

IL NOTAIO E GLI ATTI *MORTIS CAUSA*

Gelsomina Salito*

Sommario: 1. Forma e formalismo degli atti *mortis causa*. 2. La capacità di testare ed il suo accertamento ad opera del notaio. 3. L'incapacità del notaio di ricevere per testamento. 4. Testamento pubblico e requisiti di forma. 5. L'intervento del notaio nel testamento segreto ed in quello olografo. 6. Il testamento nuncupativo. 7. La pubblicità degli acquisti *mortis causa*.

1 **Forma e formalismo degli atti *mortis causa***

Le norme concernenti la forma degli atti notarili, contenute nel Capo I della l. n. 89/1913, “si applicano anche ai testamenti ed agli altri atti, in quanto non siano contrarie a quelle contenute nel codice civile, nel codice di procedura civile o in qualunque altra legge del Regno, ma le completino”. Con disposizione “cerniera”, l’art. 60 l.not. raccorda la legge notarile e le altre leggi dello Stato, conferendo alla prima il carattere di legge generale ed elevando le seconde al rango di leggi speciali sulla forma, destinate, per effetto del noto principio per cui

* Dottore di ricerca in Comparazione e Diritto Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Salerno (Italia), dove ha diventato ricercatore universitario e professore dell’insegnamento di Diritto e legislazione notarile e di Diritto di famiglia. Insegna presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell’Università degli studi di Salerno. E’ ed è stata docente di Master di II livello. Tiene lezioni per la formazione e l’aggiornamento professionale. E’ componente del comitato scientifico della rivista “Comparazione e Diritto Civile”, diretta dal Prof. Pasquale Stanzone. Ha svolto attività di ricerca all’estero.

lex specialis derogat generali (ex art. 14 disp. prel. c.c.), ad assumere il valore di disciplina prevalente e primaria in materia, appunto, di forma dei negozi mortis causa e, in senso più ampio, degli altri atti distinti dall'atto pubblico.¹

Sono, così, gli artt. 601 ss. c.c. sia a definire le regole formali (ed, altresì, sostanziali) del testamento ed a richiedere² la forma solenne *ad substantiam* a garanzia di una maggiore tutela della volontà dell'autore sia a prescrivere l'impiego di forme tipiche quali quella del testamento olografo, del testamento pubblico, del testamento segreto, dei testamenti speciali. La nozione di forma qui considerata, infatti, “non è quella, generale e necessaria, di «figura esteriore della dichiarazione» che caratterizza ogni negozio giuridico, ma essenzialmente quella, specifica ed eventuale, di modo rappresentativo che per determinati negozi l'ordinamento impone alla «dichiarazione»”.³ Secondo il noto principio per cui *forma dat esse rei*, cioè, la forma segna e determina l'esistenza del negozio a causa di morte che è vincolato, nel suo venire in essere, ad assumere uno dei detti sembianti definiti (artt. 603 ss. c.c.): al testatore, in altri termini, qualora intenda disporre del suo patrimonio a causa di morte, è dato optare unicamente per una delle forme tipizzate dal legislatore, in quanto l'ordinamento riconosce rilevanza soltanto alla dichiarazione resa attraverso di esse.⁴ In vero, pur nella loro varietà, che trascorre dalla forma autografa a quella eterografa (si pensi, rispettivamente, al testamento olografo ed a quello pubblico), le richiamate fattispecie non solo sono accumulate dalla identità degli effetti, ma condividono la medesima ratio giustificativa che viene scorta, pacificamente, in nome di esigenze di protezione ora degli interessi degli eredi legittimi a conservare, all'interno della famiglia, i beni del testatore,⁵ ora di una

¹ Come ricorda M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 6, “la disciplina generale della forma del testamento pubblico si trova nell'art. 603 cod.civ. e nell'art. 51 della legge notarile ed è importante ricordare che in forza dell'art. 60 della legge notarile ove vi sia conflitto tra le norme della legge notarile e del codice civile prevalgono queste ultime”.

² Non si dubita che anche la dispensa dall'imputazione per l'esercizio dell'azione di riduzione (art. 564, secondo comma, c.c.) e la dispensa dalla collazione (art. 737 c.c.) costituiscano negozi a causa di morte non testamentari ma a struttura *inter vivos*. Per tutti G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 2, p. 742.

³ Opportunamente in questi termini E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in *Trattato breve delle donazioni e successioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, I, Padova 2010, p. 845.

⁴ In argomento P. RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, in *Vita not.*, 1987, p. 17 ss. Precisa, peraltro, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, che le forme tipizzate dal codice civile per il testamento hanno anche natura autonoma, nel senso che ciascuna forma è utilizzata di per sé ed è indipendente dalle altre. L'unico punto di contatto tra le varie forme – appunta, nondimeno, E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 846, n. 5 – è costituito dalla possibilità di conversione del testamento segreto (ed ora anche di quello internazionale) in olografo.

⁵ Tra gli Autori, cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 172.

più riflessiva formulazione della volontà testamentaria e della precostituzione della sua prova anche a distanza di molto tempo dall'originaria formulazione.⁶

E se la prima argomentazione (quella, vale a dire, della tutela, altresì, patrimoniale della famiglia) trova fondamento in una supposta quanto non giustificata preminenza della successione legittima su quella testamentaria, la quale, appunto, necessiterebbe di maggiori accortezze formali per poter prevalere; la seconda, più correttamente, si basa sul riconoscimento di una funzione sostanziale e processuale assolta dalla forma, nell'ottica – come appunta la dottrina – di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice civile in materia, che assicuri un maggiore rispetto dei fondamentali diritti della persona e una più forte protezione del diritto di proprietà (art. 42 cost.), se è vero, come è stato scritto, che l'autonomia testamentaria “è uno dei modi attraverso i quali si esprime più intensamente l'appartenenza del patrimonio al privato”.⁷

Il rischio, semmai, di un'eccessiva attenzione al profilo formale potrebbe essere quello di sacrificare la considerazione degli aspetti sostanziale, legati all'effettiva volontà del testatore,⁸ specie ove si rifletta sul fatto che, in sede di redazione del testamento, l'ordinamento impone il rispetto di rigorose formalità, ossia di una serie di comportamenti che il testatore o l'autore del testamento (e, dunque, lo stesso notaio in caso di testamento pubblico) sono tenuti ad osservare “al fine di ritenere attuata la prescrizione sulla «forma scritta» della dichiarazione”.⁹ Il legislatore delinea, a ben vedere, un vero e proprio procedimento tipico di manifestazione della volontà testamentaria, connotato da deroghe anche a quelle che sono le regole ordinariamente poste alla base della formazione dei negozi *inter vivos*, come riprova la disciplina riservata al testamento pubblico per il quale il codice civile definisce minuziosamente le modalità di formazione e le impone al notaio o ad altro pubblico ufficiale competente a riceverlo. Dal notaio richiesto di ricevere il testamento pubblico ci si attende, anzi, la (ulteriore) capacità di bilanciare i due momenti della forma e delle formalità, a tutto vantaggio di un'osservanza sostanziale del

⁶ In dottrina M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, p. 232. Nello stesso senso anche G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, p. 837 s.

⁷ L'affermazione è di G. VIDIRI, *Forma e formalismo: l'annullabilità del testamento olografo e la incompletezza della data*, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1989, il quale ha evidenziato, altresì, come il ritenere invalido un testamento a seguito della inosservanza di regole formali, prive di un vero contenuto sostanziale, finisce per incidere sull'ultimo comma dell'art. 42 cost.

⁸ La preoccupazione è denunciata da G. VIDIRI, *Testamento pubblico: difficoltà di sottoscrizione e capacità di testare*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, p. 2204 ss.

⁹ Come appunta E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 848, il quale precisa, altresì, come il termine «formalità» appaia, per la sua genericità, il più idoneo a ricomprendere *sub specie juris* l'estrema varietà di comportamenti prescritti dalle diverse norme.

primo e non di un mero ossequio alle seconde, onde funzionalizzare il cd. formalismo testamentario (sintesi, appunto, di forma e di formalità), ad una più accurata indagine della volontà della parte, prescritta in via generale dal più volte richiamato art. 47, secondo comma, l.not., per una migliore tutela della spontaneità, della libertà, dell'autonomia¹⁰ e della conservazione dell'atto testamentario, altresì rispetto a possibili future impugnazioni.¹¹

L'“assistenza qualificata del notaio”,¹² infatti, assicura univocità di contenuto e serietà della dichiarazione anche “sotto i profili di definitività, di completezza e di certezza della giuridicità del testo” e garantisce la custodia del documento, limitando la segretezza sia “sul fatto di testare sia sul contenuto del testamento”.¹³ Eppure, come è stato rilevato, a dispetto di ogni apparenza, il sistema disegnato dal legislatore semplifica, ancorché solo in parte, il formalismo per eccellenza, vale a dire quello notarile,¹⁴ sol che si rifletta sulla non necessità di formule sacramentali per il testamento pubblico o sulle modalità di apposizione delle sottoscrizioni ovvero ancora sul sempre maggiore spazio che inizia a ritagliarsi il cd. testamento nuncupativo, secondo il nuovo *trend* che privilegia l'adempimento sostanziale delle prescrizioni di legge alla loro mera esecuzione formale.¹⁵

Della descritta tendenza sono, così, ulteriore riprova le modalità di esecuzione dei diversi doveri cui è tenuto il notaio in relazione ai negozi *mortis causa*, tra i quali carattere preliminare assume l'accertamento della capacità di testare.¹⁶

¹⁰ Sul ruolo del notaio nella formulazione della volontà testamentaria, A. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino 1962, p. 1071.

¹¹ A. CICU, *Testamento*, Milano 1951, p. 26, con riferimento al formalismo testamentario, ne evidenzia la funzione di “conseguire la certezza della volontà testamentaria, eliminando le incertezze che si avrebbero inevitabilmente quando si ammettesse la prova testimoniale o presuntiva” nonché la finalità di “garantire anche la spontaneità e genuinità del volere”. Ma la regola indicata nel testo vale anche qualora si tratti di testamento segreto o di testamento olografo, per i quali sia necessario il suo intervento, nell'ottica del più generale compito di contemperare i diversi interessi di volta in volta coinvolti e di salvaguardare il sottile rapporto tra forma, formalità e formalismo.

¹² Così A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p.186.

¹³ Il virgolettato riprende le considerazioni di E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 852.

¹⁴ Sul punto M. DI FABIO, *Forme*, in *Commentario del codice civile*, II, *Delle successioni*, artt. 565-712, diretto da E. Gabrielli, a cura di V. Cuffaro, F. Delfini, Torino, 2010, p. 296.

¹⁵ La conclusione è di E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 853.

¹⁶ L'approccio alla materia testamentaria, sia pure al limitato fine di definire, in relazione alla stessa, il ruolo ed i compiti del notaio, non può comunque prescindere dalla lettura non solo dei testi indicati nelle note precedenti ma, altresì, dallo studio delle opere di M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934; S. PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, p. 561 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu, A. Messineo, Milano, 1958; A. Cicu,

2 La capacità di testare ed il suo accertamento ad opera del notaio

La *testamenti factio activa*, vale a dire la capacità di testare, non è disciplinata dal legislatore, il quale, all'art. 591 c.c., si limita a stabilire che “possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge”, con formula che, a giudizio della dottrina, individua una forma di incapacità giuridica, dal momento che, essendo il testamento un atto personalissimo, l'impossibilità di ricorrere alla rappresentanza finirebbe per negare all'incapace la possibilità stessa di diventare titolare del potere o del dovere risultanti dall'atto.¹⁷ *A contrario*, così, è dato inferire dalla richiamata disposizione che eccezioni alla regola della capacità di testare sono i casi tassativamente indicati, relativi, rispettivamente, a coloro che non hanno raggiunto la maggiore età (art. 591, secondo comma, n. 1, c.c.), agli interdetti giudiziali (art. 591, secondo comma, n. 2, c.c.); a coloro che, sebbene non interdetti, si trovino per infermità o per altra qualsiasi ragione nell'incapacità di intendere di volere e, quindi, di avere coscienza della rilevanza e della portata delle proprie dichiarazioni di ultima volontà.

Accertare se ricorra una di queste condizioni è, in sede di testamento pubblico, compito del notaio, in ragione del disposto del più volte ricordato art. 54 reg.not. che si applica anche ai negozi a causa di morte. Il primo controllo attiene, ovviamente, alla insussistenza di cause di incapacità legale, a cominciare dalla mancanza della maggiore età, facilmente verificabile in sede di accertamento dell'identità personale del testatore, allorquando cioè è possibile sincerarsi se il soggetto ha compiuto il diciottesimo anno di età, da calcolarsi, in assenza di una normativa speciale, secondo i meccanismi che sovrintendono al computo civile, per effetto dei quali il termine può dirsi compiuto allo scadere della mezzanotte del giorno del diciottesimo anno dalla nascita (*ex artt. 2963 c.c. e 155 c.p.c.*).¹⁸ Qualche perplessità potrebbe sorgere in ordine alla capacità di testare del minore emancipato, specie se autorizzato all'esercizio dell'impresa commerciale, ma si ritiene, generalmente, di poterne equiparare la posizione a quella dell'inabilitato e di riconoscerne

Successioni per causa di morte. Parte generale, in *Tratt. dir.civ. e comm.*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, II ed., 1961; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, Disposizioni generali. Successioni legittime, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, p. 425 ss.; F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990; A. BURDESE, *Le successioni. II. Successioni a causa di morte*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, sub artt. 456-511, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1997, III ed., p. 291 ss.

¹⁷ In tal senso F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 25.

¹⁸ Il riferimento alla computazione civile in luogo di quella naturale si legge già in N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915, p. 314.

conseguentemente la *testamenti factio activa*: una diversa valutazione della sua posizione finirebbe per condurre “ad una soluzione priva di qualsiasi coerenza logica e sistematica dal momento che è stato riservato sotto ogni altro versante all’inabilitato e all’emancipato lo stesso trattamento per quanto riguarda la capacità di agire (art. 424, comma 1, e 427, comma 3, con riferimento agli art. 392 ss. c.c.)”.¹⁹ E ciò a tacere dell’ulteriore argomentazione secondo cui una differente interpretazione del dato normativo potrebbe denunciare una palese incongruenza anche sul versante costituzionale del rispetto della persona del minore e dei suoi diritti (art. 3 e 37, ultimo comma, cost.).

In senso contrario, si è, tuttavia, rilevato che, sebbene sia innegabile la generale tendenza dell’ordinamento a riconoscere all’emancipato un trattamento analogo a quello riservato all’inabilitato, è parimenti vero che egli resta, comunque, un minore di età,²⁰ e come tale rientra pur sempre nella generale esclusione posta dall’art. 591 c.c.

Ubi voluit, ibi dixit, del resto e se, dunque, il legislatore, nella tassativa elencazione offerta dalla disposizione codicistica, richiama l’uno e non l’altro, l’inabilitato e non il minore, la capacità di testare può riconoscersi solo in capo al primo e non anche al secondo, salvo non dimostrare una sua concreta incapacità di intendere e di volere al momento della manifestazione delle ultime volontà. In tal caso, tuttavia, a venire in discussione non sarebbe la regola generale della capacità dell’inabilitato quanto piuttosto la distinta ipotesi prevista dall’art. 591, secondo comma, n. 3, c.c. ed il discorso può ripetersi in relazione al beneficiario dell’amministrazione di sostegno – non menzionato dalla norma per un’evidente distrazione del legislatore della l. n. 6/2004 – che non perde la capacità di disporre per testamento, a meno che il giudice tutelare non abbia diversamente disposto nel decreto di nomina dell’amministrazione di sostegno o non abbia applicato alla sua persona, *ex art. 411*, quarto comma, c.c., le restrizioni e le limitazioni previste in caso di interdizione.

Il carattere rigoroso ed inderogabile dell’art. 591 c.c. inchioda, così, all’incapacità di testare solo il minore e l’interdetto, sebbene, con riguardo a quest’ultimo l’incapacità decorra soltanto dal giorno della pubblicazione della sentenza di interdizione (art. 421 c.c.) ed operi, fino a tale momento, la generale presunzione di normale capacità dell’interdicendo e la regola dell’irretroattività degli effetti della suddetta decisione.²¹

¹⁹ In questi termini G. VIDIRI, *Testamento pubblico: difficoltà di sottoscrizione e capacità di testare*, cit., p. 2206 ss.

²⁰ E’ la tesi di G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1, p. 438, accolta anche da G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 73.

²¹ Cass. civ., 30 luglio 1983 n. 5248, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 173.

Più complesso è, invece, l'accertamento ad opera del notaio dell'assenza della capacità di intendere e di volere del testatore, all'atto del testamento, di cui discorre il ricordato art. 591, n. 3, c.c., rinviando ad una condizione caratterizzata da un'alterazione dello stato psicofisico del testatore tale da renderlo assolutamente privo della consapevolezza del significato dei suoi atti e della capacità di autodeterminarsi.²² Formulare una nozione unitaria di incapacità naturale in ambito testamentario risulta, in verità, poco agevole, dal momento che non sembra essere sufficiente una qualsiasi anomalia o alterazione delle facoltà, psichiche ed intellettive,²³ ma occorre un più dettagliato esame della situazione concreta, da compiersi con giudizio di tipo essenzialmente casistico sulla base di diversi criteri di valutazione,²⁴ tra i quali quello di distinguere fra infermità permanente (cui presuntivamente si ricollega uno stato di incapacità naturale) ed infermità a carattere intermittente (per la quale non opera una presunzione di incapacità), con conseguente onere – a carico di chi quello stato di incapacità assume – di provare che il testamento fu redatto in un momento di non lucidità e consapevolezza.²⁵

²² Sul punto G. MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*, in *Riv. not.*, 2006, II, p. 564. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. civ., 27 ottobre 2008 n. 25845, in *Giur. it.*, 2009, I, p. 1929; Cass. civ., 24 ottobre 1998 n. 10571, in *Riv. not.*, 1999, II, p. 1034 ss.

²³ Cass. civ., 5 novembre 1987, n. 8169, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 11. Precisa in merito Trib. Bari, 26 aprile 2010, su www.giurisprudenzabarese.it, 2010, che “in materia di annullamento di disposizioni testamentarie per incapacità di intendere e di volere non è sufficiente una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, ma occorre la sussistenza di una infermità che affligga il soggetto all'atto della compilazione del testamento, tale da renderlo assolutamente privo di coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi. L'annullamento postula dunque la prova di una infermità permanente o transitoria, o di altra causa perturbatrice, ed a tal fine, non è neppure sufficiente la dimostrazione di una patologia che sia insorta qualche tempo dopo la redazione delle volontà del de cuius, poiché ciò costituisce un significativo elemento presuntivo, ma solo quale base di partenza per dimostrare che anche al momento del testamento quella patologia o i suoi prodromi compromettessero le facoltà volitive e la capacità di autodeterminazione del testatore. A maggior specificazione è stato anche affermato che non ricorre l'incapacità naturale idonea ad invalidare il testamento ex art. 591, c.c., quando si è in presenza di un minimo decadimento delle facoltà mentali, desumentesi da mere anomalie comportamentali, non compromettente le funzioni volitive e la capacità di critica. L'onere probatorio è posto a carico di chi assume che il testamento fu compilato in un momento di incapacità di intendere e di volere, ed ai fini del relativo giudizio, peraltro, occorrerà tenere conto del contenuto dell'atto di ultima volontà e degli elementi di valutazione da esso desumibili, in relazione alla serietà, normalità e coerenza delle disposizioni, nonché ai sentimenti ed ai fini che risultano averle ispirate”. Nello stesso senso Cass. civ., 30 settembre 2008, n. 24301, in *Diritto e Giustizia online*, 2008; Trib. Cassino, 18 aprile 2011, in *Dir. fam.*, 2011, 3, p. 1315 ss.; Trib. Pesaro, 13 aprile 2013 n. 255, in *Giur. merito*, 2013, 6, p. 1310.

²⁴ Indicazioni essenziali in dottrina sono offerte da V. PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 776 ss.; Id., *Incapacità naturale*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.; V. M. TRIMARCHI, *L'incapacità naturale ed il negozio cambiario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1955, p. 292 ss.

²⁵ Cass. civ., 6 dicembre 2001, n. 15480, in *Riv. not.*, 2002, p. 1531.

Sul punto, è, peraltro, principio consolidato quello secondo cui “l’annullamento di un testamento per incapacità naturale del testatore postula l’esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento della redazione dell’atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi, con il conseguente onere, a carico di chi quello stato di incapacità assume, di provare che il testamento fu redatto in un momento di incapacità di intendere e di volere (Cass. n. 9081 del 2010). Invero, posto che lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l’eccezione, spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso è compito di chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo» (Cass. n. 8079 del 2005; Cass. n. 9508 del 2005)”.²⁶

In verità, dal notaio ci si può attendere un accertamento della capacità naturale nei limiti delle sue competenze (e secondo il criterio di diligenza fissato dell’art. 1176 c.c.), che esulano da conoscenze mediche e si basano essenzialmente su un esame diretto della persona.²⁷ E’ evidente, pertanto, come egli possa escludere con sicurezza la capacità naturale del testatore solo in presenza di manifestazioni eclatanti di assenza intellettuale e volitiva,²⁸ con giudizio che resta pur sempre discrezionale, autonomo e necessariamente contingente, finalizzato alla sola rogazione dell’atto, non essendo egli tenuto a compiere accertamenti approfonditi quali quelli che vengono eseguiti a successione aperta.²⁹ L’accertamento del notaio costituisce, in tal senso, solo un elemento, ancorché significativo, di prova della capacità di testare,³⁰ in quanto testimonia la mancanza di segni apparenti d’incapacità del testatore,³¹ ma lo stato di sanità mentale, così ritenuto e dichiarato, può, comunque, essere contestato con ogni mezzo, senza bisogno di proporre querela di falso.³²

²⁶ Da ultimo, Cass. civ., 10 marzo 2014, n. 5527.

²⁷ M. MAZZOLA, *Notaio e notariato*, in *Dig. it, disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1995, p. 236; A. RIGANÒ, *Efficacia probatoria dell’atto pubblico e attestazione del notaio sulla capacità della parte convenuta*, in *Notariato*, 1999, p. 229.

²⁸ Trib. Milano, 10 ottobre 1963, in *Temi*, 1964, p. 270 ss.

²⁹ Trib. Voghera, 17 novembre 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, p. 887 ss.

³⁰ Trib. Savona, 27 febbraio 2012.

³¹ Cass. civ., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 5.

³² Cass. civ., 18 agosto 1981, n. 4939, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 8.

3 **L'incapacità del notaio di ricevere per testamento.**

In linea generale, sussiste un'equiparazione fra la capacità di succedere e la capacità di ricevere per testamento, in quanto entrambe sono manifestazioni della capacità giuridica:³³ a questa regola, il legislatore ha posto, tuttavia, delle eccezioni, a presidio della libertà di disporre del testatore; una delle quali concerne il notaio ed il suo ruolo di terzo imparziale in sede di ricezione del testamento. Sono, così, nulle, ex artt. 597 e 599 c.c., le disposizioni testamentarie fatte a favore del notaio che ha ricevuto il testamento pubblico sia in forma diretta sia in forma indiretta ovvero per interposta persona, compiute cioè attraverso il padre, la madre, i discendenti ed il coniuge del pubblico ufficiale, come precisano le richiamate norme con elencazione per certo più ristretta rispetto a quella contenuta nell'art. 28 l.not., che, invece, estende il divieto di ricevere atti quante volte interessino non solo il notaio ma anche il coniuge,³⁴ i suoi parenti ed affini in linea retta in qualunque grado ed in linea collaterale entro il terzo grado.

La diversa formulazione normativa e la più estesa considerazione riservata alla parentela dalla legge notarile rispetto al codice civile spiega il dubbio sorto in dottrina in ordine alla possibilità, *recte* opportunità di fare riferimento, anche con riguardo alla materia testamentaria, alla più ampia indicazione dell'art. 28 l.not., alla possibilità, in altri termini, di ritenere che ricorra appunto un'interposizione di persona anche qualora la disposizione sia fatta in favore di uno dei soggetti indicati da tale ultima norma.³⁵ A dipanare ogni perplessità opera, tuttavia, il chiaro dettato dell'art. 60 l.not., che ascrive, come detto, alle norme del codice carattere di legge speciale rispetto alle altre.

L'incapacità di ricevere per testamento prevista per il notaio vale, altresì, per il testimone che abbia assistito alla redazione del testamento, in ragione della sua funzione che è, appunto, quella di garantire la conformità della scheda testamentaria alla volontà del testatore. Il limite non opera, invece, nei confronti dei fidefacienti, nonostante l'art. 49 l.not. richieda anche per loro il requisito della mancanza di interesse all'atto. La loro partecipazione al rogito risponde, infatti, all'unica finalità di accertare l'identità del testatore quante volte non sia nota al notaio:³⁶ come tale, essa ha natura e contenuti ben diversi rispetto a quella che compete ai testimoni che, con riguardo ai negozi *mortis causa*, trova ulteriore precisazione nel combinato disposto dell'art. 597 e dell'art. 603 c.c.

³³ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1, p. 600.

³⁴ Il vincolo di coniugio o di parentela deve, peraltro, sussistere al momento della redazione del testamento e non rileva qualora sorga in un momento successivo.

³⁵ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., p. 793.

³⁶ Sul punto L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in AA.VV., *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. VI, *Successioni*, Torino, 1997, p. 67.

4 Testamento pubblico e requisiti di forma

Il solo testamento notarile in senso stretto è costituito dal testamento pubblico,³⁷ disciplinato dall'art. 603 c.c., che, sulla falsariga degli artt. 777-780 del codice del 1865, ne definisce caratteri e formalismo. Dispone, a tal fine, la norma che il testamento viene ricevuto dal notaio alla presenza di due testimoni (art. 603, primo comma, c.c.),³⁸ al cospetto dei quali il testatore dichiara la propria volontà, riprodotta per iscritto a cura del notaio, che ne dà, poi, lettura al testatore stesso, sempre alla presenza dei testimoni; di ciascuna di tali formalità viene fatta menzione nell'atto *mortis causa* (art. 603, secondo comma, c.c.).³⁹ Da un lato, dunque, vi è la forma orale del negozio, rappresentata dalla volontà esternata dal testatore; dall'altro, quella grafica, costituita dalla dichiarazione narrativa del notaio.⁴⁰ L'una e l'altra, fondendosi ed articolandosi, danno vita al testamento pubblico, che, pertanto, risulta essere il risultato di un articolato procedimento disciplinato dalla legge notarile e, soprattutto, per effetto del dettato dell'art. 60 l.not., del codice civile. Sovviene, al riguardo, la distinzione tra attività intellettuale del notaio, non deferibile in alcun modo a terzi, e attività materiale, al contrario, delegabile ad altre persone, alle quali il notaio può affidare la concreta redazione del documento senza per ciò stesso incorrere in violazione della legge notarile o dello stesso codice civile che, anzi, all'art. 603 c.c. discorre di testamento scritto *a cura* e non *di mano* del notaio.⁴¹

Sul piano formale, invero, valgono, in linea generale, le regole fissate dalla legge notarile per gli atti *inter vivos*, come completate dalle disposizioni del codice civile: il testamento inizia, pertanto, con l'indicazione, non obbligatoria, del numero di repertorio degli atti di ultima volontà, cui segue

³⁷ Il testamento pubblico è un atto pubblico e come tale soggiace alla disciplina degli atti pubblici: in particolare, fa piena prova fino a querela di falso della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato nonché di quanto il notaio attesta essere stato detto o fatto in sua presenza (art. 2700 c.c.). Ad esso si applica la legge notarile ma solo in via subordinata rispetto alle previsioni del codice civile, stante il disposto dell'art. 60 l.not.

³⁸ In generale, sul testamento pubblico, per un primo inquadramento: C.M. BIANCA, *Le successioni*, Milano, 2005, p. 232; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Bari, 2004, p. 220; e, per un ulteriore approfondimento, A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 114; A. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995, p. 83; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1986, p. 115; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 150; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1956, p. 86; A. CICU, *Testamento*, cit., p. 60; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 3 ed., 1947, p. 354; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1947, vol. I, p. 144 ss.

³⁹ A. ZANNI, *Le menzioni del testamento pubblico*, in *Riv. not.*, 1999, p. 1181

⁴⁰ Sul punto N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 188.

⁴¹ Il rilievo è di E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 912.

l'intestazione REPUBBLICA ITALIANA e, quindi, la precisazione del luogo,⁴² della data del ricevimento (in lettere e per disteso, come dispone l'art. 51, n. 1, l.not.)⁴³ e dell'ora della sottoscrizione.⁴⁴ La costituzione del notaio, quella dei testimoni, dei fidefacienti e dell'interprete, se intervenuti, e quella del testatore avviene, parimenti, secondo le modalità dell'art. 51 l.not., quali formalità che precedono la menzione relativa all'accertamento dell'identità personale del testatore e, quindi, alla riduzione per iscritto delle sue volontà. Queste ultime devono essere dichiarate al notaio personalmente ed a "viva voce",⁴⁵ ancorché l'oralità non sia un requisito imprescindibile, stante la possibilità anche per il muto o sordo che non ha imparato a parlare di fare testamento pubblico, esprimendo a gesti i propri *desiderata* alla presenza di un interprete.⁴⁶ Il pubblico ufficiale raccoglie le dichiarazioni ma non può influenzarne il contenuto, dovendo cioè limitarsi ad indagare ed a tradurre in forma tecnicamente corretta le volontà ed a fornire spiegazioni e chiarimenti ma giammai suggerimenti o indicazioni.

In quest'ottica la presenza dei testimoni – dal cui intervento non si può mai prescindere⁴⁷ – è funzionale ad assicurare che quanto manifestato al notaio

⁴² Anche per il testamento pubblico occorrerà indicare non solo il Comune in cui è ricevuto ma anche il *locus loci*. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 194, richiedeva, così, non solo la precisazione del Comune, ma anche della casa del testatore.

⁴³ Precisa G. SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, cit., p. 351, che il testamento la cui data sia espressa per equipollenti è valido ma irregolare.

⁴⁴ In più, nonostante il silenzio della legge sul punto, è prassi che nel testamento sia indicata anche l'ora di inizio. Il testamento pubblico privo del requisito formale dell'ora della sottoscrizione è, peraltro, annullabile su istanza di chiunque vi abbia interesse, ai sensi dell'art. 606, secondo comma, c.c., non potendosi valutare come irrilevante, ai fini della validità dell'atto, che l'ordinamento lo configura come negozio solenne, rispetto al quale non possono mancare uno o più degli elementi costitutivi prescritti dalla legge. Cfr., sul punto, Cass. civ., 25 maggio 2012, n. 8366, in *Vita not.* 2012, 3, p. 1396 ss.

⁴⁵ In argomento G. SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, cit., p. 343.

⁴⁶ C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 175, correttamente esclude che la volontà del testatore possa essere manifestata attraverso risposte monosillabiche alle domande del notaio o che il testatore possa consegnare al notaio uno scritto già confezionato, dal momento che, in tale eventualità, mancherebbe il requisito della sicura provenienza della volontà dal testatore. Nulle impedisce, invece, che il testatore si avvalga di appunti o bozze ad ausilio della memoria.

⁴⁷ Non è, infatti, possibile la rinuncia ai testimoni, così come accade in relazione agli atti pubblici *inter vivos*, pena l'annullabilità del documento. Per Cass. civ., 23 ottobre 1992, n.11569, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, p. 10, "incombe nell'illecito disciplinare di cui all'art. 138 della legge notarile, per violazione dell'art. 47 della stesa legge, il notaio che procede alla pubblicazione di un testamento olografo senza la presenza dei testimoni, dovendosi ritenere che tale presenza sia sempre richiesta, senza possibilità di deroga, per la redazione del predetto atto notarile, dato che l'art. 60 della legge medesima, stabilendo che ai testamenti si applicano le disposizioni del capo I del titolo III della stessa legge (tra cui gli art. 47 e 48), in quanto non incompatibili con le norme del c.c., e con la disposizione, quindi, dell'art. 620 c.c., che espressamente esige l'assistenza dei testimoni per la

sia da questi fedelmente riprodotto nel testamento pubblico.⁴⁸ Ciò non implica, peraltro, che le volontà testamentarie siano, sin da subito, esternate al pubblico ufficiale dal testatore al cospetto dei testimoni, ma soltanto che siano dallo stesso ripetute successivamente davanti a questi ultimi.⁴⁹ I testimoni, pertanto, come prescritto dalla legge notarile, in quanto garanti della legalità e della certezza della volontà, non devono essere interessati all'atto, pena per il notaio che non abbia evitato un simile rischio, l'incorrere in un illecito disciplinare (peraltro "istantaneo", che si esaurisce nella ricezione del testamento nullo⁵⁰). Di norma, intervengono al negozio in numero di due, ma devono essere quattro se il testatore, oltre che sordo o muto, non sia in grado di leggere.⁵¹

Di tutte le descritte attività occorre fare menzione.⁵² Il codice civile, in particolare, richiede la menzione che la volontà del testatore sia stata dichiarata al notaio sempre in presenza dei testimoni e che dallo stesso sia stata poi ridotta per iscritto. L'escatocollo, contenente la chiusa del documento, deve, invece, includere la menzione dell'avvenuta lettura del testamento e degli eventuali allegati da parte del notaio al testatore in presenza dei testimoni; nonché l'indicazione della persona che ha materialmente scritto il documento,

pubblicazione del testamento, mentre per un verso riafferma la portata del precedente art. 47, a norma del quale gli atti notarili debbono essere redatti in presenza di per altro verso esclude, per la pubblicazione del testamento, l'applicazione dell'art. 48, che prevede la facoltà delle parti di rinunciare alla presenza dei testimoni".

⁴⁸ E' oggi pacifico che il notaio possa ridurre per iscritto le volontà del testatore anche in un momento successivo a quello della loro esternazione e non necessariamente in presenza dei testimoni, purché le volontà vengano poi ripetute al cospetto di costoro. Per tutti, G. SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, cit., p. 345 s.

⁴⁹ Sul punto Cass. civ., 11 luglio 1975, n. 2742, in *Mass.*, 1975.

⁵⁰ Lo precisa Cass. civ., 20 febbraio 2013, n. 4275, in *Vita not.*, 2013, 2, p. 827 ss., che, di conseguenza, fa decorrere la prescrizione della relativa sanzione dalla data della dichiarazione del testamento e non dalla successiva data di pubblicazione, stante l'applicabilità, nella specie, non già della norma generale di cui all'art. 2935 c.c., ma di quella speciale di cui all'art. 146 l.not.

⁵¹ In proposito, cfr. App. Palermo, 25 marzo 1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 935, che considera valido ed efficace il testamento pubblico, anche qualora i fidefacienti abbiano erroneamente indicato i dati anagrafici della parte, sul presupposto che è possibile provarne il reale contenuto con ogni mezzo; Cass. civ., 8 giugno 1983, n. 3939, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 90. In dottrina G. AZZARITI, *Sul testamento del muto, o sordo, o sordomuto, e che sia anche incapace di leggere*, in *Vita not.*, 1983, p. 1080, per il quale l'obbligo di intervento di quattro testimoni per la redazione del testamento pubblico, di cui all'art. 603, comma 4, c.c., ricorre soltanto nell'ipotesi in cui il testatore, oltre ad essere sordo, muto o sordomuto sia anche incapace di leggere.

⁵² La menzione, in quanto "esplicita dichiarazione d'adempimento delle formalità", attesta, appunto, l'avvenuto adempimento senza che occorra ricavarne la prova "da altri elementi contenuti nello stesso testamento". Così, M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., p. 9. Per la menzione non servono forme sacramentali, essendo rilevante unicamente che sia possibile argomentare dalle parole utilizzate l'avvenuto adempimento, come ricorda C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 186.

del numero dei fogli e delle pagine scritte. Il negozio si perfeziona, quindi, con le sottoscrizioni, nell'ordine indicato dal codice civile, con la precisazione del prenome e del cognome quali risultanti all'anagrafe senza abbreviazioni e pseudonimi.⁵³

Mentre la lettura del testamento risponde alla funzione essenziale di controllo che il testatore compie della rispondenza tra la volontà dichiarata al notaio e la riduzione da questi fattane nella compilazione dell'atto,⁵⁴ la sottoscrizione mira, invece, ad assicurare che vi sia assoluta certezza della riconducibilità delle disposizioni testamentarie alla persona del testatore e del fatto che quest'ultimo se ne sia assunte la paternità e la responsabilità in modo inequivocabile.⁵⁵

Particolare attenzione è riservata, dal legislatore, all'ipotesi in cui il testatore non sappia o non possa sottoscrivere; oggetto, peraltro, di specifica menzione a cura del notaio, da cui risulti la causa impeditiva, pena la nullità del testamento (art. 603, terzo comma, c.c.).⁵⁶ Al riguardo, la giurisprudenza non ha mancato di puntualizzare come solo la dichiarazione del testatore risulta idonea a costituire l'equipollente della sottoscrizione mancante,⁵⁷ lasciando però aperto il dubbio sul se una tale espressione di volontà possa risultare anche *per facta concludentia*: coloro che non escludono una simile possibilità, ne subordinano comunque la validità alla circostanza per cui la manifestazione tacita della causa ostativa consegua comunque a gesti chiari a sufficienza,⁵⁸ sul presupposto per cui la legge non impone il ricorso a formule particolari, ma richiede, unicamente, che il notaio non indichi in modo vago e generico le ragioni della mancata della sottoscrizione.⁵⁹

⁵³ In questo senso, per la dottrina, si veda L. Branca, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 118. Cfr., altresì, Cass. civ., 22 luglio 1966, n. 1999, in Riv. not., 1967, p. 895.

⁵⁴ In questi termini E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 914, il quale ricorda come la lettura del testamento deve essere integrale, non essendo ammessa una lettura limitata a singole determinate parti o dichiarazioni. Parimenti, la stessa deve essere svolta personalmente dal notaio senza possibilità di delega a terzi, neppure qualora – come ricorda C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 182 – il notaio abbia scritto di sua mano l'atto.

⁵⁵ In dottrina, E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 801. Con particolare riguardo al testamento olografo, v., altresì, G. MUSOLINO, *Aspetti formali e validità del testamento olografo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 49 ss.

⁵⁶ Il testamento deve considerarsi nullo anche allorquando contenga soltanto la attestazione del notaio che il testatore è impossibilitato a sottoscrivere per infermità senza che di ciò vi sia menzione da parte del testatore. Cfr. Cass. civ., 26 novembre 1996 n. 9674, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 612 ss. In dottrina v., però, E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 915 ss.

⁵⁷ Cfr. Cass. civ., 17 giugno 1991, n. 6838, in *Vita not.*, 1992, p. 337.

⁵⁸ In tal senso A. CICU, *Testamento*, cit., p. 68. *Contra*, però, G. Azzariti, *Successioni e donazioni*, Padova, 1982, p. 410.

⁵⁹ *Amplius* G. MUSOLINO, *Testamento pubblico e impossibilità per il testatore di sottoscrivere l'atto*, in *Riv. not.*, 2010, I, p. 220.

Le cause impeditive possono essere, peraltro, le più varie; attenersi ad un impedimento fisico o psichico, permanente o temporaneo; consistere anche solo in una difficoltà di grafia derivante dall'età avanzata del testatore oppure dall'estrema debolezza in cui egli si trovi, magari per una malattia.⁶⁰ Il notaio, dal canto suo, non deve limitarsi a ricevere la relativa dichiarazione ed a farne menzione ma deve anche constatare se la stessa rifletta effettivamente la realtà,⁶¹ dal momento che “nel testamento pubblico, quando il notaio fa menzione di una dichiarazione del testatore riguardante, ai sensi dell'art. 603 c.c., una causa impeditiva della sottoscrizione dell'atto, il testamento è valido solo se tale causa effettivamente sussista, derivandone in caso contrario il difetto di sottoscrizione e, quindi, la nullità del testamento per difetto di un requisito formale”.⁶²

⁶⁰ Non è, così, necessario che l'impedimento derivi da una vera e propria malattia, essendo sufficienti l'età avanzata o un impedimento fisico anche temporaneo o psichico che produca debolezza. Lo afferma L. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., p. 118. Ampia, peraltro, la giurisprudenza sul punto. *Ex plurimis*, tra le prime nel senso descritto, Cass. civ., 3 aprile 1973, n. 912, in Rep. Foro it., 1973, voce *Successione ereditaria*, n. 73; Cass. civ., 22 maggio 1969, n. 1809, in Foro it., 1969, I, c. 2192; Cass. civ., 7 maggio 1957, n. 1553, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, p. 609; Cass. civ., 27 luglio 1950, n. 2101, in *Foro it.*, 1951, I, c. 592. Per Cass. civ., 25 marzo 2011, n. 6978, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, “è valido il testamento, anche se privo di firma del defunto, se il notaio rogante giustifica la mancata sottoscrizione del documento con lo stato di spossatezza e sfinimento dell'anziano testatore, ricoverato in una casa di cura”.

⁶¹ Interessante quanto si legge in Cass. civ., 23 febbraio 2012, n. 2743, in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1208 ss., per la quale “l'obbligo del notaio di menzionare, prima della lettura del testamento pubblico, ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.c. e delle connesse disposizioni della l. 16 febbraio 1913 n. 89, la dichiarazione del testatore che si trovi in grave difficoltà di firmare l'atto, sussiste solamente nell'ipotesi che il testatore non sottoscriva il documento e non già anche nel caso in cui, sia pure con grave difficoltà, egli apponga effettivamente la sua firma. Infatti, la formalità della dichiarazione e della menzione costituisce un equipollente della sottoscrizione mancante, mirante ad attestare che l'impedimento dichiarato, e realmente esistente, è l'unica causa per cui non si sottoscrive e ad evitare che la mancanza di firma possa essere intesa come rifiuto di assumere la paternità del contenuto dell'atto”.

⁶² Da ultimo Cass. civ., 21 novembre 2008, n. 27824, in *Vita not.*, 2009, 1, p. 438, che ha considerato l'ipotesi in cui la causa impeditiva consegua all'analfabetismo del testatore. Circa il difetto di sottoscrizione che consegue ad una menzione non rispondente alla realtà effettiva cfr., *inter alia*, da Cass. civ., 9 aprile 2014, n. 8346, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, per la quale “ai sensi degli artt. 2 e 4 della legge 3 febbraio 1975, n. 18, i non vedenti hanno, in linea di principio, la capacità di sottoscrivere gli atti che li riguardano, sicché, ai fini della validità del testamento pubblico, la dichiarazione del testatore di non poter firmare perché cieco, seppur trasfusa nell'atto dal notaio rogante, è insufficiente, occorrendo anche che essa sia veridica, in quanto, altrimenti, il testamento è nullo per difetto di sottoscrizione”. L'atto del testatore che dichiari falsamente di non poter sottoscrivere il testamento può, quindi, considerarsi manifestazione dell'intendimento di non testare. Circa le ulteriori eventuali conseguenze di tale nullità, la giurisprudenza ha precisato che la nullità del testamento pubblico, dipendente da motivi formali a questo esclusivi, non travolge la revoca espressa di un precedente testamento, contenuta nello stesso atto notarile, solo quando la revoca e il nuovo testamento, nonostante l'unicità dell'atto, costituiscono due distinti negozi e non anche quando revoca e nuovo testamento sono così intimamente connessi da costituire la

Una precisazione riguarda la condizione del cieco, che, di per sé sola, non è sufficiente ad escludere la possibilità della sottoscrizione e che, pertanto, deve essere riscontrata dal notaio nel concreto, verificando la veridicità della dichiarata incapacità ad apporre la propria firma.⁶³

La menzione dell'impedimento deve, anch'essa, precedere la lettura dell'atto e costituire, secondo le regole generali, a sua volta oggetto di lettura (art. 603, terzo comma, c.c.). Qualora, peraltro, il testatore sia sordo deve leggere personalmente l'atto e scrivere di suo pugno che è conforme alla sua volontà; se, invece, sia incapace di farlo, deve intervenire un interprete con il compito di tradurgliene il contenuto.

5 L'intervento del notaio nel testamento segreto ed in quello olografo

L'intervento del notaio in ambito testamentario non concerne il solo testamento pubblico ma può aversi anche in occasione del testamento olografo e di quello segreto. Il primo, come è noto, è quello scritto per intero, datato e sottoscritto di mano dal testatore ed in ragioni di tali caratteristiche non prevede la partecipazione del pubblico ufficiale nella fase della sua redazione, che resta, pertanto, quella tipica della scrittura privata, ossia di un atto essenzialmente privato. La possibilità di intervento del notaio si concretizza in un secondo momento, qualora il testatore decida di depositare presso il suo studio la relativa scheda ovvero qualora occorra procedere alla sua pubblicazione. Nell'uno come nell'altro caso, il pubblico ufficiale viene investito dalla legge di precisi doveri: nella prima ipotesi, per l'esattezza, del compito di redigere apposito verbale di ricezione alla necessaria presenza dei testimoni⁶⁴ ovvero di restituzione, sottoscritto dal testatore, da due testimoni e dal notaio, qualora il testatore medesimo intenda ritirare la scheda testamentaria, precedentemente depositata (art. 608 c.c.); nella seconda, dell'obbligo di porre in essere tutti gli adempimenti e di rispettare tutte le regole che sovrintendono alla formazione dell'atto pubblico, dal momento che la pubblicazione non consiste in una semplice attività materiale, ma ha, appunto, la natura di vero e proprio atto pubblico.⁶⁵ Pertanto – precisa la

prima una semplice clausola del secondo. Di recente, G. Vidiri, *Testamento pubblico: difficoltà di sottoscrizione e capacità di testare*, in *Giust. civ.*, 2013, 10, p. 2204 ss.

⁶³ Cass. civ., 9 aprile 2014, n. 8346, in *Diritto & Giustizia 2014*, 10 aprile 2014. Già in precedenza così Cass. civ., 9 dicembre 1997, n. 12437, in *Vita not.*, 1998, p. 961 ss.

⁶⁴ Per un approfondimento in tema G. SERPI, *Osservazioni sul verbale di deposito e ritiro di testamento olografo*, in *Riv. not.*, 1985, p. 874 ss.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 620, primo comma, c.c., chiunque è in possesso di un testamento olografo deve presentarlo ad un notaio per la pubblicazione non appena ha notizia della morte del testatore.

giurisprudenza – “l’apposizione da parte del notaio di una postilla dattiloscritta al verbale già redatto per pubblicare un testamento olografo e successivamente utilizzato per pubblicarne un secondo dà luogo ad un’ipotesi di falso verbale e di atto espressamente vietato dalla legge con conseguente applicazione dell’art. 28 della l. n. 89 del 1913”.⁶⁶

La pubblicazione segue, come detto, un rigoroso formalismo: avviene in presenza di due testimoni, con la predisposizione di un verbale in cui viene riprodotto il contenuto del testamento e fatta menzione della sua apertura, se è stato chiuso con sigillo. Il verbale è, poi, sottoscritto dalla persona che presenta il testamento, dai testimoni e dal notaio; ad esso sono aggiunti la carta che contiene lo scritto testamentario, vidimata su ciascun mezzo foglio dal notaio e dai testimoni e l’estratto delle volontà (come accade in ipotesi di assenza) o della sentenza che pronuncia la morte presunta.⁶⁷ Nel verbale, il notaio non è tenuto, invece, a dar conto della presenza sul retro della scheda testamentaria di eventuali segni indecifrabili e privi di significato, in quanto una tale omissione non ha alcuna conseguenza sulla validità e sull’efficacia dell’atto,⁶⁸ specie ove si consideri che egli non può rifiutarsi di pubblicare il testamento solo perché invalido o annullabile.⁶⁹

Non minore rigore formale connota il ricevimento del testamento segreto, che, come è noto, consta di due distinti elementi: la scheda testamentaria, scritta dal testatore o da un terzo, e l’atto di ricevimento ad opera, appunto, del notaio. Si tratta di due momenti intimamente collegati, se è vero, come è stato scritto, che “la scheda pur essendo un elemento distinto dall’atto di ricevimento ed avente una natura diversa, non ha valore di per sé, ma solo in quanto è congiunta coll’atto di ricevimento”.⁷⁰ In quest’ottica si giustifica la definizione di “testamento per atto di notaio” che, di norma, accompagna la qualificazione di quello segreto,⁷¹ sebbene l’intervento del notaio avvenga solo nella fase del ricevimento della scheda, allorquando in presenza di due testimoni il testatore gli consegna personalmente la carta (sigillata o da sigillare) che, per sua ammissione, contiene le volontà testamentarie (art. 605, secondo comma, c.c.). La dichiarazione del testatore va resa, di norma, oralmente, salvo il testatore non sia sordomuto o muto, nel quale caso deve presentarla per iscritto, dichiarando di avere letto il testamento se lo stesso è stato scritto da altri (art. 605 c.c.).

Nel caso in cui il testamento olografo sia stato preventivamente depositato presso un notaio, la pubblicazione è eseguita a cura del notaio depositario (art. 620, quarto comma, c.c.).

⁶⁶ Cass. civ., 25 febbraio 2000, n. 2138, in *Vita not.*, 2000, p. 1071 ss.

⁶⁷ *Amplius* G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1, p. 867.

⁶⁸ Cass. civ., 24 luglio 2012, n. 12995, in *Vita not.*, 2013, 1, p. 355 ss.

⁶⁹ L. RAGAZZINI, *Obbligo di pubblicazione e nullità dell’olografo*, in *Vita not.*, 1994, p. 1517.

⁷⁰ Sono parole di C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 216.

⁷¹ Di recente, in merito, v. E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 926.

L'atto di ricevimento, invece, va scritto sulla carta in cui è vergato o da cui è involto il testamento o su un ulteriore involto predisposto dal notaio e da lui debitamente sigillato, il quale deve contenere la menzione dell'avvenuta consegna, la dichiarazione del testatore, l'indicazione del numero e dell'impronta dei sigilli e della presenza dei testimoni a tutte le formalità. Il testatore, i testimoni ed il notaio sono, quindi, tenuti a sottoscriverlo, salvo non ricorra una causa impeditiva alla sottoscrizione da parte del primo, della quale il pubblico ufficiale deve parimenti fare menzione. Se il testamento segreto non viene ritirato, il notaio deve procedere alla sua pubblicazione non appena avuta notizia della morte del testatore, analogamente a quanto accade in relazione al testamento olografo.

6 Il testamento nuncupativo

L'eccessivo rigore al quale il legislatore sottopone il testamento induce ad interrogarsi sull'ammissibilità, all'interno del nostro ordinamento, del cd. testamento nuncupativo⁷² o orale.⁷³ Se, da un lato, il generale *favor testamenti* che ispira il codice civile ed il dettato dell'art. 590 c.c., in particolare, che consente, sia pure in via eccezionale, di sanare le disposizioni testamentarie affette da nullità per incompletezza del negozio,⁷⁴ suggeriscono una soluzione positiva al quesito, dall'altro, le obiezioni relative alla configurabilità stessa, nella specie, del testamento, ritenuto, appunto, inesistente, sembrano smentire una simile risposta.⁷⁵

Il silenzio, sul punto del codice civile, non scioglie il dilemma tra le differenti ricostruzioni, di guisa che una timida indicazione sembra potersi ricavare solo dalla *Relazione* del Guardasigili che considerava “assai pericoloso” affidare la ricostruzione della volontà testamentaria “alla relazione verbale di due

⁷² Il termine “nuncupativo” deriva dal latino *nuncupatio* (*nomen e capere*), che voleva dire prendere e dichiarare un nome, quello dell'erede, appunto. Il diritto romano, infatti, ammetteva il testamento orale e lo faceva consistere nella proclamazione solenne e pubblica dell'erede testamentario, attraverso il ricorso a formule speciali. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 720.

⁷³ Come riferisce P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1957, p. 5, “pel testamento orale o nuncupativo non si richiede se non che il testatore davanti ai testimoni manifesti chiaramente la propria volontà”. Come, pertanto, ricorda M. Di FABIO, *La (mancata) sottoscrizione del testamento per atto di notaio se il testatore dichiara di poterlo fare solo con grave difficoltà*, in *Riv. not.*, 2012, 5, p. 1210 ss., il testamento mancante della sottoscrizione del testatore, in quanto risultante, comunque, *per tabulas*, non può essere equiparato al testamento nuncupativo.

⁷⁴ Sull'art. 590 c.c., v.si F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 248 ss.

⁷⁵ Sia pure nel differente contesto della trattazione del matrimonio, discorre di inesistenza del testamento nuncupativo G. MUSOLINO, *L'inesistenza del negozio matrimoniale*, in *Riv. not.*, 2006, 3, p. 740 ss.

testimoni che, anche a prescindere da ipotesi di malafede, possono avere frainteso le parole del testatore”. Muovendo da tali premesse Autorevole dottrina evidenzia come “la legge stabilisce quali sono i difetti formali che danno luogo a nullità e quali quelli che danno luogo ad annullabilità del testamento (art. 606 c.c.). Ma essa suppone sempre un minimo di requisiti per cui nel caso concreto possa ravvisarsi un testamento, secondo la natura essenzialmente formale di questo atto. Quando, invece, la forma solenne sia affatto mancante, ad esempio, perché le disposizioni di ultima volontà siano state dettate oralmente, nel silenzio legislativo è, a nostro avviso, piuttosto da ritenere inesistente”.⁷⁶

Di guisa che un’eventuale conferma finirebbe per rappresentare un atto autonomo, sostitutivo del testamento, operato da persona diversa dal testatore e comunque inidoneo a consentire il trasferimento di beni immobili quante volte sia richiesto dalla legge l’atto scritto a pena di nullità. E ciò a tacere del fatto che una simile conferma, anche dove, appunto, ritenuta possibile, non consentirebbe, del resto, né il trasferimento di beni immobili quante volte per lo stesso la legge richieda l’atto scritto né la pubblicazione dell’atto, salvo non ricorrere a quel diverso documento rappresentato dalla sentenza del giudice.⁷⁷ Del resto, coloro che si mostrano favorevoli a riconoscere cittadinanza, all’interno del sistema, al testamento nuncupativo muovono dalla premessa secondo cui un testamento comunque esista ma sia, tuttavia, affetto da nullità per carenza dell’elemento formale richiesto dalla legge *ad substantiam* (quale, per l’esattezza, la mancanza della sottoscrizione o dell’autografia);⁷⁸ solo così opinando, infatti, è possibile giustificare la conferma,⁷⁹ non implicando la stessa “un’attività di accertamento giudiziale in ordine all’esistenza ed alla nullità del testamento [...] riservata all’autorità giudiziaria”.⁸⁰

⁷⁶ In tal senso M. CANNIZZO, *Successioni testamentarie: interpretazione sistematica della normativa vigente e orientamenti giurisprudenziali*, Roma, 1996, p. 45 ss.

⁷⁷ Sul punto, ancora, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 451.

⁷⁸ In argomento F. GAZZONI, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 141 ss., che distingue l’attribuzione patrimoniale, che si realizza con la conferma, dall’istituzione di erede, che non è sanata dalla stessa. Con interessante riflessione A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 2, p. 457 ss., considera una “sorta di vago testamento nuncupativo” il testamento biologico, pur nella chiara consapevolezza che non si tratti di un negozio mortis causa. Parla di “testamento biologico nuncupativo” anche P. FIMIANI, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Giust. civ.*, 2010, 2, p. 93.

⁷⁹ In giurisprudenza la tesi è stata sostenuta da Cass. civ., 16 maggio 1941, n. 1476, in *Mass.*, 1941, e Cass. civ., 26 giugno 1964, n. 1689, *ibidem*, p. 1969; Trib. Napoli, 30 giugno 2009, in *Giur. merito*, 2010, 12, p. 3001.

⁸⁰ Cfr. Cass. civ., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Riv. not.*, 1997, p. 161.

Ben diversa, in quest'ottica, si presenta, invece, la vicenda solo in apparenza similare della ricostruzione giudiziale del testamento olografo distrutto o smarrito, giacché solo in tale ipotesi e non anche nell'altra è dato scorgere una previa volontà testamentaria, manifestata nelle forme richieste dalla legge. Tant'è che gli interpreti, muovendo dalla distinzione tra dichiarazione e documentazione ed escludendo che, in linea di principio il negozio possa provarsi solo con la produzione del documento,⁸¹ ricorrono al dettato dell'art. 2724, n. 3, c.c. (richiamato dall'art. 2745, secondo comma, c.c.) per ammettere nelle ipotesi di smarrimento o di distruzione della scheda testamentaria la prova diretta alla dimostrazione dell'esistenza e alla ricostruzione, totale o parziale del testamento, qualora il testatore abbia perduto senza sua colpa il documento che gli forniva la prova e sempre che la perdita non sia dovuta a colpa o dolo degli eredi.⁸²

7 La pubblicità degli acquisti *mortis causa*

Il notaio – lo si è detto – è obbligato a curare la trascrizione degli atti *inter vivos* da lui ricevuti o rogati: lo dispone il chiaro dettato dell'art. 2671 c.c., il quale, al contrario, nulla stabilisce in relazione agli atti *mortis causa*,⁸³ lasciando irrisolto il dubbio sul se il pubblico ufficiale, in sede di ricezione di un atto di accettazione di eredità ovvero di pubblicazione di un testamento che disponga di beni immobili, sia ugualmente tenuto ad eseguire – pena la sua responsabilità civile – i relativi adempimenti pubblicitari, pur in assenza di uno specifico (ed anche implicito) incarico professionale ad opera delle parti.

Il codice del 1865 c.c., sordo alle sollecitazioni della dottrina e della giurisprudenza, preferì ispirarsi al modello del *Code Napoléon* e non prevedere per gli acquisti *mortis causa* alcun onere di trascrizione.⁸⁴ Fu soltanto la ricodificazione del 1942 che, nel distinguere le fattispecie comportanti acquisti tra vivi (art. 2643 c.c.) da quelle legate ad una derivazione successoria, lasciò chiaramente trasparire, per queste ultime, l'intenzione di ascrivere alla possibile trascrizione la sola finalità di assicurare il rispetto del principio di continuità.⁸⁵ Lo si evince, del resto, oggi come allora, con chiarezza, dall'art.

⁸¹ Da ultimo, in particolare, sul punto E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 903.

⁸² In tal senso già Cass. civ., 10 maggio 1967, n. 952, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1176 ss. Cass. civ., 26 gennaio 1962, n. 146, in *giust. civ.*, 1962, I, p. 990, ammette, invece, la prova per presunzioni.

⁸³ Di recente, in tema, G. MUSOLINO, *Diritto di abitazione del coniuge superstite e trascrizione*, in *Riv. not.*, 2012, 6, p. 1389 ss.

⁸⁴ Per una esegesi storica, R. NICOLÒ, *La trascrizione*, II, Milano, 1973, p. 5 ss.

⁸⁵ Lo si legge in S. TONDO, *Sulla trascrizione degli acquisti immobiliari a causa di morte*, in *Vita not.*, 2001, 3, p. 1187.

2650 c.c.,⁸⁶ che completa il dettato dell'art. 2648 c.c.,⁸⁷ che non precisa, appunto, gli effetti conseguenti al mancato assolvimento dell'onere di trascrivere gli acquisti *mortis causa* ma si limita a prescrivere le modalità attraverso le quali porre in essere la trascrizione dell'accettazione dell'eredità e del legato.

In quest'ottica, la funzione privata di tutela assicurata dalla trascrizione finisce con il prevalere su quella pubblica, che vuole, invece, affidato alla trascrizione il compito di “assicurare l'evidenza dei trapassi, sì da offrire al terzo la certezza della condizione giuridica del bene”;⁸⁸ conclusione, quest'ultima, che se ha il pregio di evidenziare gli innegabili riflessi pubblicistici della trascrizione,⁸⁹ ne accentua eccessivamente il ruolo fino a privare del giusto rilievo la reale natura degli interessi che si contrappongono nel conflitto intersoggettivo che la trascrizione medesima mira a dirimere.⁹⁰ Al pari, dunque, di quanto accade in relazione agli atti tra vivi, anche con riguardo agli

⁸⁶ Chiaramente, così, Cass. civ., 6 giugno 2011, n. 12242, in *I Contratti*, 2012, 2, p. 133 ss., per la quale “l'erede, continuando la personalità del *de cuius*, diviene parte del contratto concluso dallo stesso, per cui gli resta vincolato al contenuto del contratto medesimo, ancorché questo non sia stato trascritto. Pertanto, l'opponibilità dell'acquisto di un immobile nei confronti dell'erede del venditore si sottrae, oltre che alle regole dell'art. 2704 c.c. in tema di certezza della data della scrittura privata, anche alle disposizioni dell'art. 2644 c.c., circa gli effetti della trascrizione nel rapporto con l'altro acquirente del bene, per cui la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* operato dall'erede, ai sensi dell'art. 2648 c.c., prima della trascrizione dell'atto di disposizione compiuto in vita dal *de cuius*, vale soltanto agli effetti della continuità delle trascrizioni. Conseguentemente, l'erede non può eccepire l'antiorità della trascrizione del suo acquisto, al fine di rendere a lui inopponibile l'atto di disposizione a favore dei terzi compiuto, in vita, dal *de cuius*”.

⁸⁷ L'art. 2648 c.c. è norma autonoma e distinta rispetto all'art. 2643 c.c. anche nella sua lettura combinata con il successivo art. 2644 c.c. In merito, A. NAPOLITANO, *Sulla tutela del diritto di abitazione ex art. 540 c.c. leso da una disposizione testamentaria incompatibile*, in *Corr. giur.*, 2004, 11, p. 1493. Circa l'inapplicabilità degli effetti di cui all'art. 2644 c.c. alla trascrizione degli acquisti *mortis causa*, v. M. COMENALE PINTO, *Di alcune questioni in materia di provenienza successoria a causa di morte e tutela dell'acquirente*, in *Studi e Materiali, Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2006, 1, Milano, p. 9. Ma sul punto già L. BARASSI, *Le successioni a causa di morte*, cit., p. 103 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 266 ss. Precisa P. DE LISE, *Libro VI, Della tutela dei diritti. Della trascrizione art. 2643-2696*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. De Martino, 1970, p. 336, che la trascrizione prevista dall'art. 2648 c.c., produce, come effetto sostanziale, “l'efficacia delle successive trascrizioni o iscrizioni eseguite a carico dell'erede e relative a beni dell'eredità”. La mancata trascrizione, pertanto, “non ne comporta l'inefficacia o l'inopponibilità, quanto piuttosto l'inefficacia temporanea delle successive trascrizioni o iscrizioni a carico degli eredi o legatari, condizionata all'effettiva trascrizione dell'acquisto a causa di morte”: così G. OREFICE, *La trascrizione degli acquisti mortis causa e gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in *I Contratti*, 2012, 2, p. 144 ss.

⁸⁸ P. DE LISE, *Libro VI – Della tutela dei diritti. Della trascrizione art. 2643-2696*, cit., p. 336.

⁸⁹ Cfr. F. MANOLITA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1, p. 63

⁹⁰ Al riguardo, tra gli altri, G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1985, p. 72 s.

acquisti *mortis causa*, la trascrizione risponde al bisogno primario di garantire la continuità dei trasferimenti e della relativa titolarità, e quindi gli altri effetti c.d. secondari, derivanti dalla lettura dell'art. 2648 c.c. in combinato disposto agli artt. 534, 2652, 2652 n. 6, 2652 n. 7, 2653, 2690, n. 4, 1159, 2812, 2829, 2851, 2858, 2859 c.c.⁹¹

Invero, proprio la considerazione di tali ulteriori effetti è ritenuta alla base del dovere del notaio di procedere alla pubblicità degli acquisti a causa di morte *tout court* e non già del solo legato, come pur sembrerebbe suggerire l'art. 2648 c.c. *Nell'officium* notarile sono, infatti, “coinvolti rilevanti interessi generali, che trascendono quindi l'interesse particolare del legatario e lo stesso rapporto notaio-cliente a che la trascrizione degli acquisti *mortis causa* sia effettivamente e tempestivamente curata”. Considerazioni di carattere assiologico, suggeriscono, a loro volta, di non circoscrivere, i contenuti dell'attività professionale, limitandoli all'“assistere le parti e a consigliarle nella redazione di contratti o atti e nella scelta delle soluzioni più idonee (dovere di consiglio); a verificare la volontà dei contraenti nel modo più fedele (interpretazione); a correggere tale volontà ove le norme di riferimento lo richiedano (adeguamento); a redigere contratti e documenti autentici, che valgono come prove privilegiate (artt. 2699 e ss. c.c.)”,⁹² ma ad estenderli a tutte quelle attività, preparatorie e successive, necessarie per la validità e per la perfezione dell'atto, che rispondono alla necessità imprescindibile di garantirne la serietà e la certezza degli effetti e la sicurezza dei correlati traffici giuridici, onde consentire ai componenti di conseguire lo scopo voluto.

Vero è, come è stato scritto, che la trascrizione del testamento, considerata in assoluto, a prescindere cioè dall'accettazione e dalla trascrizione dell'acquisto ereditario ex art. 2648 e 2660 c.c., costituisce “una sorta di residuo storico che rappresenta un'anomalia nella disciplina delle trascrizioni,⁹³ perché, a ben vedere, integra un'eccezione al principio della tipicità degli atti soggetti a pubblicità,⁹⁴ in ragione dell'assenza, all'interno del codice civile, di qualsivoglia disposizione che ne prescriva la possibilità, salvo il dettato dell'art. 228 disp. att.

⁹¹ La conclusione si legge già in F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *Legato di cosa altrui e trascrizione*, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 683 s.

⁹² Così, U. MORELLO, *Una professione così antica da sembrare quasi moderna*, in *Notariato*, 1998, p. 105. Sul punto, altresì, C. LEGA, *In tema di attività preparatoria dell'atto notarile*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 208 ss. È pacifico anche in giurisprudenza, del resto, che “il notaio non è un passivo destinatario delle dichiarazioni delle parti, essendo contenuto essenziale della sua prestazione professionale anche il c.d. dovere di consiglio”: cfr. Cass. civ., 29 marzo 2007, n. 7707, in *Riv. not.*, 2008, I, p. 165 ss.

⁹³ F. SCODELLARI, *Due problemi in tema di trascrizione e di accettazione tacita dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 2010, 3, p. 649.

⁹⁴ Cfr. Cass. civ., 12 novembre 1997 n. 11180, in *Vita not.*, 1998, p. 975.

c.c.: per il quale “la trascrizione del testamento o del certificato di denunciata successione, eseguita a norma delle leggi anteriori, produce dal giorno dell’entrata in vigore del codice gli stessi effetti che questo attribuisce alla trascrizione dell’accettazione ereditaria”.

La disposizione, tuttavia, lungi dal fondare un obbligo, si limita a chiarire gli effetti che conseguono alla trascrizione una volta eseguita, ma non intacca le regole del sistema.⁹⁵ Così, anche a voler ammettere un generale dovere per il notaio di procedere alla trascrizione del testamento e degli altri acquisti a causa di morte, non possono sottacersene le difficoltà pratiche cui il professionista può andare incontro, che finirebbero per gravarlo di ulteriori incombenze di carattere istituzionale:⁹⁶ a dispetto, infatti, della trascrizione degli atti *inter vivos*, si compie agevolmente ed in maniera quasi automatica, mediante il semplice utilizzo dei dati contenuti nell’atto da trascrivere, non altrettanto è a dirsi nelle altre ipotesi. Si pensi, così, all’accettazione dell’eredità che ben potrebbe prescindere da forme di documentazione scritta e, comunque, dall’indicazione degli elementi richiesti per la compilazione della nota. E ciò a tacere della più o meno intensa aleatorietà della vicenda successoria⁹⁷ e dell’incidenza dei costi comunque legati alla trascrizione e per nulla trascurabili (in quanto comprensivi del trattamento tributario e dell’onorario notarile), sia per quanto concerne l’eredità che per quanto attiene al legato, la cui trascrivibilità, del resto, potrebbe risultare ulteriormente complicata dalla difettosità della scheda testamentaria e dalla sua difficile determinabilità.⁹⁸

Tant’è che nella prassi “la trascrizione degli acquisti *mortis causa* è assicurata, non già nella fase statica della successione, ad opera dell’erede o legatario, quanto piuttosto nella successiva fase dinamica della circolazione *inter vivos* dei diritti in tal modo acquistati, ad opera degli acquirenti dall’erede o dal legatario”.⁹⁹ Si assiste, così, all’uso di procedere ugualmente alla stipulazione

⁹⁵ In linea generale la pubblicità del testamento avviene, essenzialmente, in due modi: tramite il deposito, dopo l’apertura della successione, presso la cancelleria del Tribunale dell’aperta successione, di copia in carta libera se si tratta di testamento pubblico, ovvero del verbale di pubblicazione in caso di testamento olografo o segreto (ex art. 622 c.c.); tramite la registrazione del testamento, olografo depositato presso un notaio, pubblico o segreto, nel registro generale dei testamenti conservato presso il Ministero di grazia e giustizia, accessibile solo dopo l’apertura della successione (l. 25 maggio 1981, n. 307).

⁹⁶ Al riguardo S. TONDO, *Sulla trascrizione degli acquisti immobiliari a causa di morte*, Studio approvato dalla Commissione Studi civilistici in data 16 ottobre 2001, in *Studi e materiali*, 2002, p. 52 ss.

⁹⁷ La evidenza G. PETRELLI, *Note sulla trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. not.*, 1993, p. 275 ss.

⁹⁸ In argomento, ancora S. TONDO, *Sulla trascrizione degli acquisti immobiliari a causa di morte*, cit., p. 1197.

⁹⁹ Così F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 214.

di atti dispositivi di beni ereditari, anche qualora sia mancata la trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, con la possibilità di avvalersi successivamente proprio del documento dispositivo come titolo per la trascrizione dell'accettazione tacita. Il rispetto di tali formalità – la trascrizione, appunto, dell'accettazione e dell'alienazione – soddisfa le esigenze di protezione del terzo acquirente a titolo oneroso, che, per tale via, fa salvo il proprio acquisto, tranne non si tratti di acquisto da erede apparente, quante volte l'erede vero non provveda, nelle more, a trascrivere il suo titolo ovvero la domanda giudiziale contro chi abbia disposto dei beni in suo luogo, qualificandosi, appunto, come effettivo titolare.¹⁰⁰

Ci si potrebbe semmai chiedere se la “nuova” accettazione (espressa o tacita), conseguente al compimento dell'atto dispositivo, sia “compatibile” con la precedente che il disponente abbia eventualmente già posto in essere ma non formalizzato in un atto notarile. La dottrina prevalente, al riguardo, è solita considerare il successivo negozio di accettazione quale mera ripetizione del precedente, esonerando il professionista da qualsivoglia obbligo di verifica della possibile reiterazione della volontà negoziale.¹⁰¹

Problema spinoso resta, invece, a tutt'oggi quello della pubblicità dell'acquisto *mortis causa* per effetto del possesso dei beni o di altro atto inidoneo a costituire titolo per la trascrizione, quando siano comunque trascorsi dieci anni dall'apertura della successione. In merito, si ammette generalmente la validità di una trascrizione compiuta sulla base di una tale accettazione, se ripetuta – questa volta – in forma idonea ad assicurare tanto l'attuazione del principio di continuità delle trascrizioni, quanto la tutela predisposta dall'art. 524, comma 3, c.c. L'accettazione tardiva, infatti, può essere vanificata unicamente da chi, secondo la regola generale, vi abbia interesse in ragione della indiscussa natura prescizionale del termine indicato all'art. 480 c.c.¹⁰²

¹⁰⁰ Si rinvia in merito alle interessanti riflessioni di C. CACCAVALE, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in *Familia*, 2002, 4, p. 1031 ss. Potrebbe obiettarsi – rileva l'Autore – come anche il rischio prospettato nel testo vada prevenuto, dovendo il notaio suggerire (quantomeno) alle parti di cadenzare l'operazione in due tempi, così da ricevere, in un primo momento, l'accettazione espressa dell'eredità e, soltanto in un secondo momento, e dopo eseguita la trascrizione dell'accettazione, l'atto di disposizione. Tuttavia, un tale approccio si rivelerebbe inutilmente tuzioristico, in quanto risulterebbe pur sempre inidoneo ad impedire che dopo la trascrizione dell'accettazione dell'erede apparente venga compiuta la trascrizione dell'erede vero e/o la sua domanda giudiziale.

¹⁰¹ V. C. GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1065.

¹⁰² Sul punto, ampiamente, C. CACCAVALE, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, cit., p. 1032 ss.

Resta, infine, da chiarire se il notaio sia obbligato a trascrivere il legato avente ad oggetto beni immobili o diritti reali, in ragione del ricordato dettato dell'art. 2648, quarto comma, c.c., che, sebbene precisi le modalità della trascrizione (da effettuarsi sulla base di un estratto autentico del testamento), non indica nel pubblico ufficiale il soggetto tenuto a provvedervi. E' la giurisprudenza che, in merito, discorre di duplice obbligo, civile e deontologico, a carico del notaio che pubblica un testamento con legato immobiliare, sul presupposto per cui il legato si acquista senza necessità di accettazione.¹⁰³

Qualche perplessità potrebbe porsi in relazione al cd. legato *ex lege*, quale ad esempio il diritto di uso e di abitazione sulla casa familiare spettante al coniuge superstite *ex art. 540 c.c.*, che, se non trascritto, non è opponibile ai terzi che a qualunque titolo abbiano acquistato diritti sul bene in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dell'atto da cui il diritto di abitazione discende. E' noto, al riguardo, come un simile legato opera anche a prescindere dall'esistenza di un testamento, trovando applicazione l'art. 540 c.c. anche in caso di successione legittima. In tale eventualità, si è ritenuto che titolo idoneo alla trascrizione sia il certificato di denunciata successione ovvero la presentazione al Conservatore di una nota, accompagnata dal certificato di morte in cui sia indicato lo stato di coniuge e l'operare *ex lege* della richiamata disposizione codicistica.¹⁰⁴ Potrebbe, peraltro, accadere che il legatario accetti comunque espressamente, pur non essendovi obbligato, il lascito, con atto che, a parere della dottrina,¹⁰⁵ potrebbe valere ai fini della trascrizione, unitamente al certificato di morte, dal quale evincere il rapporto di coniugio con il defunto e l'operatività *ex lege* dell'acquisto previsto dall'art. 540, comma 2, c.c.

Quante volte, invece, sia il testamento ad attribuire al coniuge ciò che la legge gli riserva (il detto diritto di abitazione, appunto), la trascrizione può essere eseguita dal notaio sulla base del testamento stesso, in sede di pubblicazione.¹⁰⁶

¹⁰³ Lo afferma Cass. civ., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, per la quale, peraltro, tale obbligo non sussiste per il testamento con istituzione di erede *ex re certa*, in quanto l'acquisto dell'immobile che il testatore ha incluso nella quota ereditaria richiede l'accettazione dell'istituto. In dottrina, in senso affermativo, A. MUSTO, *La trascrizione del legato ed il ruolo del notaio*, Studio n. 321-2012/C, *Consiglio nazionale del notariato*, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 settembre 2012.

¹⁰⁴ Trib. Monza, 27 dicembre 2011.

¹⁰⁵ In questo senso, si veda, G. GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. e impresa*, 1989, p. 817 ss. *Contra* L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, 6 ed., in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1999, p. 188.

¹⁰⁶ Sul punto P. BOERO, *La trascrizione del diritto di abitazione del coniuge superstite*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 487. Il notaio, appunto, provvederà a trascrivere l'acquisto del legato contro il defunto ed a favore del legatario, ai sensi degli artt. 2648 e 2660 c.c., come ricorda R. UCCI, *Natura giuridica e forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*, in *Riv. not.*, 2011, 5, p. 1214 ss.

Va *de plano* che l'eventuale successiva rinuncia al legato debba essere trascritta, ai sensi dell'art. 2643, n. 5, c.c., contro il legittimario ed a favore del patrimonio ereditario¹⁰⁷ e non già semplicemente annotata a margine della trascrizione, ai sensi dell'art. 2655 c.c.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Da ultimo G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, pp. 1146 ss.

¹⁰⁸ Come ritiene F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 227.

