

Vincenzo Persiani

**LA FOTOCOPIA DEL TESTAMENTO
OLOGRAFO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

VINCENZO PERSIANI

LA FOTOCOPIA DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il testamento olografo come momento di incertezza dei traffici. — 3. Il *leit motiv* del negozio *mortis causa*: la dialettica fra gli opposti principi di formalismo e personalità. — 4. La natura giuridica della fotocopia. — 5. La pubblicazione. — 6. La conferma — 7. La transazione. — 8. La lite. — 9. La lite: il fotomontaggio. — 10. La lite: la bozza di testamento — 11. La lite: l'irreperibilità del testamento. — 12. Conclusioni: verso il testamento digitale.

1. Premessa.

Da più di duemila anni i giuristi si cimentano nello studio delle successioni: eppure, nonostante tanta fatica, le cronache giudiziarie evidenziano spesso casi mai affrontati in precedenza.

Talvolta questo è dovuto all'evoluzione tecnologica, che, mediante i nuovi mezzi meccanici, può sollevare questioni inimmaginabili in passato.

Basti pensare alle moderne macchine fotocopiatrici, che permettono al *de cuius* di redigere il testamento olografo in un unico originale, da lui custodito, e di consegnare agli interessati una o più fotocopie del documento; niente di più facile che all'apertura della successione il testamento originale sia irreperibile, specie quando gli eredi legittimi danneggiati dal testamento hanno libero accesso alle carte del *de cuius*.

In tali casi, i beneficiari del testamento riprodotto in fotocopia si rivolgono al giurista per sapere se la fotocopia possa essere oggetto di pubblicazione, conferma o transazione con gli eredi legittimi, oppure quali siano le azioni esperibili in sede giudiziale per tutelare i loro diritti.

Per rispondere a tali interrogativi occorre riesaminare la teoria generale dei negozi *mortis causa*, ed adattare gli antichi principi agli aspetti peculiari del nuovo prodotto tecnologico.

Inoltre, come spesso capita nel diritto civile, dallo studio di fattispecie pratiche, come quella in esame, possono emergere considerazioni inerenti a problemi di ampio respiro, quale il rapporto fra volontà e forma nel testamento.

Ed è così che nell'era di « Internet » il giurista deve riprendere in mano

i vecchi testi sulle successioni, e rimettersi sulle tracce del suo antico avversario: il *de cuius* (1).

2. Il testamento olografo come momento di incertezza dei traffici.

Nel nostro ordinamento, il testamento olografo costituisce uno dei maggiori momenti di incertezza del sistema dei traffici commerciali.

Alcune disposizioni, scritte da persone spesso prive di cognizioni giuridiche, su un foglio di carta per cui non è prevista nessuna forma di conservazione, sono tuttavia idonee ad innescare gli effetti della successione testamentaria, incidendo fortemente sulla sorte dei beni ereditari e sulla sfera giuridica dei terzi.

L'incertezza deriva dal fatto che, in questo caso, la fonte della successione testamentaria è un negozio per cui non è prevista nessuna forma di controllo sulla capacità di intendere e volere del testatore, o sulla autenticità del documento.

A questo si aggiunga che il legislatore ha attribuito rilevanza giuridica anche a comportamenti concludenti del *de cuius*, quali la distruzione, la lacerazione o la cancellazione del testamento, idonei a determinarne la revoca (art. 683 c.c.) (2).

Suscita sorpresa il fatto che, nell'ambito della successione testamentaria, caratterizzata da una forma scritta, il legislatore abbia attribuito eccezionalmente rilevanza giuridica a comportamenti concludenti del *de cuius*, per loro intrinseca natura fonte di incertezza.

Tale scelta si comprende considerando che il testamento olografo è di regola utilizzato da persone prive di cognizioni giuridiche, convinte del fatto che basti distruggere il documento, per eliminare gli effetti giuridici del negozio ivi contenuto.

Tuttavia, la mancanza di una forma legale di custodia del documento determina il rischio della sua manipolazione o della sua sparizione; per di più la rilevanza di eventuali comportamenti concludenti impone spesso la necessità di indagini assai difficoltose.

Inoltre, i lunghi tempi di prescrizione previsti dal legislatore per le azioni tese ad impugnare il testamento e l'opponibilità nei confronti dei terzi delle relative domande giudiziali, a seguito della eventuale trascr-

(1) Questo studio è rivolto agli aspetti di diritto sostanziale del problema, e solo marginalmente al profilo processuale.

(2) Per maggiori approfondimenti sulla revoca tacita del testamento, v. V. PERSIANI, *La revoca tacita del testamento*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1991, p. 153 e ss., e la dottrina e giurisprudenza ivi citata.

zione nei registri immobiliari (art. 2652 n. 7 c.c.) fanno sì che il testamento olografo instauri spesso uno stato di pendenza dei rapporti, che di per sé costituisce un grave motivo di incertezza dei traffici.

Tali inconvenienti sono spiegati dalla difficoltà di coordinare, su un piano normativo, due opposte esigenze: da un lato tutelare la volontà del defunto, dall'altro garantire la certezza dei rapporti successori che ne derivano.

Questi sono i problemi generali del testamento olografo, che riemergono anche quando, all'apertura della successione, in luogo del documento originale sia trovata una fotocopia.

Pertanto, per rispondere agli specifici quesiti posti dalla fattispecie in esame, occorre prima approfondire la questione centrale della teoria del negozio *mortis causa*, e cioè l'antica problematica del contemperamento fra la tutela della *voluntas defuncti* e la certezza dei rapporti.

3. *Il leit motiv del testamento olografo: la dialettica fra gli opposti principi di formalismo e personalità.*

Il problema che si è posto ai legislatori di tutti i tempi, chiamati a dettare la disciplina del testamento, è l'esigenza di approntare una idonea tutela alla volontà del *de cuius*, ovviamente non suscettibile di chiarimenti o sanatorie da parte del suo autore, che sia compatibile con la stabilità dei rapporti successori.

Approfondendo lo studio del negozio testamentario, ci si rende conto che la contrapposizione fra le due opposte esigenze, da un lato tutelare la volontà del defunto, dall'altro assicurare la certezza dei rapporti, è risolta dalla dialettica dei due opposti principi che regolano l'istituto del testamento: il principio della personalità ed il principio del formalismo.

L'esigenza di tutela della volontà del defunto è garantita dal principio della personalità, che impone la prevalenza della *voluntas defuncti* rispetto all'affidamento dei terzi (3).

È noto infatti che, nel corso dei lavori preparatori del codice civile, era sorta una viva controversia se, in caso di divergenza fra volontà e dichiarazione dell'autore, dovesse essere privilegiata l'una o piuttosto l'altra.

(3) Sul principio della personalità della volontà testamentaria, v. CAPOZZI, *Le successioni e le donazioni*, Varese, 1983, p. 407; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 466; GARDANI CONTURSI, *Controllo sulle disposizioni testamentarie condizionali e ricerca della volontà del testatore*, in Riv. dir. civ., 1987, II, p. 297; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 367.

I sostenitori della c.d. "teoria della volontà" sottolineavano l'esigenza di garantire la corrispondenza degli effetti giuridici del negozio alla effettiva volontà del suo autore, attribuendo rilevanza alla volontà interna, a scapito della eventuale dichiarazione divergente (4).

Si ribatteva dai fautori della c.d. "teoria della dichiarazione", che la volontà costituisce un mero fatto interno, difficilmente accertabile, mentre invece la certezza dei traffici e dei rapporti giuridici imponeva che si attribuisse rilevanza alla dichiarazione effettivamente emessa.

Mediando fra le opposte esigenze, il legislatore del 1942 ha posto al centro della teoria generale del contratto il principio dell'affidamento, inteso come esigenza di tutelare l'effettiva volontà dell'autore della dichiarazione negoziale, nei limiti in cui tale operazione non pregiudichi i terzi in buona fede che abbiano riposto il loro affidamento nella dichiarazione emessa (5).

Invece, nell'ambito del negozio *mortis causa*, il legislatore ha accentuato la prevalenza della volontà del *de cuius* rispetto alla materia dei contratti.

Tale prevalenza risulta evidente considerando sia la diversa disciplina dell'interpretazione del testamento rispetto agli atti *inter vivos*, sia la diversa rilevanza dei motivi che hanno indotto il *de cuius* a testare, ed infine la peculiare disciplina del vizio della volontà testamentaria.

Per quanto riguarda l'interpretazione del testamento, essa è fondata sull'esigenza di assicurare la conservazione della volontà del defunto, e non già di tutelare anche l'affidamento dei destinatari delle disposizioni, come invece è imposto dalle norme previste per l'interpretazione del contratto dagli artt. 1362 e ss. c.c. (6).

Anche la disciplina dei vizi della volontà testamentaria risulta differente rispetto ai contratti: basti pensare che qualunque ipotesi di dolo, anche nella sua forma più lieve determina l'annullabilità del negozio, a differenza che negli atti *inter vivos*, ove il c.d. *dolus bonus* è irrilevante ai fini della volontà del contratto.

La particolare rilevanza di ogni forma di dolo, anche se lievissimo, ha spinto alcuni autori addirittura ad affermare l'esistenza di un autonomo vizio della volontà testamentaria, e cioè la captazione, intesa come una

(4) In tal senso STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

(5) In tal senso, v. per tutti BERNI, *op. cit.*, p. 52 e ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 147; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 18 e ss.

(6) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 234; RESCIGNO, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952.

forma di influenza così lieve da non poter essere ricondotta alla nozione di dolo contrattuale (7).

La prevalenza della volontà del *de cuius* risulta evidente anche nella disciplina del motivo, la cui illiceità determina la nullità del testamento quando esso risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre (art. 626 c.c.).

Ciò a differenza dei contratti, ove l'illiceità del motivo determina la nullità del negozio solo se comune ad entrambe le parti (art. 1345 c.c.).

Inoltre, nei negozi *mortis causa* l'errore sul motivo determina l'invalidità del negozio, purché esso risulti dal testamento e sia stato determinante nella volontà del testatore (art. 624 c.c.).

Al contrario nei contratti l'errore sul motivo è irrilevante, trattandosi di un fatto appartenente esclusivamente alla sfera giuridica di una delle parti: esso acquista valore solo quando il motivo cessa di essere un fatto individuale, per divenire un elemento valutato da entrambe le parti, che diventa presupposto per l'accordo.

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente temi così generali come l'interpretazione e l'invalidità dei negozi *inter vivos* e *mortis causa*: preme invece qui sottolineare l'ampiezza della deroga ai principi generali del nostro ordinamento.

Mentre i contratti sono retti dal principio dell'affidamento, teso a tutelare la certezza dei traffici e la buona fede della controparte, i negozi *mortis causa* sono imperniati sulla esclusiva tutela della volontà del loro autore.

La teoria dell'affidamento, esposta nella sua forma più raffinata da Betti e risultata vittoriosa nei lavori preparatori sino a divenire il principio cardine del nostro codice civile, viene qui ricsusata, a vantaggio della antica teoria della volontà, sostenuta da Stolfi.

Vista l'ampiezza e la rilevanza della categoria dei negozi *mortis causa*, appare riduttivo considerare quanto sopra esposto come una mera eccezione ai principi generali; sorge invece il dubbio che il nostro ordinamento sia retto da due diverse e distinte regole, di cui l'una — la teoria dell'affidamento — si applica ai contratti e l'altra — la teoria della volontà — al testamento (8).

Invece, l'esigenza di tutelare la stabilità dei rapporti è presidiata dall'istituto del formalismo, che impone la forma scritta per quasi tutti i

(7) In tal senso TRABUCCHI, *Libertà testamentaria, captazione e raggiri determinanti*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, p. 503; CARNELUTTI, *Captazione del testamento ed indegnità a succedere*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, p. 1; AZZARITI, *op. cit.*, p. 478.

(8) Per maggiori approfondimenti su questa impostazione, v. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976.

negozi *mortis causa*, i quali devono essere sempre predisposti per scrittura privata od addirittura per atto pubblico (9).

Nell'ambito dei negozi *mortis causa* la forma del negozio assume un ruolo fondamentale, per certi aspetti diverso da quello che essa svolge nella maggioranza degli atti *inter vivos*.

È noto infatti che, negli atti *inter vivos*, la forma scritta assolve essenzialmente alla funzione di garantire la certezza dei rapporti, disponendo la prova *per tabulas* delle dichiarazioni negoziali emesse dalle parti.

Tale funzione di garanzia assume particolare rilevanza nell'ipotesi del testamento, in cui l'autore deceduto non può più ripetere la dichiarazione negoziale, né fornire eventuali chiarimenti.

La scomparsa del soggetto, e la conseguente impossibilità della ripetizione o della interpretazione autentica del negozio, accentuano il ruolo della forma in ambito testamentario, che viene a costituire una vera e propria condizione essenziale per attribuire giuridicità ad una volontà che sarebbe altrimenti difficilmente accertabile.

Ecco che nei negozi *mortis causa* la forma ha una funzione "forte", non solo probatoria, ma di vera e propria condizione di giuridicità del negozio.

La funzione "forte" determina la prevalenza della forma sulla volontà, nel senso cioè che l'accertamento della effettiva volontà del defunto è un mero criterio interpretativo delle disposizioni formalmente perfette; solo in questi limiti la volontà del defunto prevale sull'eventuale affidamento degli interessati.

Tale principio del formalismo caratterizza e distingue il testamento rispetto al contratto, ed è generalmente considerato una deroga al principio generale della libertà della forma dei negozi giuridici.

Anche in questo caso, l'ampiezza della deroga imposta dai negozi *mortis causa* legittima l'opinione di chi ritiene che il principio di libertà della forma lungi dall'essere una regola generale, sia solo uno degli "idola" del nostro ordinamento giuridico (10).

Secondo tale impostazione, esisterebbero particolari tipologie di negozi, caratterizzate dall'esigenza di una forma "debole", che si contrappon-

(9) Sul ruolo della forma del negozio, v. in particolare GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, XVII, p. 988; BERTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 125 e ss.; CIAN, *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Padova, 1969.

In particolare, sul principio del formalismo nel testamento, v. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966.

(10) In tal senso, IRTI, *Idola libertatis - tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.

gono alla diversa categoria dei negozi a forma "forte" fra cui rientrano sicuramente i negozi *mortis causa*.

La prevalenza della volontà sull'affidamento e la necessità della forma scritta invece della forma libera costituiscono pertanto le principali differenze fra negozi *inter vivos* e *mortis causa*.

Considerata l'ampiezza e la rilevanza di tali differenze, non sembra condivisibile lo sforzo di disegnare principi comuni a tutti i negozi giuridici, occorrendo piuttosto distinguere fra negozi *inter vivos* e *mortis causa*, intesi come categorie autonome e reciprocamente indipendenti (11).

La dialettica fra gli opposti principi del formalismo e della personalità del testamento e la contrapposizione alla diversa disciplina del contratto, costituiscono un vero e proprio *leit motiv* delle questioni inerenti al negozio *mortis causa*, che si ripropone pienamente nel caso in esame, relativo alla rilevanza giuridica della fotocopia del testamento olografo.

Al riguardo, preme qui considerare che, data l'autonomia dei negozi *mortis causa* rispetto ai negozi *inter vivos*, tutte le questioni inerenti agli aspetti formali del documento — in particolare la disciplina della sua ricostruzione giudiziale — devono essere risolti facendo riferimento esclusivamente alle norme previste per gli atti *mortis causa*, e non per quelli *inter vivos*, aventi una diversa finalità.

4. La natura giuridica della fotocopia.

Una volta esaminate le tematiche generali del negozio *mortis causa*, occorre considerare che, in caso di rinvenimento di una fotocopia del testamento, la natura giuridica della fotocopia è diversa da quella del testamento riprodotto: questo è un documento olografo e sottoscritto; quella è una immagine fotografica, comprovante l'esistenza ed il contenuto del testamento originale al momento della sua riproduzione (art. 2719 c.c.).

Più esattamente, poiché la scheda testamentaria è a sua volta una prova del negozio contenuto, la fotocopia è un mezzo di prova di secondo grado, trattandosi di « documento di documento » (12).

(11) Per una critica ad una visione unitaria del negozio giuridico, v. la fondamentale opera di GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Varese, 1988.

(12) V. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, p. 215.

Per maggiori approfondimenti sulla rilevanza processuale della fotocopia v. in particolare: ANDRIOLI, *Prova (Dir. Proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968; SCARDACCIONE, *Le*

Essendo una mera prova, la fotocopia non può produrre gli effetti sostanziali del testamento, in particolare l'apertura della successione testamentaria: il legislatore ha infatti subordinato l'apertura della successione testamentaria all'esistenza di un negozio del *de cuius*, fornito di precisi requisiti di sostanza e di forma, tesi a tutelare la certezza dei rapporti, che certo non ricorrono nella fotocopia.

Essa infatti non è un documento scritto di pugno del *de cuius*, non è da lui sottoscritto, e pertanto non riveste i requisiti necessari per la validità di un testamento olografo.

Solo l'autorità giudiziaria può accertare se il documento sia effettivamente la copia di un testamento autentico, o non piuttosto un falso.

Qualora il giudice stabilisca che la fotocopia è autentica, l'apertura della successione testamentaria sarà determinata non già dalla fotocopia, bensì dalla scheda originale, la cui esistenza è accertata da una sentenza passata in giudicato, la quale « *aequat quadrata rotundis* ».

5. La pubblicazione.

La prima questione posta dalla fotocopia del testamento irreperibile è se essa possa essere pubblicata (13).

prove, Torino, 1965; CARNELUTTI, *Documento*, *ivi*, VI, Torino, 1960; CANDIAN, *Documento e Documentazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; ANDRIOLI, *Fotografia (prova con)*, in *N. D.I.*, XI, Torino, 1938.

In giurisprudenza, v. per tutte Cass. n. 482 del 17 gennaio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1410; *id.*, n. 12705 del 22 dicembre 1993, *ivi*, 1995, c. 1597.

Occorre precisare che il citato art. 2719 c.c. non si applica alle copie del testamento, predisposte dal *de cuius* mediante carta copiativa (conf. Cass. n. 1547 del 23 giugno 1967, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *scrittura*, 2276, n. 35; *id.*, n. 36 del 12 gennaio 1962, *ivi*, 1962, voce *cit.*, 2607, n. 60), oppure mediante la predisposizione di più testamenti originali ed identici.

In questi casi, ogni documento contiene un negozio giuridico autonomo, seppur identico agli altri, e pertanto non si può parlare di copie, bensì di più testamenti originali.

(13) Ovviamente la fattispecie in esame è radicalmente differente dall'antica ipotesi di scuola, che si realizza allorché il testamento originale sia esistente e disponibile all'apertura della successione, ma sia redatto su un materiale che ne impedisca l'allegazione al verbale notarile (ad es. su un muro).

Anche in tale ipotesi si pone il problema se il documento originale possa essere sostituito da una copia fotografica, ai fini della sua pubblicazione.

In tal caso, la comprovata esistenza del documento originale determina l'apertura della successione testamentaria, e degrada il problema ad una mera questione formale del verbale di pubblicazione.

In proposito, alcuni ritengono che il testamento non possa essere pubblicato (cfr. ASTRALDI, *Le nullità formali del testamento olografo*, Padova, 1932, p. 63).

Altri affermano che possa essere allegata al verbale di pubblicazione una riproduzione fotografica (in tal senso CICU, *op. cit.*, p. 38; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1952, I, p. 30), previa autorizzazione del giudice (cfr. DE SIRVO, *Pubblicazione di un testamento olografo redatto su materiale diverso dalla carta*, in questa *Rivista*, 1962, p. 636 e ss.).

Com'è noto la pubblicazione del testamento olografo — disciplinata dagli artt. 620 e ss. c.c. — è il procedimento teso a garantire la conservazione e la pubblicità della scheda mediante la sua allegazione ad un verbale notarile; esso non incide sulla validità o sull'efficacia del testamento, ma solo sulla sua eseguibilità (14).

Infatti, prima della pubblicazione il testamento olografo — già pienamente efficace — può avere esecuzione spontanea (15); dopo la pubblicazione, la sua esecuzione può essere imposta a chi non lo impugni per un qualunque motivo (art. 620 comma 5 c.c.).

Il testamento olografo, anche a seguito della pubblicazione, mantiene la sua natura di scrittura privata: l'eventuale disconoscimento da parte del chiamato *ex lege* ne paralizza l'esecutività (16).

Parte della dottrina ritiene invece che, a seguito della pubblicazione, il testamento olografo acquista la natura di atto pubblico, la cui eseguibilità può essere sospesa solo dalla sentenza del giudice (17).

Tale opinione confonde la natura di atto pubblico del verbale di pubblicazione con quella di scrittura privata del testamento olografo allegato; occorre infatti considerare che, quando una scrittura privata viene allegata ad un atto pubblico, essa mantiene intatta la sua natura, e la particolare forza probatoria dell'atto pubblico riguarda esclusivamente il fatto che una delle parti abbia prodotto quello specifico documento al pubblico ufficiale.

Invece, se le parti richiamano e confermano nell'atto pubblico il contenuto della scrittura privata allegata, in tal caso, ferma restando la distinzione formale fra i due documenti, il manto dell'atto pubblico si estende *per relationem* al contenuto dell'allegato.

Nel caso del verbale di pubblicazione, il comparente si limita a produrre al notaio la scheda che non è espressione della sua volontà ma di quella del *de cuius*; pertanto l'atto pubblico attesta esclusivamente l'iden-

Una terza opinione ritiene che il notaio possa limitarsi a descrivere nel verbale il contenuto del testamento (v. NAVARRA, *La pubblicazione dei testamenti*, Milano, 1979, p. 81).

(14) In tal senso cfr. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1985, p. 590; CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 58; AZZARITI, *op. cit.*, p. 434.

In giurisprudenza v. Cass., n. 1089 del 13 aprile 1959, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 583.

(15) In particolare, v. App. Torino 26 maggio 1983, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, p. 44.

(16) In tal senso CICU, *op. cit.*, p. 142; ALLARA, *Il testamento*, Torino, 1957, p. 267; LISATTI, *In tema di onere della prova nella petitio hereditatis*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 69; DENTE, *Verificazione ed onere della prova dell'autenticità di testamento olografo*, in *Foro Pad.*, 1961, I, 1184; CASSISA, *Sull'onere della prova dell'autenticità del testamento olografo*, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1853.

(17) V. RADAELLI, *Efficacia del testamento olografo in pendenza di impugnativa sull'autenticità*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 217.

tità del documento prodotto al notaio, senza incidere sulla sua natura di scrittura privata.

Diversa è l'ipotesi del testamento segreto, ove la dichiarazione resa dal testatore al notaio che la scheda racchiusa nella busta contiene il suo testamento, rende possibile la compenetrazione fra la scrittura privata e l'atto pubblico di ricevimento, al punto che — secondo alcuni autori — si può parlare di atto pubblico complesso (18).

Il dubbio se possa essere pubblicata la fotocopia, può essere risolto considerando che, ai sensi del citato art. 620 c.c., possono essere pubblicati solo quei documenti che siano riconducibili alla nozione di testamento, indipendentemente dai vizi che li affliggono; invece non possono essere pubblicati tutti quei documenti privi delle caratteristiche del negozio *mortis causa*, e che costituiscono mere prove della sua esistenza (19).

Seppur il notaio non può e non deve effettuare alcuna indagine sulla veridicità o sulla validità del documento a lui esibito — poiché tali accertamenti spettano esclusivamente all'autorità giudiziaria — tuttavia egli deve accertare che il documento sia riconducibile alla nozione di testamento e sia pertanto suscettibile di pubblicazione (20).

Ciò perché il notaio può attribuire pubblica fede alle dichiarazioni negoziali delle parti, ma non assumere mezzi di prova a futura memoria, invadendo le prerogative del giudice.

È noto infatti che, ai sensi dell'art. 28 legge not., il notaio non può ricevere atti che siano contrari ad ordine pubblico; nell'ambito di tale divieto viene ricompreso — da un consolidato orientamento giurispruden-

(18) Per maggiori approfondimenti sulla natura giuridica del testamento segreto, v. in dottrina CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., Milano, 1983, p. 452; AZZARITI, *op. cit.*, p. 457; CICU, *op. cit.*, p. 203.

(19) In tal senso, NAVARRA, *op. cit.*, p. 73 e ss.; POLLASTRI MENNI, *Della pubblicazione del testamento olografo*, in questa *Rivista*, 1965, p. 285.

(20) Sull'obbligo del notaio di procedere alla pubblicazione dei testamenti a lui esibiti, seppur viziati, v. App. Palermo 9 febbraio 1979, in questa *Rivista*, 1979, p. 256, ove si afferma: « A questo proposito va notato che la legge fa obbligo a chiunque sia in possesso di un testamento olografo di presentarlo ad un notaio per la pubblicazione, appena avuta notizia della morte del testatore.

L'obbligo generale del notaio pertanto, di ricevere gli atti di cui venga richiesto è nella specie rafforzato dall'obbligo concorrente del possessore della scheda testamentaria di non occultare la scheda stessa e di renderla al più presto possibile nota a chiunque vi abbia interesse mediante la sua pubblicazione.

E va osservato che anche le disposizioni testamentarie nulle (da qualunque causa la nullità dipenda) possono essere spontaneamente eseguite dagli interessati (art. 590 c.c.), determinando così la sanatoria della invalidità del testamento.

In qualunque caso quindi, vi è un interesse dei terzi a conoscere l'esistenza della scheda testamentaria.

Da queste considerazioni deriva che il notaio non solo non incorre nella responsabilità prevista dall'art. 28 legge not., per la pubblicazione di un testamento olografo invalido (nella specie congiuntivo) ma ha l'obbligo della sua pubblicazione ».

ziale — l'esercizio di attività di accertamento di fatti ed atti giuridici, riservati istituzionalmente all'autorità giudiziaria (21).

Chi produce al notaio la fotocopia del testamento per la sua pubblicazione, in realtà intende preconstituire un mezzo di prova, teso a dimostrare l'esistenza di un testamento, da far valere nei confronti degli eredi legittimi, in vista del procedimento volto alla ricostruzione del documento originario.

Ecco che la pubblicazione della fotocopia di un testamento olografo costituisce un atto vietato dalla legge, ai sensi dell'art. 28 l. n., sotto un duplice profilo: da un lato esso viola l'art. 620 c.c., nella parte in cui richiede che al verbale di pubblicazione sia allegata la carta su cui è redatto il testamento; dall'altro esso potrebbe astrattamente tendere ad una preconstituzione di mezzi di prova, prevaricando i poteri dell'autorità giudiziaria.

In ogni caso, l'eventuale pubblicazione della fotocopia non può determinare l'eseguibilità del testamento e l'apertura della successione testamentaria per difetto di un presupposto essenziale e cioè... il testamento!!

Invece la mancata pubblicazione non preclude agli interessati la possibilità di far valere in giudizio la fotocopia.

6. La conferma.

Nella maggior parte dei casi, l'irreperibilità del testamento originario provoca la lite fra gli eredi legittimi e testamentari, che esibiscono la fotocopia: potrebbe tuttavia capitare che i chiamati all'eredità siano d'accordo nel riconoscere la validità del testamento riprodotto, al fine di rispettare la volontà del defunto.

L'ipotesi che i chiamati *ex lege* siano disposti ad onorare il testamento riprodotto nella fotocopia è rara ma non impossibile: l'affetto ed il rispetto per il *de cuius* possono rendere vincolante su un piano morale quello che è invece contestabile davanti alla legge.

In tali situazioni si pone il problema di stabilire se i chiamati all'eredità

(21) Sull'ampio tema del divieto per il notaio di assumere mezzi di prova a futura memoria, v. in particolare BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, I, sub art. 1 e 28; ANDRIOLI, « Istruzione civile preventiva ed attribuzione notarile », in questa *Rivista*, 1947, p. 35; in giurisprudenza, v. Cass. n. 977 del 20 aprile 1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1980; id., n. 2021 del 2 aprile 1982, *ivi*, 1982, I, p. 2092.

V. soprattutto Trib. Milano 21 aprile 1961, in questa *Rivista*, 1961, p. 479, secondo cui « ... un notaio che riceve un atto avente contenuto processuale incorre nel divieto di cui all'art. 28 n. 1 legge not., poiché in tal modo invade le funzioni attribuite all'autorità giudiziaria dalle leggi processuali, che sono di diritto pubblico, compiendo atti manifestamente contrari all'ordine pubblico ... ».

possano ottemperare alla volontà del *de cuius* mediante l'istituto della conferma, disciplinato dall'art. 590 c.c.

La norma prevede un'ipotesi eccezionale di sanatoria dei vizi del negozio testamentario, che può essere attuata dai chiamati all'eredità in forma espressa — mediante apposita dichiarazione — o tacita, tramite un comportamento concludente di attuazione delle disposizioni testamentarie.

Non è certo questa la sede opportuna per approfondire le molte controversie inerenti al negozio di conferma; basti qui ricordare che sono assai discussi la natura giuridica e l'ambito di applicazione dell'istituto.

Per quanto riguarda la natura giuridica, si contendono il campo tre diverse opinioni: in particolare alcuni autori interpretano l'art. 590 c.c. come una mera rinuncia ad impugnare il testamento da parte degli aventi diritto (22).

Tale opinione ha il pregio di individuare l'effetto principale del negozio teso ad escludere la lite ereditaria; tuttavia essa non ne chiarisce la reale natura giuridica.

Altri autori ravvisano nel negozio di conferma l'adempimento di una obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) (23).

A differenza della prima, questa opinione coglie esattamente il profilo causale dell'istituto: infatti nella maggior parte dei casi, chi conferma un testamento, non adempie ad un dovere giuridico, ma è spinto dal più forte dei doveri morali, cioè quello di rispettare pienamente la volontà della persona cara.

Anche in questa ipotesi si vede chiaramente la funzione del citato art. 2034 c.c., inteso come norma-cerniera, che permette l'ingresso nell'ordinamento giuridico di vincoli esterni, appartenenti ad un diverso ordinamento, quale quello della morale (24).

Tuttavia anche questa interpretazione non spiega l'istituto giuridico attraverso cui si realizza l'adempimento del dovere morale, che ha come effetto principale ma non unico la rinuncia ad agire.

Sembra pertanto preferibile l'opinione secondo cui la conferma determina una eccezionale efficacia delle disposizioni testamentarie, per effetto di una fattispecie complessa, composta dalla volontà viziata del *de cuius* e dalla acquiescenza dei chiamati per legge (25).

(22) In tal senso, Cicu, *op. cit.*, p. 28; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 210.

(23) V. AZZARITI, *op. cit.*, p. 626.

(24) Sul controverso tema della pluralità degli ordinamenti, v. in particolare S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945.

(25) Cfr. BIANCA, *op. cit.*, p. 641; CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamen-*

Tale interpretazione non esclude che l'atto abbia come causa l'adempimento di un dovere morale, e come effetto la rinuncia ad agire: esso tuttavia individua esattamente l'istituto attraverso cui viene concretizzata la causa e realizzato l'effetto del negozio.

Al fine di stabilire se possa essere oggetto di conferma la fotocopia di un testamento, occorre considerare che la conferma è finalizzata a tutelare la volontà del *de cuius*, non gli interessi degli eredi: essa presuppone l'esistenza di un testamento, seppur viziato, e non può sanare quei vizi che rendono dubbia la rispondenza del documento a quella volontà del *de cuius* che l'istituto intende tutelare; ad esempio, non possono essere confermate le disposizioni revocate o quelle di cui è dubbia l'autenticità (26).

In proposito, si osserva che la fotocopia potrebbe essere il risultato di un fotomontaggio, oppure che il testamento originale, in quanto irreperibile, potrebbe essere stato distrutto e revocato dal *de cuius* (art. 684 c.c.).

Pertanto, ad avviso di chi scrive, dato che la fotocopia riproduce un testamento di cui sono incerte l'autenticità e la sorte, essa non può essere oggetto di conferma da parte dei chiamati; la valutazione sulla corrispondenza del documento alla effettiva volontà del *de cuius* implica questioni attinenti a diritti indisponibili dai chiamati, che possono essere decise solo dall'autorità giudiziaria.

La validità di tali conclusioni è suffragata dal raffronto con la diversa ipotesi della conferma del testamento orale.

Al riguardo, con la nota sentenza n. 6313 del 1996 (27), la Suprema Corte ha affermato che deve ritenersi pienamente valido l'atto di conferma ricevuto da un notaio, in virtù del quale i chiamati all'eredità affermano

tarie e delle disposizioni nulle, Napoli, 1985, p. 125; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 500.

(26) Per l'inammissibilità di conferma del testamento falso, v. Cass., n. 2137 del 13 ottobre 1961, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1963, con nota di CASSISA; id., n. 1689 del 26 giugno 1964, in *Foro it.*, 1964, I, 1135; conf. BIANCA, *op. cit.*, p. 640; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 506; AZZARITI, *op. cit.*, p. 627.

Per quanto riguarda la controversa applicabilità dell'istituto alle disposizioni testamentarie illecite, al contenuto atipico del testamento, alle disposizioni lesive di legittima, al testamento nuncupativo, v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 503; TRIOLA, *Conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle (rassegna di giurisprudenza)*, in *Vita not.*, 1977, p. 888.

Per l'inammissibilità di conferma del testamento revocato, v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 509; BIANCA, *op. cit.*, p. 640.

In particolare, cfr. Cass. n. 2958 del 9 ottobre 1972, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1885, secondo cui « Ratio della norma è far salva quella volontà che il testatore non seppe o non poté esprimere in modo valido ed efficace, ma che, pur non meritando in astratto la tutela della legge, ha meritato il rispetto dell'erede legale, che, conoscendo il vizio di nullità e potendo disporre del relativo diritto, ha ritenuto di prestarvi ossequio ».

(27) Cass. n. 6313 del 11 luglio 1996, in questa *Rivista*, 1997, p. 163, con nota di SCALIA; id. in *Notariato*, 1996, p. 509, con nota di CELESTE.

l'esistenza di un testamento nuncupativo, e dichiarano di volervi dare esecuzione.

Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, l'atto ricevuto dal notaio non determina una illecita ingerenza nei poteri dell'autorità giudiziaria, poiché esso non preclude l'eventuale contestazione davanti al tribunale dell'effettiva esistenza del testamento.

Non è questa la sede per approfondire le tematiche esaminate dalla sentenza citata, relative alla rilevanza giuridica del testamento nuncupativo, ed alla ricevibilità di negozi di accertamento da parte del notaio (28).

Preme qui invece sottolineare come le motivazioni addotte dal Supremo Collegio a fondamento della ricevibilità dell'atto di conferma del testamento orale, non sono estensibili alla conferma della fotocopia.

Occorre infatti considerare che, in caso di testamento nuncupativo, la dichiarazione di conferma dei chiamati ha una duplice rilevanza: essa integra contemporaneamente una dichiarazione di scienza, mediante la quale le parti affermano l'esistenza del testamento nuncupativo, ed una dichiarazione negoziale, mediante la quale i chiamati sanano il vizio del difetto di forma scritta del testamento.

Ciò perché la mancanza di forma scritta è certamente una delle cause di invalidità del testamento — previste dall'art. 606 c.c. — che può essere sanata mediante l'istituto disciplinato dall'art. 590 c.c.

Invece, la mancanza del documento originario, il cui contenuto è attestato dalla fotocopia, non costituisce una causa di invalidità del testamento, che possa essere sanata dai chiamati, bensì implica l'incertezza sull'autenticità della copia, e sulla eventuale distruzione del documento originario da parte del testatore.

Ecco perché, a differenza del testamento orale, non è ammissibile la conferma del testamento riprodotto in fotocopia: la dichiarazione delle parti che la fotocopia è fedele riproduzione di un testamento irreperibile non è tesa a sanare un vizio del negozio, e pertanto non può essere ricondotta alla fattispecie disciplinata dall'art. 590 c.c.

Inoltre, la dichiarazione di riconoscimento della copia, a differenza della conferma del testamento orale, non ha natura negoziale, ma esclusivamente probatoria: essa non è volta a costituire, modificare od estinguere

(28) Sulla possibilità di confermare il testamento nuncupativo, v. per tutte Cass. n. 2958 del 9 ottobre 1972, in *Vita not.*, 1973, p. 119; id., 19 febbraio 1970, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1031; App. Napoli 3 maggio 1989, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 407.

Sul tema dei rapporti fra notaio ed autorità giudiziaria, sul divieto di assunzione di testimonianze a futura memoria e sulla correlativa responsabilità del notaio, ai sensi dell'art. 28 legge not., v. *supra* nt. 21.

rapporti giuridici, bensì esclusivamente a preconstituire un mezzo di prova dell'autenticità della fotocopia.

Si deve pertanto ritenere che, mentre la conferma del testamento orale produce effetti negoziali, e la dichiarazione di scienza, relativa all'esistenza del testamento, svolge un ruolo strumentale, nel caso della conferma della fotocopia l'atto stipulato assume rilevanza meramente probatoria, determinando l'ingerenza del notaio nei poteri dell'autorità giudiziaria, in violazione dell'art. 28 legge not.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, l'atto pubblico di conferma della fotocopia del testamento viola l'art. 28 legge not. sotto un duplice profilo: da un lato ai sensi dell'art. 590 c.c., nella parte in cui considera suscettibili di conferma le sole ipotesi di nullità od invalidità del negozio, e non l'irreperibilità del documento; dall'altro per l'ingerenza nelle prerogative del giudice in relazione alla precostituzione dei mezzi di prova necessari per l'eventuale lite ereditaria (29).

7. La transazione.

Esclusa la possibilità di confermare la fotocopia del testamento, al fine di attuare consensualmente la volontà del *de cuius*, i chiamati possono stipulare una transazione, che distribuisca l'asse ereditario con le modalità previste dal testatore.

Com'è noto, la transazione è il contratto in virtù del quale le parti pongono fine o prevencono una lite originata da una *res dubia* mediante « reciproche concessioni » (art. 1965 c.c.): nella fattispecie in esame, la *res dubia* è data dall'incertezza sull'esistenza del testamento riprodotto in fotocopia, che potrebbe originare una lite futura; le « reciproche concessioni » sono da ravvisarsi negli apporzionamenti dell'asse ereditario (30).

Il problema che si pone è stabilire se la transazione determini l'apertura della successione legittima o piuttosto della testamentaria, e quindi se la qualità di erede e la correlativa responsabilità per i debiti ereditari venga assunta dai soggetti designati nella fotocopia, oppure dai chiamati *ex lege*.

Per risolvere la questione, occorre premettere che, seppur la transa-

(29) V. in particolare, Trib. Milano, 21 aprile 1961, cit.

(30) Per maggiori approfondimenti sulla transazione, v. in particolare PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, vol. 13, Torino, 1985, p. 295 e ss.; VALSECCHI, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1954.

zione può determinare il trasferimento dei beni ereditari, tuttavia essa non può mutare l'identità degli eredi.

Ciò perché lo *status* di erede è indisponibile e può essere attribuito solo dalla legge o dal testamento, al fine di tutelare i creditori del *de cuius*, che pongono il loro affidamento nella responsabilità dell'erede designato per i debiti ereditari (art. 752 c.c.) (31).

Ora, se i chiamati all'eredità non possono disporre dello *status* di erede, essi non possono neppure mutare il titolo della delazione ereditaria, da legittima a testamentaria o viceversa, poiché la modificazione del titolo della successione determinerebbe la mutazione dei chiamati all'eredità, e conseguentemente degli eredi.

A maggior ragione, i chiamati non possono escludere l'apertura della successione legittima ed aprire la successione testamentaria senza esibire il testamento del *de cuius*, bensì limitandosi ad affermarne l'esistenza in base ad una mera prova, quale la fotocopia, poiché in tal modo essi verrebbero ad individuare convenzionalmente l'erede responsabile per i debiti ereditari, incidendo sui diritti dei creditori.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, la transazione mediante la quale i chiamati « riconoscono la validità del testamento riprodotto in fotocopia » non può determinare l'apertura della successione testamentaria, a causa della mancanza del testamento originale.

In assenza della successione testamentaria si apre la successione legittima e la transazione, in quanto atto di disposizione dei beni ereditari, determina l'accettazione tacita dell'eredità da parte degli eredi legittimi ed il successivo trasferimento — a titolo *inter vivos* — di una quota dell'eredità ai soggetti designati nella fotocopia (32).

L'erede legittimo resta responsabile per i debiti ereditari, ed i suoi rapporti con le controparti saranno regolati, ai fini dell'adempimento dei debiti ereditari, dagli artt. 1545 e 1546 c.c., previsti in materia di vendita di eredità ed applicabili per analogia a tutte le ipotesi di cessione *inter vivos* dell'asse ereditario (33).

(31) Sull'indisponibilità dello *status* di erede v. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, p. 186; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1971, p. 144.

(32) Sulla transazione ereditaria come atto *inter vivos*, v. in particolare SALVATORE, « Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione », in questa *Rivista*, 1996, p. 210.

(33) Per maggiori approfondimenti sulle norme citate, v. RUBINO, *op. cit.*, p. 146; CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 188.

8. *La lite.*

Nella maggior parte dei casi, l'irreperibilità del testamento riprodotto nella fotocopia determina la lite fra i chiamati all'eredità.

La causa si apre sempre con l'esperimento della petizione di eredità da parte dei beneficiari del testamento riprodotto nella fotocopia (34).

L'azione è fondata sulla richiesta degli attori agli eredi legittimi di riconoscere che la fotocopia riproduce un testamento olografo del *de cuius* (art. 2719 c.c.).

Il convenuto può eccepire di non riconoscere sia l'autenticità della fotocopia, sia la sottoscrizione del *de cuius* (35); se il convenuto non riconosce la sottoscrizione, l'attore deve richiedere il procedimento di verifica della scrittura privata (art. 216 e ss. c.p.c.), teso ad accertare la veridicità del documento riprodotto, mediante il raffronto con alcuni campioni della grafia del *de cuius* (36).

L'eventuale esito negativo del procedimento di verifica preclude la possibilità di provare altrimenti l'originalità del testamento, e determina il rigetto dell'azione di petizione di eredità.

Diversa è l'ipotesi in cui il convenuto non contesti l'autenticità della scrittura, bensì la conformità della fotocopia al documento originale.

Infatti, secondo l'insegnamento del Supremo Collegio, il procedimento di verifica della scrittura privata non può applicarsi al diverso caso di disconoscimento di copia fotografica di scrittura, previsto dall'art. 2719 c.c., il quale presuppone la mera contestazione della conformità della copia

(34) L'azione di petizione dell'eredità è l'istituto posto a tutela dei diritti dell'erede: essa è una tipica azione di condanna, finalizzata alla restituzione dei beni ereditari, posseduti da terzi; è tuttavia ammissibile, in base ai principi generali, un'azione di mero accertamento. In tal senso, AZZARITI, *op. cit.*, p. 201; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 255; PROTO PISANI, *Petizione di eredità e mero accertamento della qualità ereditaria*, in *Foro it.*, 1961, I, 1989.

(35) Ai sensi dell'art. 214 c.p.c., l'erede legittimo non è tenuto a dimostrare la falsità della sottoscrizione, ma può limitarsi a dichiarare di non riconoscere la firma del testatore; la norma agevola la posizione del convenuto, che viene chiamato a riconoscere una scrittura non sottoscritta da lui, ma dal *de cuius*.

(36) In passato, si discuteva se spettasse all'erede legittimo od al testamentario l'onere di fornire od indicare le scritture di comparizione, quando il documento da verificare sia un testamento olografo.

Nel senso che l'onere incombe sull'erede testamentario, che intende far valere il testamento disconosciuto, CICU, *op. cit.*, p. 142; ALLARA, *op. cit.*, p. 267; LISATTI, *In tema di onere della prova nella petitio hereditatis*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 69; DENTE, *Verifica ed onere della prova dell'autenticità di testamento olografo*, in *Foro pad.*, 1961, I, 1184; CASSISA, *Sull'onere della prova dell'autenticità del testamento olografo*, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1853.

In giurisprudenza: Cass. n. 2839 del 21 luglio 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1852; id., n. 2860 del 5 ottobre 1959, in *Foro it.*, 1959, I, 1840; id., n. 1545 del 15 giugno 1951, *ivi*, 1951, I, 855; id., n. 1928 del 27 giugno 1974, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1195.

stessa all'originale, al fine di escludere la possibilità della sua utilizzazione quale prova.

Ne discende che il disconoscimento della fedeltà della copia fotografica ha natura di ordinaria eccezione, che può essere sollevata secondo le regole generali, a differenza del disconoscimento della scrittura privata che può essere effettuato solo nel rispetto dei termini e delle modalità previsti dagli articoli citati.

Inoltre, mentre il disconoscimento della scrittura del *de cuius* è superabile solo attraverso la verifica della scrittura privata (art. 216 c.p.c.), la contestazione sulla conformità della fotocopia all'originale non preclude l'accertamento della *res dubia* ricorrendo ad altri mezzi di prova fra cui le presunzioni (37).

9. La lite: il fotomontaggio.

Se il giudice accerta che la fotocopia riproduce un testamento scritto dal *de cuius*, talvolta il convenuto può eccepire che la fotocopia è il risultato dell'operazione di fotomontaggio di più frasi scritte di pugno del testatore e ricostruite in modo da attribuirgli un significato diverso e mai voluto dall'autore.

In tal caso egli deve esperire la querela di falso, disciplinata dagli artt. 221 e ss. c.p.c., tesa a rompere il collegamento che esiste fra la dichiarazione e la sottoscrizione.

Tale azione non è preclusa dall'esito positivo del diverso procedimento di verifica della scrittura privata, diretto ad accertare esclusivamente la provenienza dal *de cuius* della scrittura, che ricorre anche quando il documento sia formato mediante il fotomontaggio di più frasi, estrapolate da documenti scritti di pugno del testatore e combinate in maniera tale da ricostruire un testamento falso (38).

(37) In tal senso, v. per tutte Cass. n. 12705 del 22 dicembre 1993, *cit.*; id., 28 dicembre 1993, n. 12856, in *Rep. Foro It.*, 1993, voce *Prova documentale*, n. 31; id., n. 8593 dell'11 agosto 1993, *ivi*, 1993, voce *cit.*, n. 26; id., n. 9829 del 5 ottobre 1990, *ivi*, 1990, voce *cit.*, n. 25; conf. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, p. 528; GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 268.

Contra, nel senso che il disconoscimento della fotocopia, sia per quanto attiene la sua conformità all'originale, sia per quanto attiene all'autografia di questo, deve essere effettuato con le forme ed entro i termini previsti dall'art. 214 e ss. c.p.c., v. Cass. n. 2144 del 5 maggio 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 1235; id., n. 128 del 21 gennaio 1971, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Scrittura*, c. 2323, n. 29; Trib. Lanciano 22 marzo 1983, ed App. L'Aquila 13 luglio 1984, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1085, con ampia nota di SIDERI.

(38) Conf. Cass. n. 5350 del 10 giugno 1996, in *Mass. giust. civ.*, 1996, p. 338; id., n. 3371 del 16 ottobre 1975, in *Rep. Giur. it.*, 1975, voce *Scrittura*, 3639, n. 2; id., n. 393 del 15 febbraio 1951, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, p. 948.

In dottrina, SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *N. D.I.*, p. 173 e ss.

Anche in questo caso, l'attività processuale delle parti sarà incentrata su perizie tecniche aventi ad oggetto il documento: le perizie non saranno però tese ad accertare l'autenticità della calligrafia — che in questa sede si dà per scontata —, bensì la corrispondenza della fotografia ad un unico, eventuale originale, oppure la ricomposizione del documento tramite più scritture.

L'eventuale dimostrazione che la fotocopia è il risultato di una operazione di fotomontaggio espone l'attore a serie conseguenze sia sul piano civile che penale.

In sede civile, la formazione della copia di un testamento falso costituisce una causa di indegnità, ai sensi dell'art. 463 n. 6 c.c., ove si prevede l'ipotesi della formazione o dell'uso consapevole di un testamento falso, anche mediante un fotomontaggio (39).

In sede penale, l'esperimento della petizione di eredità fondata su un fotomontaggio integra gli estremi del reato di falsità in scrittura privata (art. 485 c.p.) in concorso formale con la tentata truffa (art. 640 c.p.) (40).

10. La lite: la bozza di testamento.

Se l'attore riesce a dimostrare che la fotocopia è autentica, il convenuto può eccepire che il *de cuius* ha consegnato ai beneficiari una fotocopia del testamento e non l'originale poiché era ancora indeciso sulla definitività delle disposizioni ivi contenute; in tal caso la fotografia esibita non riproduce un testamento definitivo, ma una mera bozza o progetto.

Mediante questa eccezione, il convenuto riapre un'antica questione, se cioè il testamento olografo acquisti rilevanza giuridica al momento della sua perfezione formale, o non piuttosto al momento della sua emissione.

In proposito, è stato affermato che, non essendo il testamento un negozio recettizio, esso è destinato a produrre effetti automaticamente alla

(39) È discussa la natura giuridica dell'indegnità:

— affermano che si tratti di una ipotesi di incapacità a succedere, accertata mediante sentenza dichiarativa BIANCA, *op. cit.*, p. 410; GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da VASSALLI, Torino, 1957, p. 120;

— ritengono invece che si tratti di causa di esclusione dalla successione, per effetto di sentenza costitutiva, in quanto « *Indignus potest capere sed non potest retinere* » AZZARITI, *op. cit.*, p. 40; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 123; SALIS, *L'indegnità a succedere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 928.

Per maggiori approfondimenti sull'ipotesi di indegnità connessa alla falsificazione del testamento, v. IANNUZZI, *Indegnità a succedere per falsificazione o uso sciente di testamento falso*, in *Temi*, 1948, p. 226; GIORDANO, *Falsificazione ed uso sciente di testamento falso come causa di indegnità*, in *Foro it.*, 1946, IV, 65.

(40) V. Cass. 15 febbraio 1971, in *Giust. pen.*, 1972, II, p. 191, m. 214; id., 5 giugno 1973, *ivi*, 1974, p. 1086, m. 1700.

morte del suo autore, ovunque si trovi il documento che lo rappresenta (41).

In base a tale impostazione, deve ritenersi irrilevante il fatto che il *de cuius* abbia consegnato ai suoi eredi una fotocopia invece del documento originale.

Occorre tuttavia sottolineare che la rilevanza giuridica di una manifestazione di volontà — sia essa recettizia o non recettizia — non è determinata dalla perfezione formale del documento che la contiene, bensì dalla consapevolezza dell'autore sulla sua definitività (42).

Finché l'autore non ha superato la fase deliberativa, la volontà — seppur manifestata per iscritto — è un mero fatto interno, ed il documento ha il solo fine di agevolare la riflessione: fino a quel momento esso non ha valore giuridico, poiché, pur avendo i requisiti formali, non contiene una manifestazione di volontà ma un mero progetto.

Nel caso del testamento, la definitività del negozio si realizza con la sua « emissione », cioè al momento in cui il *de cuius* rende nota oppure facilmente reperibile la scheda: la rilevanza della fase di « emissione » non implica la recettizietà dell'atto, bensì individua il momento in cui la volontà del *de cuius* diviene definitiva, ed il progetto di testamento diviene negozio *mortis causa* (43).

Devono pertanto essere distinti il testamento olografo « definitivo » dalla « bozza » o « progetto » di testamento, intendendosi tutti quei documenti che, seppur formalmente perfetti, non erano destinati ad essere resi noti agli eredi.

Ai fini della differenziazione fra le due figure risultano determinanti le modalità di custodia del documento adottate dal *de cuius*: è testamento definitivo il documento racchiuso in una busta ed affidato all'avvocato di fiducia; è bozza di testamento lo stesso documento scritto sulle pagine di una vecchia agenda, relegata in fondo ad un armadio.

Nella fattispecie in esame, per stabilire se la consegna della fotocopia ai beneficiari integri l'emissione e la conseguente definitività del testa-

(41) In tal senso, cfr. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 110; S. ROMANO, *Aggiunte e cancellazioni nel testamento olografo*, in *Foro Lomb.*, 1932, 343; ALLARA, *op. cit.*, p. 236.

In giurisprudenza, v. Cass. n. 834 del 6 maggio 1965, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 1638; id., n. 3254 del 5 ottobre 1976, in *Rep. giust. civ.*, 1976, voce *Succ. test.*, n. 25; id., n. 2194 del 25 giugno 1954, in *Foro it.*, 1954, I, 1243, con nota di RESCIGNO.

(42) In tal senso, Cass. n. 2194 del 25 giugno 1954, *cit.*; TORRENTE, *Sulle aggiunte e variazioni nel testamento olografo*, in *Foro it.*, 1944-46, 992; AZZARITI, *op. cit.*, p. 423.

(43) La recettizietà di un atto implica che esso sia destinato e ricevuto da una o più persone determinate (in tal senso, BETTI, *op. cit.*, p. 83 e 87); invece, ai fini dell'emissione del testamento, è sufficiente che esso si stacchi dalla sfera volitiva del testatore per essere destinato alla comunicazione.

mento, occorre considerare che il distacco della volontà dal suo autore si realizza allorché egli rende noto il contenuto del negozio ai terzi, mentre non è necessaria la consegna del documento originale.

L'affidamento agli interessati di una fotocopia appare sintomo non già di incertezza del testatore, bensì di una convinzione così ferma, da indurlo a manifestare in vita le sue volontà *mortis causa*; mediante la consegna della fotocopia egli ha deliberatamente informato gli interessati del contenuto del testamento, e lo ha pertanto reso definitivo.

11. La lite: l'irreperibilità del testamento.

Il miglior argomento difensivo a disposizione del convenuto consiste nell'eccepire che il testamento originale, in quanto irreperibile, deve ritenersi distrutto e revocato dal testatore, ai sensi dell'art. 684 c.c.

La norma disciplina una delle ipotesi di revoca tacita del testamento, secondo cui la distruzione della scheda operata dal *de cuius* presuppone — salvo prova contraria — la sua volontà di revoca.

L'art. 684 c.c. prevede due presunzioni: la prima riferisce la distruzione della scheda al testatore, la seconda qualifica la distruzione operata dal *de cuius* come espressione del suo *animus revocandi* (44).

Dai lavori preparatori risulta chiaramente la natura relativa di entrambe le presunzioni; in presenza di una scheda lacerata, l'art. 684 c.c. attribuisce agli interessati la possibilità di provare sia che la distruzione non è opera del *de cuius* ma di terzi, sia che il testatore abbia lacerato la scheda pur continuando a volerne gli effetti.

Il Supremo Collegio, contraddicendo la lettera della norma, ha invece ripetutamente affermato che la distruzione del testamento ad opera del testatore è sempre espressione di una sua volontà di revoca, trasformando quindi la relativa presunzione da *iuris tantum* in *iuris et de iure* (45).

Questa interpretazione comporta gravissime conseguenze pratiche: l'unica possibilità concessa al beneficiario di un testamento distrutto di evitarne la caducazione, consiste nel vincere la prima presunzione relativa

(44) Sulla distruzione del testamento, v. GIAMPICCOLO, *Su alcune figure della c.d. revoca tacita del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 527; AZZARITI, *op. cit.*, p. 536; CARNELUTTI, *Distruzione e destinazione alla distruzione della scheda del testamento olografo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 97; per i riferimenti giurisprudenziali, v. invece PERSIANI, *op. cit.*, p. 162.

(45) In tal senso v. Cass. n. 1524 del 15 luglio 1965, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1406; id., n. 10 del 9 gennaio 1973, *ivi*, 1973, I, c. 2533; id., n. 3286 del 13 ottobre 1975, *ivi*, 1976, I, c. 365.

— attribuite la distruzione al testatore — provando che l'evento è dovuto a terzi od a cause naturali (46).

Inoltre, la giurisprudenza ha ulteriormente esteso l'ambito applicativo della norma, affermando che devono ritenersi presumibilmente distrutti e revocati tutti i testamenti che siano irreperibili all'apertura della successione (47).

Tale estensione è giustificata da esigenze di certezza dei rapporti, poiché la possibilità di ricostruire *extra tabulas* il testamento, mediante testimoni, copie o presunzioni, costituisce un evidente motivo di incertezza della successione.

D'altro canto, occorre considerare che la presunzione di revoca, posta dal citato art. 684 c.c., si fonda sulla comprovata distruzione del testamento da parte del *de cuius*, non sulla semplice irreperibilità del documento, che potrebbe dipendere da cause diverse (48).

Ora, applicando i sovraesposti principi alla fattispecie in esame, è dato osservare che la presenza della sola fotocopia implica l'irreperibilità del testamento originale.

La fotocopia attesta esclusivamente il contenuto del documento e la sua esistenza al momento della riproduzione fotografica, ma non certo la sua esistenza in un momento successivo, quale l'apertura della successione.

Pertanto, il consolidato orientamento del Supremo Collegio rende assai difficoltosa la posizione del beneficiario del testamento riprodotto in fotocopia, tenuto a fornire la prova diabolica che il documento originale ed irreperibile non è stato distrutto dal *de cuius* bensì da terzi o da cause naturali (49).

Di fatto, per avere speranze di vittoria, chi esibisce la fotocopia deve

(46) Tale prova può essere data per testimoni (Cass. n. 952 del 10 maggio 1967, in *Foro it.*, 1965, I, 1406), per presunzioni, purché gravi, precise e concordanti (Cass. n. 146 del 29 gennaio 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 909) per giuramento, decisivo o suppletorio (Cass. n. 3286 del 13 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1976, I, 365).

(47) V. Cass. n. 3286 del 13 ottobre 1975, cit.; id., n. 37 del 29 gennaio 1964, in *Rep. Foro. it.*, 1964, voce *Prova testimoniale*, n. 37; id., n. 952 del 10 maggio 1967, *ivi*, 1967, I, 1176.

(48) In tal senso, v. SPAGNOLO, *Limiti probatori in tema di lacerazione, distruzione e cancellazione del testamento olografo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 773; FACCHIANO, *Testamento olografo distrutto, lacerato o cancellato e prova testimoniale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, IV-V, p. 96; SAMMARCO, *Sul fondamento giuridico dei limiti di ammissibilità della prova testimoniale diretta alla ricostruzione di un testamento olografo smarrito o distrutto*, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1334.

(49) Tale prova diabolica può essere fornita per testimoni, mediante giuramento decisivo o suppletorio, o per presunzioni, purché gravi, precise e concordanti.

V. sulla prova testimoniale: Cass. n. 952 del 10 maggio 1967, cit.; sulla prova presuntiva: id., n. 146 del 29 gennaio 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 909; sul giuramento decisivo o suppletorio, id., n. 48 del 5 gennaio 1950, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, p. 378.

indicare almeno un testimone che affermi di aver visto il documento originale in un momento seguente all'apertura della successione.

Tale prova, di per sé difficilissima, è sottoposta ad ulteriori limitazioni da parte della consolidata giurisprudenza della Cassazione.

Infatti, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, tale prova testimoniale è sottoposta alle limitazioni previste dagli artt. 2724 n. 3 c.c. e 2725 c.c., secondo le quali l'attore che intende provare per testi il contenuto di un documento smarrito, caratterizzato dalla forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, deve dimostrare preliminarmente l'assenza di sua colpa nello smarrimento (50).

Tale interpretazione estensiva non può essere condivisa: in particolare, nella fattispecie in esame, la prova testimoniale non è diretta a dimostrare il contenuto del documento — attestato dalla fotocopia — bensì che esso non è stato distrutto dal *de cuius*.

Considerata la evidente diversità delle ipotesi, non sembrano applicabili le limitazioni poste dai citati artt. 2724 n. 3 e 2725 c.c., trattandosi di norme eccezionali, deroganti al principio generale della libertà dei mezzi di prova, che non possono essere estese per analogia ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste (51).

Tale differenza è stata sottolineata anche dalla giurisprudenza di merito che, giudicando su un caso analogo, ha sottolineato che l'attore deve provare la sua mancanza di colpa nello smarrimento del testamento quando la prova testimoniale è finalizzata a ricostruire il contenuto della scheda, non già quando essa tende a dimostrare la mancata revoca del testamento, il cui contenuto è attestato dalla fotocopia (52).

Ma soprattutto le norme citate hanno un significato in materia contrattuale, ove le parti di una scrittura privata hanno la possibilità di esigere la redazione in duplice originale, per poter entrambe conservare un originale del documento.

È giusto che la parte negligente, che non ha richiesto il rilascio del

(50) V. Cass. n. 37 del 29 gennaio 1964, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Prova testimoniale*, n. 37; id., n. 952 del 10 maggio 1967, in *Foro it.*, 1967, I, 1176; Trib. Lecce 16 novembre 1976, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, p. 79.

(51) Per maggiori approfondimenti sul tema della ricostruzione *extra tabulas* del testamento smarrito, v. gli autori citati alla nt. 41 ed in particolare l'ampia ricerca di LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966.

(52) V. in particolare Trib. Lanciano 22 marzo 1983, ed App. L'Aquila 13 luglio 1984, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1085, con ampia nota di SIDERI, ove il giudice afferma che: « La fotocopia di un testamento olografo, non tempestivamente disconosciuta, ed il cui originale risulta smarrito, è dato idoneo ad escludere la successione *ab intestato* quando, nel corso del giudizio, è accertato inequivocabilmente che la perdita dello stesso non è avvenuta ad opera del testatore e che quindi non trattasi di revoca ex art. 684 cod. civ. ».

documento in originale, oppure che non lo ha custodito adeguatamente, sia sanzionata su un piano processuale.

Diversa è la situazione in materia testamentaria, ove non sempre il beneficiario di un testamento può acquisire la disponibilità della scheda.

Oltre ad essere criticabile per i sovraesposti motivi pratici, l'interpretazione estensiva è anche fondata su una impostazione teorica che non sembra condivisibile.

Essa è espressione di quella ricostruzione generale che tende ad assimilare in una unica categoria i negozi *mortis causa* ed *inter vivos*, riducendo le loro differenze a situazioni eccezionali, e creando i presupposti per l'estensione analogica delle norme contrattuali al testamento.

Invece tutte le norme sul contratto, e soprattutto quelle sulla forma, sono dirette a tutelare l'affidamento delle parti nell'accordo stipulato, mentre, in materia testamentaria, la forma del negozio è diretta ad un fine diverso e per certi aspetti più nobile.

La forma del negozio *mortis causa* ha la funzione di garantire la sopravvivenza della volontà alla morte del suo autore, sconfiggendo su un piano giuridico quello che è ineluttabile su un piano naturale.

Essendo diverse le funzioni che la forma svolge nei due diversi ambiti, non è ammissibile l'estensione al testamento delle norme dettate per la ricostruzione processuale dei contratti.

12. Conclusioni: verso il testamento digitale.

Come spesso capita nel diritto civile, dallo studio di fattispecie pratiche, a prima vista di scarso interesse teorico, possono invece emergere alcune utili considerazioni.

In particolare, lo studio della fotocopia del testamento ha evidenziato alcuni punti fermi nel *leit motiv* del negozio *mortis causa*, cioè il rapporto fra forma e volontà.

Al riguardo, l'impossibilità di pubblicare e confermare la fotocopia, e soprattutto la sua inidoneità ad aprire la successione testamentaria, trattandosi di un documento privo dei requisiti formali previsti per il testamento olografo, ribadiscono che, nell'ambito delle successioni testamentarie, la volontà è subordinata alla forma, nel senso che l'accertamento della effettiva volontà del defunto è un mero criterio interpretativo di disposizioni formalmente perfette.

Nei negozi *mortis causa* la forma ha una funzione "forte", essendo condizione di giuridicità del negozio; in questi limiti, la volontà del defunto prevale sull'eventuale affidamento degli interessati.

Ciò caratterizza e distingue il testamento rispetto al contratto — imperniato sui diversi principi della libertà della forma e della tutela dell'affidamento — ed impedisce la riconduzione ad unità delle due figure nell'unica categoria generale del negozio giuridico, che mantiene una utilità puramente terminologica e descrittiva.

L'erroneità di tale riconduzione ad unità, e gli inconvenienti teorici e pratici che essa comporta, appaiono in tutta evidenza dallo studio dei risvolti processuali della fotocopia.

Questa indagine ha mostrato l'orientamento del Supremo Collegio, saldamente ancorato ad una visione unitaria del negozio giuridico, che ha esteso alla ricostruzione degli atti *mortis causa* la disciplina prevista per gli atti *inter vivos*, impedendo di fatto la ricostruzione della volontà del defunto.

È invece importante ribadire la differenza fra atti *inter vivos* e *mortis causa*, e la conseguente necessità che la giurisprudenza si sobbarchi di quelle indagini, seppur difficoltose, tese a garantire la tutela della volontà del defunto.

In particolare, poiché l'uso del computer è sempre più diffuso, e la forma digitale ha già assunto dignità giuridica, si porrà presto il problema della rilevanza, anche su piano normativo, di un testamento redatto su un *floppy disk*, oppure memorizzato sul disco rigido di un *hardware*, od affidato ad una casella postale di *Internet*.

Il giurista sarà pertanto nuovamente chiamato a cimentarsi con gli antichi problemi, alla luce delle nuove questioni peculiari dello strumento informatico.

Tali nuove questioni evidenziano ancora di più il grande inconveniente del testamento olografo, da sempre grave motivo di incertezza dei traffici, a causa del mancato intervento di un pubblico ufficiale che curi l'adeguamento alla legge della volontà del *de cuius* e la successiva conservazione del documento.

Tuttavia, l'inconveniente della incertezza dei traffici è secondario, a fronte dell'importante ruolo di civiltà giuridica svolto dall'istituto del testamento olografo nel nostro ordinamento.

A quel pezzo di carta sono affidati l'ultimo saluto, l'ultimo ringraziamento, l'ultimo rimprovero, l'ultimo desiderio del *de cuius*; esso rappresenta infatti l'ultimo sprazzo di autonomia negoziale dell'uomo, libero e padrone della propria vita e — almeno su un piano giuridico — anche della propria morte.

Seppur il testamento olografo costituisce certamente un motivo di

incertezza dei traffici, tuttavia esso rappresenta, più di ogni altro istituto del diritto civile, quella istanza di libertà dell'uomo che dovrebbe costituire il fine ultimo di ogni ordinamento, e che rende l'incertezza dei traffici un prezzo lieve da pagare.

E soprattutto oggi che l'ordinamento si sforza sempre più di tutelare i soggetti deboli, sia su un piano normativo che giurisprudenziale, occorre rendersi conto che la mancata tutela della volontà del defunto, giustificata dall'esigenza di evitare difficoltosi accertamenti, nuoce al più debole dei soggetti, e cioè a quello che non può più levare la voce per difendere la propria volontà.