3628; Capozzi, Bigliazzi Geri, Giannattasio, Allara.

colpa grave nella perdita della scheda testamentaria da parte dell'erede) per testi (⁶), tale sarà l'ipotesi percorribile quando l'olografo sia stato vergato su un materiale destinato a mantenere la grafia per un tempo limitato, ad esempio qualora questo sia stato segnato sulla sabbia o su altro bizzarro *quid*.

La questione relativa alla leggibilità del testamento, posto che sono normativamente banditi tutti gli strumenti di scrittura meccanica, Braille, Morse (ammessa invece la stenografia), gli usuali strumenti basati su computer devices *et similia*, poiché per loro natura standardizzati e pertanto non atti a ricondurre all'autore lo scritto prodotto (⁷), va interpretata alla luce del principio della identificabilità della volontà del *de cuius*. Un olografo, pertanto, pur validamente redatto, con una grafia autografa del testatore, ma con caratteristiche caratteriali particolari, ideogrammi incomprensibili o pittogrammi anomali, dovrà ritenersi invalido.

Il testamento non è costituito della sola forma, essa sarà semmai l'involucro della sostanza; se questa è indecifrabile, la volontà in esso contenuta sarà impedita.

Per quanto attiene agli interventi dei terzi nella fase redazionale, essi determineranno indiscutibilmente l'invalidità della scheda qualora si risolvano nel sostituire in tutto o in parte la grafia del *de cuius*.

Risulta non di scarso interesse il caso in cui l'olografo non contenga tutte le disposizioni di ultima volontà del testatore, ma parte di esse sia stata vergata, per cause note od ignote in un'altra scheda, mantenuta segreta dal testatore. In tale ipotesi, che riteniamo non essere ostativa alla piena validità delle disposizioni testamentarie, rientrano situazioni in cui, ad esempio, il testatore nell'olografo (validamente redatto) faccia riferimento a *files* contenuti in un computer, oppure alla sottoscrizione da lui effettuata solo sulla busta ("sottoscriverò nella busta"), contenente le disposizioni.

La lettura combinata dell'articolo 603 c.c. (normativa con carattere di specialità, come è stato correttamente evidenziato dalla più qualificata dottrina) e della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (⁸), rivela lo sforzo compiuto dal legislatore per regolare compiutamente la forma testamentaria che

(⁶) Si ricorda tuttavia, che il testamento olografo ammette la sua revocazione ad opera del *de cuius* mediante distruzione e/o lacerazione della scheda, presunzione questa *iuris tantum*, ed in presenza di questa volontà la revoca è *iuris et de iure* incontestabile, pertanto la sola dimostrazione ammessa in contrario è che il testamento sia stato distrutto da un terzo o il testatore non abbia desiderato revocarlo.

(⁷) Devono tuttavia ritenersi ammissibili i nuovi mezzi di scrittura elettronica come la e-Pen, ove lo strumento "penna", opportunamente collegato ad un computer riproduca esattamente in alta definizione le inflessioni autografe del soggetto che lo sta usando, essendo questa ipotesi sussumibile nella *mera collaborazione meccanica*. Ugualmente ammissibili vanno considerate particolari forme di scrittura al computer certificate dai nuovi mezzi a bioimpronta dell'Autore o da preposta Autorità Certificante.

nel nostro ordinamento garantisce il più alto grado di sicurezza, vuoi dal punto di vista prettamente probatorio, essendo esso un atto squisitamente pubblico (ricevuto dal notaio o dall'esercente funzioni notarili presso gli Uffici Consolari esteri, ex art. 19 D.P.R. 5 gennaio 1967, n. 200) in presenza di due testimoni, e tale da far fede (atto ad *impugnabilità riservata*) fino a querela di falso di quanto dichiarato (contenuto, sottoscrizione, data) e posto in essere in presenza del pubblico ufficiale, vuoi dal punto di vista redazionale e conservativo, essendo esso indirizzato da un professionista del diritto, quindi nell'osservanza del formalismo previsto (a pena di nullità dell'atto) e nel suo Studio "sottratto alla manipolazione" dei terzi, sia accidentale che dolosa.

Va subito rilevato che lo "svantaggio" della mancanza di segretezza viene di gran lunga compensato dal rigore formale rescritto (*ceremonialismo logico e cronologico*).

Ad ulteriore controllo di conformità (con valore dichiarativo per la dottrina, costitutivo per la giurisprudenza) alla disciplina normativa, il testamento pubblico (art. 603, 2° comma c.c.) prevede la presenza (irrinunciabile) di due testimoni (eventualmente anche con funzioni di fidefacienti), maggiorenni, capaci d'agire, cittadini italiani (o stranieri residenti in Italia) e privi di interessi diretti od indiretti all'atto, ritenuti opportunamente idonei (dal notaio).

Caratteri precipui della dichiarazione testamentaria sono innanzitutto la riduzione per iscritto delle dichiarazioni ad opera del notaio, a pena di nullità, ex art. 606, 1° comma c.c., alla presenza del testatore, che esclusivamente con propria loquela, e non quindi con utilizzo di meri gesti, segni, moti, mimiche o monosillabi in risposta alle domande del professionista, dovrà esprimere la propria volontà. Il professionista quindi non potrebbe legittimamente allontanarsi dal luogo ove ha raccolto le dichiarazioni del testatore (questo a pena di nullità) per redigere l'atto e successivamente ritornare presso il testatore e leggere l'atto così redatto alla presenza delle Parti (Cass. 2742/75) ⁽⁸⁾.

Luogo, data ed ora esatta dell'atto (con attenzione al momento ricettivo e non a quello conclusivo) dovranno essere indicate con veridicità. La sottoscrizione del testatore, dei fidefacienti (eventuali), degli assistenti (eventuali), dell'interprete (eventuale), dei testimoni e del notaio, dovrà poi essere senza indugio temporale posta a conclusione dell'atto. Tralasciando le varie ipotesi di testamento pubblico del cieco, del sordo o dell'analfabeta e dei

⁽⁸⁾ Senza peraltro tralasciare quanto disposto nella Legge 3 febbraio 1975, n. 18.

⁽⁹⁾ Risulta assai efficace la soluzione tecnica di procedere alla redazione o correzione dell'atto mediante sua proiezione elettronica a parete in presenza delle Parti, e sua editazione interattiva.

relativi requisiti in termini di testimoni, esulando queste dall'economia del presente scritto, vediamo ora brevemente il testamento segreto.

Relegato all'oblio del non uso comune da molti anni, il testamento segreto (art. 604 c.c.), o mistico (secondo una ormai datata qualificazione), coniuga felicemente il vantaggio della segretezza propria dell'olografo, a quello dell'atto pubblico, relativamente al verbale di ricevimento (Cass. 83/1962). Per la valida redazione è richiesta solamente la capacità di leggere e naturalmente di sottoscriverlo (a rigore, non quella di scrivere!), ma anche la sottoscrizione può mancare (art. 604, 2° comma c.c.).

In sostanza si tratta, come ha sottolineato il Bigliazzi Geri di un *ibrido normativo* con duplice natura-scrittura privata (redazione in *segreto* delle disposizioni, quindi in totale assenza di controlli della scheda, sia relativamente al contenuto che alla corrispondenza con quanto dichiarato) ed atto pubblico. Riteniamo tuttavia che tale qualificazione, peraltro sostenuta anche da altra dottrina, non sia pienamente condivisibile.

Pur conservando i due momenti anzi evidenziati distinta ed innegabile rilevanza, la compenetrazione degli stessi attestata dalla loro inscindibilità assoluta, realizza quello che si può chiamare un *atto complesso* con struttura unitaria ⁽¹⁰⁾.

Per quanto riguarda dettagliatamente la scheda testamentaria, diremo che la dichiarazione di ultima volontà può essere redatta su qualsiasi materiale (analogamente a quanto predetto circa l'olografo), v'è più, essa potrà essere pienamente scritta anche con mezzi meccanici, elettronici, ottici, o quant'altro.

Per quanto attiene alla data, va detto che essa ha rilevanza limitata, facendo fede esclusivamente quella che compare sul verbale di ricevimento del notaio.

Prevista dall'articolo 605 c.c. è la procedura di *sigillazione* della scheda. Essa potrà essere compiuta con una certa libertà di forma, materiali utilizzati e tempo di compimento. Il formalismo ricettivo notarile si completerà con la *nuncupatio*, ossia la specifica dichiarazione di presentazione della *cartula*, la dichiarazione di eventuali incapacità redazionali, l'eventuale dichiarazione di approvazione (art. 598 c.c.).

Il processo verbale sarà dal notaio redatto sull'involucro contenente il testamento (*atto di soprascrizione*). La lettura dell'atto (art. 51 L.N.) e le relative formalità di localizzazione e

⁽¹⁰⁾ In ciò troviamo conforto anche dal Capozzi e dal Criscuoli.

temporalizzazione conchiuderanno l'intera procedura suesposta, unitamente alle sottoscrizioni del testatore, testimoni e notaio (art. 605, 4° e 5° comma c.c.).

A seguito della Convenzione di Washington del 26 ottobre 1973, recepita in Italia con Legge 29 novembre 1990, n. 387, la disciplina del negozio *mortis causa*, ha assistito all'introduzione di una nuova particolare tipologia di testamento: il testamento internazionale, quarta forma, quindi, di testamento ordinario. Occorre chiarire subito che l'attributo "internazionale" pur individuando necessariamente una chiara intenzione del legislatore di volerne favorire l'applicazione, in tutte quelle situazioni in cui il testatore pur estraneo alla legislazione italiana si trovi a voler fare testamento in Italia, ovvero un cittadino italiano si trovi a testare in suolo straniero, ovvero ancora, in ipotesi in cui italiani o stranieri si trovino a possedere beni rispettivamente in territorio straniero o italiano, evidenzia una autonoma tipologia testamentaria che può essere a ragione utilizzata, anche in totale assenza di caratteri extranazionali, e pertanto svincolata da limiti vuoi di natura territoriale, vuoi di altra natura.

Molte sono senz'altro le analogie con il testamento segreto già analizzato, pur con il superamento dei residui formalismi ancora in quest'ultimo presenti, nel chiaro intento di valorizzarne un generale principio di *favor testamenti*. Il testamento internazionale, infatti vuole che la scheda, con le redatte volontà, sia consegnata alla presenza di testimoni ad una persona abilitata a riceverlo (notaio, agente diplomatico o consolare ove consentito dalla legge estera); alla dichiarazione del testatore che conferma la natura testamentaria del contenuto della scheda, segue la redazione di apposito attestato del ricevente.

La forma minima richiesta è quella scritta, con totale libertà di mezzi e/o strumenti con l'unica limitazione che esso non può essere contenuto su supporto digitale non potendo essa essere sottoscritta (questo, almeno in territorio italiano) ⁽¹¹⁾. Può essere a redazione eterografica, e secondo una lingua liberamente scelta dal testatore (è ammessa anche la lingua sconosciuta sia al testatore che al ricevente). Sono richiesti due testimoni (ai quali non occorre rendere noto il contenuto della scheda). La sottoscrizione va posta in essere dal testatore sui singoli fogli (i quali andranno altresì numerati progressivamente) o da questo riconosciuta e confermata, ma, se nell'impossibilità di farlo, il testatore potrà chiedere ad una persona appositamente abilitata,

⁽¹¹⁾ La Convenzione di Washington, tuttavia, non parla propriamente di sottoscrizione ma di *signature*. Tale termine può indicare anche solamente le iniziali del nome, ovvero può essere inteso anche come timbro, marchio, sigillo, etc. Quindi un ipotetico testamento internazionale contenuto su supporto elettronico, DVD per esempio, o documento pdf, o sito Web, e munito di *original signature*, riteniamo non individui un'ipotesi ostativa della sua piena validità, ciò anche in accordo al principio del *favor testamenti*.

di firmare al proprio posto (12). La datazione segue quanto previsto in materia di testamento segreto.

Di estrema rilevanza sarà, infine, l'attestato di uniformità alla legge (art.10), predisposto dalla persona abilitata, in duplice originale (principio dello *snellimento formale*), di cui uno resterà allegato al testamento, ed uno sarà conservato dalla persona abilitata.

La tradizione tralatizia ci consegna anche la *vexata quaestio* del *testamento nuncupativo*. Considerata valida nel diritto romano, tale forma testamentaria deve ritenersi a tutt'oggi totalmente priva di validità. La difficoltà dell'esatta ricostruzione della volontà del *de cuius* ha ormai da tempo portato la migliore dottrina (Mengoni, Capozzi, Bonilini, ed altri) a considerare il testamento orale semplicemente inesistente, mentre la giurisprudenza e una parte minoritaria della dottrina lo considera addirittura nullo, ossia soggetto alla *condizione generale di confermabilità* di cui all'articolo 590 c.c.

Riconducibile alla tematica testé affrontata, anche se con essa non coincidente è la questione sulla prova dell'esistenza di un testamento smarrito o distrutto, essendo questa ammissibile anche oralmente; è certamente forma ammessa di ricostruzione dell'atto, ma *quid iuris* se l'atto effettivamente non ci fosse mai stato, eppure artatamente ricostruito?

La qualifica di *speciali* attribuita ad alcune forme testamentarie è giustificata dall'impossibilità di ricorrere alle forme ordinarie del negozio *mortis causa*. La conseguente semplificazione del formalismo testamentario si presenta in ipotesi tassativamente previste dal legislatore: malattia contagiosa, pubblica calamità, infortunio, testamento a bordo di nave, di aeromobile, testamento militare a seguito di operazioni belliche.

Il termine di efficacia dei testamenti speciali è limitato a tre mesi dal ritorno a situazioni di normalità (ad esempio sbarco in luogo dove è possibile fare testamento in forme consuete). La capacità di ricevere tali testamenti è estesa eccezionalmente anche a notai non residenti nel distretto dove i fatti si sono verificati.

Il cosiddetto *testamento a bordo di nave* può essere ricevuto dal comandante della stessa o in caso di sua impossibilità dai suoi sottoposti in ordine alla relativa scala gerarchica. Redatto in doppio originale alla presenza di due testimoni, il testamento viene conservato tra i documenti di bordo e (art. 612 c.c.) annotato sul giornale di bordo, una copia dello stesso sarà consegnata

(12) Ricordiamo che per poter riconoscere o confermare la propria firma è assolutamente necessario che la scheda sia aperta e non certo sigillata.

dal comandante della nave ad una persona autorizzata (autorità marittima, console, etc.), in occasione del primo scalo.

Il *testamento a bordo di aeromobile ed assimilati*, ricalca le disposizioni già esposte per il testamento a bordo di nave, tranne per il fatto che è sufficiente un solo testimone, viene annotato sul giornale di rotta, e può essere ricevuto dal solo comandante (il comandante, invece, potrà unicamente giovarsi del disposto dell'art. 590 c.c., circa la ricostruibilità delle sue ultime volontà).

Il *testamento dei militari* potrà essere ricevuto dal cappellano militare, da un ufficiale *tout court* della Croce Rossa, con la presenza di due testimoni. Sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal ricevente, sarà poi trasmesso al Ministero competente.

Il *testamento in casi di problemi sanitari* (art. 609 c.c.) trova applicazione in tutte quelle ipotesi di calamità, infortuni e pubblici contagi. Ricevuto dal Notaio, dal ministro del culto, dal sindaco, dal pretore, dal conciliatore, alla presenza di due testimoni, perde efficacia nei consueti tre mesi. Risulta di estrema rilevanza osservare come, mentre negli atti *inter vivos* le ipotesi di inosservanza formale dei requisiti normativamente prescritti *ad substantiam*, determina l'insanabile nullità dell'atto, nella complessa materia testamentaria il fondamentale articolo 606 c.c., a differenza del previgente 775 c.c., individua tassativamente al 1° comma, ipotesi di nullità quando “manca l'autografia o la sottoscrizione, ovvero manca la redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro, nel caso di testamento per atto di notaio”, mentre al 2° comma accomuna in via residuale tutte le ipotesi non menzionate, riconducendole alla fattispecie dell'annullabilità.

Per il principio generale del *favor testamenti*, l'annullabilità, contrariamente al disposto di cui al 1418 c.c., è virtuale mentre la nullità è testuale. La quasi totalità degli articoli dedicati alle invalidità testamentarie pongono *in nuce* una necessità di ordine conservativo, volta alla epurazione degli elementi viziati ovvero vizianti dello strumento testamentario, al fine di restituire al negozio *mortis causa* la sua corretta funzione veicolare.

Tra le varie ipotesi di invalidità testamentarie quella determinata da difetti legati alla data od alla sua autografia (testamento olografo), inerenti dunque il documento testamentario, rappresenta indubbiamente un *quid facti* sostanziale. La data, come del resto l'intera scheda testamentaria dovrebbe essere redatta manualmente dal testatore. L'incompletezza della data nei suoi elementi costitutivi (giorno, mese, anno) determina l'annullabilità del testamento (Cass., 6682/88). Ipotesi bizzarre di prestampa (anche se timbro postale), financo parziale della stessa

(ad esempio, stampa delle prime due cifre dell'anno), pur se con qualche rara Sentenza del Supremo Collegio, a favore, devono considerarsi causa di annullabilità ⁽¹³⁾.

Date cosiddette perifrastiche (ad esempio, S.Stefano 1969) sono ammesse. In ogni caso evidenziamo come la prova del *dies* deve essere portata da colui che intenda provare l'anteriorità o posteriorità della redazione testamentaria (Cass. 2672/69). Per quanto attiene alla sottoscrizione, la cui mancanza è sanzionata con la nullità, va apposta sulla scheda (e se occorre sui singoli fogli componenti le volontà scritte dal testatore, non pertanto sulla busta contenente il testamento), e posizionata necessariamente alla fine delle ultime volontà del *de cuius* (dove c'è spazio, quindi anche a margine, sbieca *et similia*), a "suggello cosciente dell'atto" (Cass. 1296/60). Riteniamo sufficiente anche un segno grafico atto però ad identificare inequivocabilmente il testatore; del resto che altro sarebbe se non un segno grafico la firma stessa?

A recupero delle suindicate ipotesi, seguendo la *ratio* del principio: *utile per inutile non vitiatur*, l'articolo 590 c.c. prevede che da qualunque causa generate, le disposizioni nulle, coscientemente confermate ovvero eseguite dopo la morte del testatore, non possono essere fatte valere ⁽¹⁴⁾. Per le disposizioni viziate da annullabilità, invece, oltre al rimedio di cui all'articolo 1444 c.c. (analogia *iuris*) opera la rinuncia alla relativa azione.

Risulta palese come l'individuazione delle molteplici ipotesi di vizi formali sia strettamente legata al tipo di documento testamentario scelto dalla Parte. Le invalidità, formali (art. 606 c.c. per i testamenti ordinari e art. 619 c.c. per i testamenti speciali) o sostanziali (si ricavano da vari articoli del codice: artt. 458, 589, 596-599, 631, 632, 635, 651, 656, 626, 628, 629, 647, 692, 735) dell'atto attengono a profili soggettivi e/o oggettivi; come già evidenziato la nullità sarà imprescrittibile mentre l'azione di annullamento sarà soggetta alla prescrizione quinquennale, con decorrenza dal giorno in cui si è avuta notizia del vizio.

Di estrema importanza nel vasto campo delle invalidità testamentarie è la tematica del recupero delle disposizioni invalide. In ogni caso esse non possono essere fatte valere da coloro che conoscevano, dopo la morte del *de cuius*, le abbiano confermate o ne abbiano dato volontaria esecuzione (Cass. 2958/72), la confermabilità non potrà invece essere fatta valere per quanto attiene alle disposizioni testamentarie lesive della legittima (Gabrielli), ed alla rinuncia all'azione

⁽¹³⁾ Potranno verificarsi casi di schede con data coeva, tali situazioni se inconciliabili determineranno annullamento della scheda.

⁽¹⁴⁾ Non altrettanto vale per le disposizioni dettate in documento alla legittima.

di riduzione. Parte della dottrina (Cicu, Capozzi, Bigliazzi-Geri), individua anche l'ipotesi di invalidità testamentaria parziale: in particolare per l'ipotesi di soggetto sano di mente ma affetto da deliranti manie in un particolare campo (superstizioni), essendo solamente quelle profonde incapacità tali da turbare il processo volitivo intellettivo a escludere l'autodeterminazione testamentaria.

Prima di trattare della *telogenesi testamentaria*, diciamo innanzitutto che una volta consegnata (al notaio) la scheda, questi è tenuto a custodirla tutelandone la riservatezza, con separazione di fascicoli tra testamenti segreti e pubblici. L'accesso a questi documenti, a rigore, non dovrebbe essere ammesso neanche al personale di segreteria dello stesso Studio Notarile (art. 67, 2° comma, e 83, 1° comma, L. 16 febbraio 1913, n. 89). La ragione della riservatezza delle disposizioni testamentarie cessa con l'apertura della successione, ed ogni ragione tesa a preservarne le volontà cede il passo all'esigenza di pubblicità della scheda testamentaria. Il codice civile all'articolo 620, 1° comma, dispone che: "chiunque è in possesso di un testamento olografo deve presentarlo ad un notaio per la pubblicazione". La pubblicità-notizia della pubblicazione dà inizio ai procedimenti *post vocationem*. L'istituto della pubblicazione è espressamente previsto dalla legge nelle sole ipotesi di testamento olografo e segreto, mentre per i testamenti pubblici è la legge notarile (art. 61 L. n.) a prevederne l'adempimento relativo alla pubblicità (una parte della dottrina usa il termine "pubblicazione" anche per questa ipotesi). La finalità della pubblicazione risiede nel significato del termine stesso: eliminare il segreto a tutela del contenuto del testamento, poiché da questo momento molti potrebbero avere un interesse qualificato alla sua esecuzione.

La pubblicazione non è requisito di validità testamentaria (Cass. 2651/70) essa rappresenta essenzialmente "una condizione perché l'esecuzione del testamento possa essere coattivamente pretesa" (Di Marzio). Circa le spese, poi, saranno di norma anticipate da chi si sarà presentato per la pubblicazione, salvo ogni ripetizione dai beneficiari delle disposizioni testamentarie. Il verbale di pubblicazione andrà redatto nella forma di atti pubblici, ex art. 620, 3° comma c.c., sottoscritto dal notaio e dalla persona che ha presentato il testamento.

Tutte le tipologie testamentarie sono poi soggette al *principio generale dell'esecuzione* (Marmocchi), esso non costituisce certamente requisito di validità o di efficacia testamentaria (ed in questo fortunatamente anche la giurisprudenza è concorde), essendo ammisible la volontaria esecuzione anche antecedentemente alla pubblicazione del testamento stesso,

tuttavia, la pubblicazione, costituisce requisito necessario al fine di una sua coatta richiesta esecutiva.

Per l'ipotesi non marginale poi, di attribuzioni immobiliari, l'eventuale mancanza di trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, pur valendo ai soli fini della continuità delle trascrizioni, consente la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* (art. 2648 c.c.).

Di rilievo ai fini della nostra trattazione è la problematica relativa all'obbligatorietà della pubblicazione. Attenendoci strettamente al disposto normativo, una corretta lettura dell'articolo 620, 1° comma c.c. evidenzia come "chiunque sia in possesso di un testamento olografo" debba presentarlo ad un notaio, una fase obbligatoria questa dunque, a cui segue una fase facoltativa, ossia la pubblicazione ad opera del professionista.

L'articolo 620 c.c. affermando che "chi è in possesso di un testamento deve presentarlo a un notaio per la pubblicazione" non sta dicendo nulla sulla pubblicazione in sé, né sulle norme procedurali della pubblicazione, e nemmeno sulle modalità operative. A suffragio di quanto affermato, il successivo terzo comma prevede che "il notaio procede alla pubblicazione" e non certo che *il notaio deve procedere alla pubblicazione*. Un soggetto terzo pertanto, in possesso della scheda (o in detenzione della stessa), una volta consegnata al notaio non farebbe scattare necessariamente la fase relativa alla pubblicazione, posto che nessuno dei diretti interessati si attivi. Con il pieno supporto della giurisprudenza (tra cui Cass. 2145/74) ci sentiamo di affermare che non si possa pretendere di accollare le spese relative alla pubblicazione all'ignaro soggetto presentatario della scheda, e neanche il ricorso alla *negotiorum gestio* sostenuta dalla dottrina pare correttamente applicarsi; l'art. 2028 contrasta decisamente con la previsione cogente indicata dall'art. 620 c.c.

La costruzione dottrinale ha trovato vari sostenitori dell'obbligo di pubblicazione in virtù di un conclamato "interesse pubblico", salvo poi ammettere, in contrastante coerenza (uniformandosi alla posizione giurisprudenziale), il patto di non pubblicazione. Va detto in ogni caso che, i coeredi possono anche in assenza di pubblicazione regolare transattivamente le varie posizioni patrimoniali mediante il cosiddetto *patto di famiglia* (Cass. 2145/74).

Dunque ricapitolando, l'esigenza di *economicità del diritto* richiede che se colui il quale presenta il testamento al notaio non ha interesse diretto alla pubblicazione, perché, magari, era solo mero detentore della scheda (ad es. la banca depositaria in via fiduciaria), non attiverà il professionista nei successivi adempimenti, con il conseguente beneficio di non gravare con ulteriori atti di richiesta di risarcimento delle spese anticipate dal casuale detentore del

testamento, possibili fonti di controversie giudiziali, su una procedura che richiede speditezza e finalizzazione, ponendo il dettame codicistico l'accento sul primo momento: obbligo di consegna del testamento al notaio, mentre il secondo sintagma è destinato al mero richiamo a quale sarà, in cosa consisterà, in ossequio alla legge notarile, il momento successivo alla consegna del testamento al professionista. Cogliere effettivamente questa sottile ma essenziale precisazione non è certo cosa agevole, e neanche le pur variegate tesi dottrinarie finora avanzate erano riuscite in quest'intento. L'interesse pubblico perseguito dal legislatore non può certo essere quello del detentore non erede né legatario; né costituirebbe interesse pubblico quello della pubblicazione, poiché in tal ipotesi non sarebbe configurabile un patto di non pubblicazione, patto che, invece, è stato concordemente ammesso dalla Suprema Corte di Cassazione (15). Colui che presenta (obbligatoriamente) il testamento non dovrà anticipare alcuna spesa di pubblicazione, il testamento infatti rimarrà *sub condicione* quiescente presso il notaio sino a quando un soggetto con qualificato interesse non richieda la pubblicazione (tale può essere l'esempio di un testamento rinvenuto a seguito di procedure di collazione di beni o di inventario a seguito di disastri ambientali).

Nessuna norma prevede la pubblicazione d'ufficio del testamento ad opera del notaio non richiesto; potrà semmai rinvenirsi un obbligo morale ad informare i familiari in vita, se conosciuti. L'adempimento della formalità della pubblicazione non è dalla legge assoggettata ad alcun temine.

Ricordiamo in questa sede anche il patto *de non pubblicando*, accordo che concludono i chiamati all'eredità dal testamento - tutti devono sottoscrivere il patto poiché il testamento può essere pubblicato su istanza di un solo interessato (successori, legatari, coloro che sarebbero agevolati da un onere) - il cui oggetto è l'obbligo di non richiedere al notaio la pubblicazione del testamento; possiamo quindi affermare che si tratta di un'obbligazione di *non fare*.

Quale potrebbero essere gli interessi di cui sono portatori i soggetti partecipi dell'accordo? Uno lo abbiamo già enucleato, cioè il risparmio di spesa, nel caso in cui il testatore abbia disposto secondo le norme del codice.

Vediamo ora un'altra ipotesi: immaginiamo che il testatore abbia disposto con il testamento escludendo un soggetto che potrebbe essere chiamato per legge (un fratello), sulla base di una valutazione rivelatasi poi non corretta (ad esempio ritenendo, erroneamente, che il fratello non

(15) Cass. 17 luglio 1974, n. 2145, in G.I., 1976, I, 1, 144

si sia comportato bene nei suoi confronti). I fratelli (i successori) potrebbero optare per la soluzione di non pubblicare il testamento, nel presupposto che non sia giusto che il quel fratello venga escluso.

Ancora: si ipotizzi l'esclusione di un legittimario, quindi non più un fratello, ma un figlio: il codice prevede il riconoscimento a questo soggetto di una quota di eredità. La situazione in caso di pubblicazione del testamento, potrebbe comportare l'instaurazione di un'azione giudiziale, un'azione di riduzione, per arrivare ad un risultato che gli stessi chiamati nel testamento avrebbero potuto conseguire direttamente con un risparmio di spesa e di tempi.

Altri casi ancora si potrebbero individuare particolari risparmi di natura fiscale, più ancora delle spese di pubblicazione.

Evidentemente la liceità o no di tale patto va ricercata nelle norme del codice che regolano il testamento. Il codice attuale del '42 ha preso posizione rispetto a quello del 1865 ed ha imposto un dovere dove prima c'era una facoltà: l'art 620 c.c. pone un obbligo: chiunque è in possesso di un testamento olografo deve presentarlo a un notaio per la pubblicazione, appena ha notizia della morte del testatore. Che succede se non viene adempiuto questo obbligo? Abbiamo già evidenziato il punto in materia civilistica. Se però osserviamo con attenzione le norme relative all'indegnità ed il disposto penale, il punto d'inizio per trovare una soluzione alla materia in oggetto è proprio quello di distinguere il deposito del testamento presso il notaio dalla richiesta di sua pubblicazione. Usualmente, e per fortuna nella maggioranza dei casi, i due momenti avvengono contemporaneamente, però immaginiamo l'ipotesi della persona che porta il testamento dal notaio dichiarando di non essere stato istituito e si limita a consegnarlo al notaio; in questo caso quale soluzione affronterà il pubblico ufficiale?

L'ordine di eventi che propone la legge in una normale situazione in cui il chiamato si rechi con il suo testamento, dove lui è istituito erede, dal notaio prevede inizialmente il deposito presso il notaio stesso, subito dopo, nel tempo necessario per redigere il verbale, la pubblicazione, successivamente, come ultimo punto (art. 623 c.c.) la comunicazione a tutti i chiamati dell'esistenza del testamento. Il testamento viene letto all'interessato e poi comunicato agli altri. Che succede dunque se la persona si reca dal notaio e non chiede la pubblicazione?

In questo caso il *quisque de populo* non sarebbe responsabile, perché in ogni caso ha depositato il testamento presso il notaio. Una lettura logica per colmare la lacuna normativa sarebbe quella che sia il notaio, magari chiedendo aiuto alla persona o facendo delle ricerche,

a comunicare ai chiamati alla successione che esiste un testamento: nella peggiore delle ipotesi comunicherà con gli eredi legittimi, che sono quelli più facilmente reperibili.

Dopo il deposito del testamento presso il notaio, dopo le comunicazioni sopra accennate, se nessuno si presenta dal notaio per chiedere la pubblicazione, ancora nessuno per dettame codicistico sarebbe perseguitabile. Se nessuno è perseguitabile in questa situazione, vuol dire che, almeno tacitamente, questa situazione è lecita: non siamo di fronte all'illiceità di chi non si reca dal notaio a richiedere la pubblicazione. Passo ulteriore sarebbe quello di affermare che è lecito il patto con cui i soggetti decidono che nessuno di loro si rechi a chiedere al notaio la pubblicazione del testamento.

Tuttavia una cosa è dire la liceità del comportamento oggetto dell'accordo (cioè che da quell'accordo non scaturiranno conseguenze negative – indegnità e reato penale a loro carico), una cosa è dire che l'accordo può essere ricevuto dal notaio, inserito nell'ordinamento e fornito di quella tutela che dà l'ordinamento (un accordo non rispettato dà, quanto minimo, obbligo a risarcire i danni). Per compiere questo passo ulteriore, bisogna valutare la cosiddetta meritevolezza, cioè se vi sia un interesse meritevole di tutela che sottende a questo accordo. In questi casi, poiché la valutazione di tali interessi esce dal mondo giuridico per entrare in quello etico, morale, sociale, va analizzato di volta in volta qual sia la causa per cui i soggetti non vogliono chiedere la pubblicazione del testamento.

Dal punto di vista del professionista sarebbe sicuramente meritevole di tutela l'accordo di non pubblicare un testamento che nulla muta rispetto alla successione legittima; ritieniamo moralmente valido anche l'accordo di reintegrare un successore che per un errore di valutazione il testatore aveva escluso (non un successore legittimario, ma un successore legittimo). Probabilmente potrebbe non essere un interesse meritevole il risparmio fiscale quando, non pubblicando il testamento, il risultato da conseguire o conseguito sarebbe stato il medesimo.

L'importanza della meritevolezza è dovuta al fatto che il contratto che viene posto in essere non ha riscontro nel codice, è un contratto atipico. La meritevolezza la vaglierà senz'altro il giudice in sede giudiziaria, ma prima di tutto la deve controllare il notaio: un contratto senza causa è privo di un elemento essenziale e quindi radicalmente nullo.

Un'ipotesi che uscirebbe dai canoni della meritevolezza, al contrario, sarebbe un accordo che prevedesse un corrispettivo a favore di qualcuno che decide di non pubblicare il testamento.

Relativamente al problema della meritevolezza, dunque, difficilmente si potrà trovare una soluzione univoca, in definitiva, si può affermare che, in astratto, questo è un patto ricevibile. La forma, evidentemente dovrebbe essere quella dell'atto pubblico, riteniamo che andrebbe inoltre evidenziato l'iter che ha portato al patto in questione (il testamento deve rimanere presso il notaio ricevente): chi ha depositato il testamento, che ricerche e comunicazioni sono state fatte, il motivo della richiesta, etc.

Qual è la conseguenza, gli effetti di questo patto? L'effetto sarebbe senz'altro di natura obbligatoria. Un soggetto che riuscisse ad entrare in possesso del testamento e riuscisse a pubblicarlo potrebbe essere passibile solo di risarcimento dei danni nei confronti degli altri (eredi). In questo caso, il notaio, presso il quale è depositata la scheda, non potrebbe astenersi davanti a tale richiesta (di pubblicazione), anche se ciò potrebbe configurare ipotesi di inadempimento (per il campo penalistico, invece i possibili riferimenti principali sono: 483 bis, 489, 490 e 491 c.p.).