

Il notaio ha in deposito il testamento olografo di Tizio
Tizio muore ma gli eredi non vogliono pubblicare il testamento

Il notaio che fa?

Nel caso di testamento pubblico fa copia e spedisce in Tribunale, anche se non pubblicato
nel caso di testamento olografo, ho letto dell'obbligo di comunicazione a eredi e/o legatari (solo) dopo la pubblicazione.

Nel caso in oggetto, gli eredi non vogliono pubblicare, ma ci sono legatari che potrebbero avere interesse a pubblicarlo.

Il notaio cosa deve/può fare?

E' lecito, a quanto pare, il patto tra i chiamati di non pubblicare l'olografo...

A mio parere l'accordo di non pubblicazione non è lecito.

Tuttavia, se – avendo il testamento in “tacitissimo” deposito fiduciario- esistessero solo istituzione di erede delle persone che sono d'accordo a non pubblicarlo, tutto sommato li farei scornare come piace a loro, se non altro perché è evidente che, anche ammesso ma non concesso che la pubblicazione possa essere fatta con atto del solo notaio, nessuno ti pagherebbe (scusate la prosaicità, ma credo che valga qualcosa).

Se viceversa sai già che ci sono dei legatari, a mio avviso occorre oltrepassare lo stretto dettato normativo, e provvedere cioè alla comunicazione informale dell'esistenza del testamento anche prima della pubblicazione, che essi ben potranno richiedere, a mio avviso, in quanto interessati.

A quel punto, ciò potrebbe essere una sorta di utile pressione psicologica anche sugli eredi quanto meno per venire ad un primo incontro informale con i legatari, e di certo a mio avviso gli eredi non avrebbero nulla di cui dolersi contro il notaio che abbia avvisato i legatari, perché il deposito fiduciario è comunque un contratto e non si potrebbe contestare al professionista di non aver voluto tradire la fiducia a suo tempo risposta in lui dal testatore.

Buon giorno a tutti.

Anche a me l'accordo di non pubblicazione non sembra lecito stante il tenore letterale dell'art. 620 C.C. e dell'art. 490 C.p. che riporto qui di seguito per comodità di lettura .

Art. 620 Codice Civile

Chiunque è in possesso di un testamento olografo **deve presentarlo a un notaio** per la pubblicazione **appena ha notizia della morte del testatore.**

Art. 490 Codice Penale

Chiunque, in tutto o in parte, distrugge, sopprime od occulta un atto pubblico vero, o, al fine di recare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, distrugge, sopprime od **occulta un testamento olografo**, una cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore veri, **soggiace**

rispettivamente alle pene stabilite negli articoli 476, 477 e 482, secondo le distinzioni in essi contenute,

Mi chiedo, però, quanto sia lecito un patto di tal natura in violazione dei diritti spettanti ai legatari che non possono essere pregiudicati da pattuizioni “inter alios actae”.

Io sinceramente temo il 463 n 5) e non mi riesco a far persuaso che consigliare la soppressione di un testamento sia una buona idea

Direi una pessima idea, con possibili ricadute, anche di natura economica, a carico di chi ha dato il consiglio, in spregio alle aspettative (diritti?) dei legatari.

Agli eredi – che conosci – scriverei che, a parte le ricadute di legge, citate da altri Colleghi, rischiano una causa: infatti, a prescindere dalla natura e fattibilità del patto, io non ho dubbi che, se si fa, devono essere d'accordo tutti. Secondo quest'ultima logica, non vedrei nemmeno peregrina, un'email mandata a tutti (eredi e legatari, se li conosci), facendogli capire che il notaio non è un pubblico ufficiale dietro la cui giacchetta ci si può nascondere: “Chiar.mi Professori, vi informo che presso di me, esiste un testamento che dà diritti a Tizio, Caio e Sempronio; Tizio e Caio non vogliono pubblicarlo. Sempronio sì. Io sono stato un umile depositario in fiducia del defunto, non sono la vostra personale Cassazione: sono messo nell'impossibilità oggettiva di procedere e non ho il potere di decidere; mettetevi d'accordo con i vostri professionisti di fiducia o andate in tribunale.”

Grazie a tutti!

Per quanto riguarda il versante notaio, nel caso di testamento olografo detenuto in deposito informale, l'obbligo si esaurisce con l'avvertire ai sensi dell'art.83 secondo comma del Regolamento i soggetti che posso avere interesse alla pubblicazione.

A questo punto se nessuno richiederà la pubblicazione il notaio avrà assolto al suo compito e nulla potrà essergli rivendicato.

FABRIZIO GRADASSI

IL PATTO DI NON PUBBLICARE IL TESTAMENTO OLOGRAFO

SOMMARIO: Definizione e generalità. — Esiste una vera e propria obbligazione di pubblicare il testamento olografo? — La discussa liceità del patto. — Il patto di non pubblicare il testamento olografo nell'ipotesi in cui esso riproduca le norme della successione legittima e nell'ipotesi in cui se ne discosti; il c.d. patto di famiglia. — L'inadempimento dell'obbligo di non pubblicare.

Definizione e generalità.

Il patto di non pubblicare il testamento olografo può definirsi come l'accordo concluso fra i chiamati all'eredità (ed eventualmente i legatari e gli onorati) avente ad oggetto l'obbligazione di non richiedere al Notaio la pubblicazione del testamento olografo.

Si tratta di un vero e proprio contratto plurilaterale, senza comunione di scopo, avente ad oggetto una obbligazione di *non facere*, a forma libera. Nella prassi esso viene per lo più concluso con scrittura privata semplice o in forma orale.

Potrebbe sorgere il dubbio che un patto siffatto non rivesta il carattere di patrimonialità richiesto dall'art. 1321 c.c. Se si accede però all'interpretazione prevalente secondo cui il valore economico della prestazione non deve necessariamente essere accertabile in modo oggettivo potendo anche discendere dalla valutazione soggettiva fattane dalle parti, il dubbio sollevato si rivela inconsistente (1).

L'interesse dei delati ad una pattuizione siffatta è dettato solitamente dall'esigenza di conseguire un risparmio di spese nonché di realizzare un predeterminato assetto d'interessi economici in spregio (qualora le disposizioni testamentarie non coincidano con le norme della successione legittima) o in conformità (qualora tale coincidenza sussista) alle disposizioni testamentarie.

(1) Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 4, in *L'Obbligazione*, Milano, 1990, p. 78.

Esiste una vera e propria obbligazione di pubblicare il testamento olografo?

Nel vigore del codice del '65 era prevalente l'opinione secondo cui la pubblicazione dei testamenti olografi era meramente facoltativa; l'art. 912 c. '65 infatti stabiliva: « *Il testamento olografo, sull'istanza di chiunque creda avervi interesse, sarà depositato presso un Notaio ...* ».

Oggi invece l'art. 620 c.c., con la parola « deve » (« *Chiunque è in possesso di un testamento olografo deve presentarlo a un notaio per la pubblicazione appena ha notizia della morte del testatore ...* »), sembra alludere ad una vera e propria obbligazione incombente su chi, al momento della morte del testatore, è in possesso del testamento olografo (2).

Sul punto sono state espresse in passato due diverse tesi.

In dottrina si è sostenuto che si deve distinguere l'obbligo della presentazione del testamento ad un Notaio, previsto dall'art. 620 c.c., commi 1 e 2, dalla facoltà di richiedere la pubblicazione di cui al 3, 4 e 5 comma dello stesso articolo (3). A sostegno di tale tesi si ricorda che l'innovazione relativa alla obbligatorietà, introdotta dall'art. 620 c.c., mira, come chiarito dalla Relazione del Guardasigilli, « a garantire tutti gli interessati dalla soppressione e dall'occultamento del testamento ». Secondo la costruzione in esame, gli interessati alla successione sarebbero stati sufficientemente tutelati dai pericoli dell'occultamento con la previsione del deposito del testamento olografo presso un notaio; sussisterebbe dunque un *obbligo* di depositare il testamento presso un notaio ed una mera *facoltà* di chiederne la pubblicazione. Un ulteriore argomento a favore della tesi in esame muove dalla circostanza che il soggetto cui venne affidata la custodia del testamento olografo potrebbe essere estraneo alla successione ereditaria e, pertanto, non aver alcun interesse alla pubblicazione del medesimo: sarebbe dunque comprensibile l'obbligo di consegna al Notaio, a tutela degli interessati, mentre sarebbe difficilmente giustificabile l'esistenza di un obbligo *ex lege* (4) di pubblicazione — al quale inevitabilmente si accompagnerebbe l'onere del pagamento delle spese fiscali e notarili — a carico di un soggetto disinteressato alle vicen-

(2) Cfr. Cass., 15 marzo 1952, n. 694, in *Foro it. rep.*, voce *Testamento*, n. 39, in cui si nota che però nessun termine è previsto per l'adempimento della obbligazione.

(3) NAVARRA, *La pubblicazione dei testamenti*, Milano, 1979, p. 50 ss.

(4) Nell'attuale ordinamento non sembra esserci più spazio per la categoria delle obbligazioni *ex lege* la quale deve ritenersi assorbita dal disposto dell'art. 1173 c.c. la cui portata è omnicomprensiva (« ... ogni altro atto o fatto idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico »). Sul punto v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, p. 28 ss.

de successorie (5). Né si dica che l'onere delle spese andrebbe comunque a gravare il patrimonio ereditario e non il soggetto richiedente: non è certo un caso di scuola quello dell'asse ereditario passivo oppure di un patrimonio ereditario insufficiente a coprire le spese notarili e fiscali; inoltre non si vede perché, in deroga in principi generali, tale onere dovrebbe gravare sul patrimonio ereditario e non sulla parte richiedente.

Dunque l'olografo, avvenuto il deposito presso il Notaio, potrà essere successivamente pubblicato su « richiesta di chiunque possa avervi interesse ».

Una diversa elaborazione dottrinale (6), largamente seguita anche nella prassi, partendo dal tenore letterale dell'art. 620 c.c., conclude che esiste un vero e proprio obbligo per il Notaio di pubblicare il testamento, a prescindere da una specifica richiesta in tal senso da parte dei soggetti interessati; tale impostazione considera il Notaio come soggetto tenuto alla pubblicazione per il solo fatto di essere in possesso del testamento olografo. Il Notaio che abbia presso di sé il testamento olografo, depositatogli prima della morte dal testatore o consegnatogli dopo l'apertura della successione dal soggetto detentore, sarebbe giuridicamente obbligato in proprio alla pubblicazione (7). Tale tesi si fonda, come già accennato, sul tenore letterale dell'art. 620 c.c. il quale dispone *Nel caso in cui il testamento è stato depositato dal testatore presso un Notaio, la pubblicazione è eseguita dal notaio depositario*. Aderendo a tale impostazione ove il notaio non si voglia rivolgere, in qualità di possessore del testamento olografo, ad un proprio collega chiedendogli di procedere alla pubblicazione, dovrà ricorrere all'*escamotage*, spesso adottato nella prassi, di far apparire una propria impiegata quale soggetto richiedente.

Tale tesi, che porta alle estreme conseguenze l'esigenza di garantismo della esecuzione delle volontà testamentarie e di tutela dei soggetti delati, sembra eccessivamente gravosa per il notaio. Ritenere quest'ultimo personalmente obbligato alla pubblicazione per il solo fatto di essere depositario del testamento significa gravarlo di spese talvolta non rimborsabili.

Vi sono inoltre alcuni dati normativi, appresso elencati, che sembrano avvalorare la contraria tesi della mera facoltatività della richiesta

(5) NAVARRA, *loc. op. cit.*

(6) POLASTRI NENNI, *Della pubblicazione del testamento olografo*, in questa Rivista, 1965, p. 273 ss.

(7) Conf. GANGI, *Le successioni testamentarie nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, II, p. 523 ritiene che il notaio sia obbligato a procedere alla pubblicazione dell'olografo, indipendentemente da una richiesta di parte, nella sola ipotesi di testamento già depositato presso di lui dal testatore.

di pubblicazione. L'art. 61 L. not. ultimo comma nel prevedere che i testamenti pubblici debbano passare da fascicolo speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti notarili, enuncia un principio, quello della richiesta di un soggetto interessato, che per un'esigenza di simmetria di disciplina dei casi analoghi, deve valere anche per i testamenti olografi (8). Tale interpretazione è inoltre avvalorata sia dall'art. 83, comma 2 Regolamento della Legge notarile il quale dispone che *Il notaro, avendo in qualsiasi modo notizia del decesso di persona che ... depositò nei suoi atti un testamento, dopo essersi ufficialmente accertato della morte del testatore, deve rendere avvertiti dell'esistenza del testamento stesso, coloro che egli presume possono avere interesse all'apertura ed alla pubblicazione*, sia dall'art. 75 dello stesso Reg. not. il quale richiede la redazione di un *verbale di richiesta* (9). Le norme menzionate dimostrano che il compito del Notaio si esaurisce nel rendere edotte le parti interessate dell'avvenuto decesso del testatore e del fatto di avere ricevuto in deposito il testamento olografo. Né a suffragio della tesi qui contestata può richiamarsi l'art. 623 c.c. (*Il Notaio che ha ricevuto un testamento pubblico, appena gli è nota la morte del testatore, o nel caso di testamento olografo o segreto, dopo la pubblicazione, comunica l'esistenza del testamento agli eredi e legatari di cui conosce il domicilio o la residenza*) il quale non si pronuncia sulla necessità della sussistenza di una richiesta « esterna » per procedere alla pubblicazione e pertanto rimane « neutrale » ai fini della soluzione del problema in esame.

Per ragioni di completezza deve essere qui ricordato che l'unica ipotesi in cui sicuramente il Notaio è tenuto autonomamente alla pubblicazione, a prescindere da un'espressa richiesta in tal senso da parte dei soggetti interessati, è quella del testamento segreto. La lettera dell'art. 621 c.c. non consente diverse interpretazioni (*Il testamento segreto deve essere aperto e pubblicato dal notaio appena gli perviene la notizia della morte del testatore*).

(8) Né vale osservare che mentre per i testamenti pubblici vige una disposizione (l'art. 66 L. not. ultimo comma che impone al Notaio di trasmettere entro 10 giorni dal ricevimento una copia del testamento pubblico all'archivio notarile) la quale garantisce i soggetti interessati della conservazione di almeno una copia del testamento, non altrettanto è stabilito per gli olografi. Infatti oggi col D.P.R. n. 956 del 18 dicembre 1984 che ha dato attuazione alla L. n. 307/1981 è stato introdotto l'obbligo per il Notaio di depositare sempre presso l'archivio notarile una scheda riproducente il contenuto del testamento con tutti i dati che interessano. La circostanza che rimanga a tutt'oggi fuori dall'ambito di applicazione della citata legge il testamento olografo ricevuto in via fiduciaria, senza un formale verbale di ricevimento, dal notaio non esime quest'ultimo da eventuale responsabilità per danni arrecati ai soggetti interessati i quali non siano stati tempestivamente informati dell'esistenza del testamento suddetto.

(9) V. NAVARRA, *op. cit.*, p. 55.

A parte quest'ultima ipotesi dunque si deve osservare che il testatore non avrà la sicurezza che alle proprie disposizioni testamentarie sia data adeguata pubblicità. È infatti necessaria, dopo l'apertura della successione, un'ulteriore iniziativa da parte di un soggetto interessato (la richiesta del passaggio del repertorio degli atti di ultima volontà a quella del repertorio degli atti tra vivi per il testamento pubblico, la richiesta di pubblicazione per il testamento olografo) la quale consenta la prosecuzione del procedimento diretto a rendere pubblico l'atto di ultima volontà. Si osserva che, secondo la tesi dominante, la successione si devolve, anche in mancanza della pubblicazione o del passaggio nel repertorio degli atti fra vivi, secondo le disposizioni testamentarie. La pubblicazione del testamento serve, oltre a costituire un titolo necessario per l'esecuzione coattiva delle disposizioni testamentarie, a rendere pubbliche di fronte ai terzi le disposizioni stesse consentendo la trascrizione nei registri immobiliari dei legati immobiliari, la voltura in catasto e la possibilità che chiunque ne possa estrarre copia. È infatti vero che l'art. 2648 c.c. u.c. prevede che la trascrizione dei legati si operi in base ad un estratto autentico del testamento, il che di per sé non implica la previa pubblicazione, tuttavia, per un elementare e imprescindibile esigenza di certezza, difficilmente il notaio eseguirà tale formalità senza la previa pubblicazione del testamento.

Il già citato comma 4, art. 620 c.c. (*Nel caso in cui il testamento è stato depositato dal testatore presso un notaio, la pubblicazione è eseguita dal Notaio depositario*), che la dottrina qui criticata menziona a suffragio della propria tesi, lungi dal prevedere un obbligo del notaio custode del testamento di procedere alla pubblicazione a prescindere da una richiesta in tal senso da parte di un soggetto interessato, vuole piuttosto indicare che la competenza alla pubblicazione è del notaio al quale il testatore accordò la sua fiducia dandogli in deposito l'olografo (10). Tale interpretazione è del resto in perfetta sintonia con l'art. 66 L. not. comma 4 (*Nel caso di restituzione o di apertura e pubblicazione del testamento segreto ed olografo, le formalità stabilite negli artt. 608, 620 e 621 c.c. saranno eseguite nell'ufficio del depositario del testamento*).

Postulato allora che la pubblicazione viene eseguita soltanto su iniziativa di un soggetto interessato e non quale atto dovuto all'apertura della successione si deve riflettere sulla tesi esposta per prima la quale ritiene comunque necessario il deposito presso un notaio. Ci si deve chie-

(10) *Id.*, *op. loc. cit.* Sembra allora da respingere l'opinione di CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1991, p. 72, il quale ritiene il notaio che non pubblica il testamento, passibile di sanzione disciplinare inflitta dal suo ordine.

dere allora se sia configurabile un atto autonomo di deposito del testamento olografo a prescindere dalla richiesta di pubblicazione. Il legislatore mentre ha disciplinato nell'art. 620, comma 3, c.c. la ipotesi del possessore che richiede la pubblicazione, non ha prescritto alcunché in merito alla semplice presentazione senza richiesta di pubblicazione (11). In seguito al deposito il notaio dovrebbe redigere un verbale che, essendo un atto fra vivi, verrebbe sottoposto a registrazione in termine fisso di venti giorni; inoltre non potrebbe essere omesso nella copia per l'Ufficio del registro la trascrizione della scheda allegata al verbale. Ciò importerebbe una irregolare e vietata pubblicazione del testamento senza le forme prescritte per una regolare pubblicazione (12). Pertanto il detentore il quale volesse ottemperare all'obbligo di presentazione dell'olografo senza curarne la pubblicazione e senza assumersene gli oneri, avrà soltanto la possibilità di affidare la scheda testamentaria fiduciariamente (ossia senza alcuna verbalizzazione) al notaio. Tale fattispecie è esplicitamente previsto dall'art. 82 Reg. not. (13). *(Il disposto dell'art. 66, comma 3 della legge si deve pure osservare nel caso di ... testamento olografo consegnato fiduciariamente al notaio dal testatore o da chi faccia istanza del deposito).*

Orbene se si riflette alla circostanza che l'obbligazione è il vincolo che lega un soggetto ad un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata prestazione e che nel caso che ci occupa è pressoché impossibile identificare i creditori dell'obbligazione di depositare il testamento presso un notaio, sembra allora preferibile ritenere che non sussista alcuna obbligazione in senso tecnico-giuridico per il possessore dell'olografo né di deposito presso un Notaio né, tantomeno di chiederne la pubblicazione. Lo strumento previsto a disposizione degli interessati affinché il possessore si determini a depositare il testamento, previsto dall'art. 620, comma 2, c.c. *(Chiunque crede di avervi interesse può chiedere con ricorso al pretore del mandamento di cui si è aperta la successione che sia fissato un termine per la presentazione)*, mal si concilia con la presunta natura di obbligazione in senso tecnico del deposito dell'olografo.

(11) Cfr. NAVARRA, *op. cit.*, p. 57.

(12) L'osservazione è di NAVARRA, *loc. op. cit.*

(13) V. NAVARRA, *op. cit.*, p. 58-59. L'autore osserva inoltre che se il presentatore esibisse l'estratto di atto di morte cesserebbe il divieto di rendere palese l'esistenza del testamento e di rilasciarne copia. Inoltre se fosse lecito e consentito un verbale di deposito senza pubblicazione, la scheda testamentaria rimarrebbe allegata al verbale di presentazione e non potrebbe più essere allegata al verbale di pubblicazione. La soluzione prospettata è dunque l'unica che consenta al presentatore di ottemperare all'obbligo previsto dai primi due commi dell'art. 620 c.c., per poi eventualmente chiederne la restituzione, prima che gli interessati procedano alla pubblicazione.

Tanto il deposito del testamento quanto la sua pubblicazione devono invece essere considerati come « doveri » non sussumibili nel campo delle obbligazioni in senso tecnico, in quanto il campo dei titolari dal lato attivo di questo preteso rapporto obbligatorio sarebbe difficilmente circoscrivibile. La mancata esecuzione di tali doveri potrà rilevare quale fatto giuridico produttivo di responsabilità *ex art. 2043 c.c.* ove essa costituisca fatto illecito e non certo come inadempimento fonte di responsabilità *ex art. 1218 c.c.* Il comportamento del possessore che ometta di consegnare il testamento olografo al Notaio potrà, in presenza del nesso di causalità fra comportamento e danno (fermo restando che nella maggior parte dei casi saranno evidenti sia il danno ingiusto che la presenza di dolo o colpa essendosi in presenza di un contegno omissivo in spregio ad una disposizione di legge), essere fonte di responsabilità *extracontrattuale*.

È pertanto conseguente a tali premesse ritenere che con l'accordo di tutti gli interessati (14) possa convenirsi un impegno contrattuale di segno inverso al « dovere » previsto dalla legge.

Dunque il patto di non pubblicare il testamento olografo concluso da tutti i delati alla eredità e dagli interessati alla stessa (ad. es. legatari e onorati), fermo restando che lo stesso ben si può conciliare con il previo deposito del testamento presso un Notaio in via fiduciaria, non sembra violare il dettato dell'*art. 620 c.c.* Anche in assenza del previo deposito presso il Notaio, il patto di non pubblicare il testamento olografo varrà inoltre quale rinuncia di tutti i paciscenti ad esercitare azioni di risarcimento danni e/o di responsabilità *extracontrattuale* verso il soggetto detentore del testamento.

La discussa liceità del patto.

Il problema di fondo è quello di stabilire se possa ravvisarsi un interesse di ordine superiore a che le disposizioni testamentarie siano pubblicate e/o eseguite, oppure se le norme in argomento siano state create allo scopo di tutelare interessi di stampo esclusivamente privatistico, potendo, accogliendosi quest'ultima tesi, essere derogate su accordo di tutti i soggetti interessati.

La liceità del patto in oggetto va valutata alla luce dei seguenti dati normativi: da un lato gli *artt. 483-bis c.p., 489 c.p., 490 c.p. e 491 c.p.*

(14) Naturalmente i soggetti titolari di un autonomo interesse alla pubblicazione i quali non abbiano partecipato alla pattuizione contrattuale potranno agire per il risarcimento del danno. Tale precisazione pare di non poco momento stante la difficoltà di circoscrivere con rigore la categoria dei soggetti « interessati ».

le cui disposizioni, per quanto qui interessa, possono riassumersi in una ipotetica norma del seguente tenore *Chiunque, in tutto o in parte distrugge, sopprime od occulta un testamento olografo è punibile con la reclusione da sei mesi a tre anni se ha agito al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altro un danno; per tale reato si procede d'ufficio*; dall'altro lato, l'art. 463 c.c. il quale, al n. 5), prevede che è escluso dalla successione *chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata*.

Può osservarsi, quanto al primo punto, che il comportamento del possessore potrà integrare gli estremi del reato di cui all'art. 490 c.p. soltanto in presenza di tutti i requisiti previsti dalla norma e, in particolare, del fine specifico di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno (15) (c.d. dolo specifico). Tale norma lascia presupporre in primo luogo che l'occultamento del testamento sia avvenuto all'insaputa dei cointeressati alla successione e, in secondo luogo, che questi ultimi abbiano ricevuto un danno da siffatto comportamento. Pertanto la partecipazione al contratto di tutti i delati testamentari esclude quel fine di arricchimento proprio o di nocumento altrui che è requisito ineliminabile della figura di reato in oggetto. Inoltre già si è detto che il patto di non pubblicare può convivere legittimamente col deposito presso il Notaio senza che venga richiesta la pubblicazione. Ove però a' sensi dell'art. 620, comma 2, c.c. (*Chiunque crede di avervi interesse può chiedere, con ricorso al pretore del mandamento in cui si è aperta la successione, che sia fissato un termine per la presentazione*) qualcuno abbia chiesto al pretore del mandamento in cui si è aperta la successione che sia fissato un termine per la presentazione, la trasgressione a siffatta imposizione già di per sé configura gli estremi del reato in oggetto o nella migliore delle ipotesi della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. (*Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire quattrocentomila*). La circostanza che si tratti di un reato perseguibile d'ufficio e che pertanto sia innegabile la presenza di un interesse d'ordine superiore (il che impedisce di vedere nell'atteggiamento degli interessati quel consenso dell'avente diritto che

(15) Cfr. Cass. pen., Sez. V 87/177158.

In materia di « distruzione » del testamento olografo si veda invece Cass. pen., Sez. V 83/160730: « L'erede testamentario che distrugga il testamento olografo risponde del reato punito dall'art. 490 c.p.; l'erede infatti non ha diritto di distruggere il testamento stesso, del quale non ha il potere esclusivo di disposizione, ma è tenuto viceversa a provvedere a renderlo pubblico non appena abbia notizia della morte del testatore ».

costituirebbe scriminante della figura criminosa (16)) non vale ad inficiare la considerazione che, come accennato, la conclusione del patto di non pubblicare il testamento olografo, da parte di tutti i soggetti interessati, esclude l'elemento essenziale del fine di arricchimento proprio o di nocumento altrui.

Quanto invece all'art. 463, n. 5 che include, fra i casi di indegnità, il celamento del testamento olografo, vale la considerazione che il patto di non pubblicare non integra necessariamente gli estremi del *celamento* (17). Già si è detto che il patto in oggetto ben si concilia con il previo deposito dell'olografo, senza richiesta di pubblicazione presso un Notaio. Inoltre si può aggiungere che se è vero che l'indegnità è considerata una sanzione civile con fondamento pubblicistico (18) in quanto pare socialmente ripugnante che partecipi alla successione del *de cuius* chi verso quest'ultimo si è macchiato di comportamenti riprovevoli, è evidente che tale giustificazione non ha pregio nel caso che ci occupa. Infatti la mancata pubblicazione discende qui dalla circostanza che tutti gli aventi diritto a partecipare alla successione del *de cuius* hanno predisposto un determinato programma economico raggiungibile tramite lo strumento in esame allo scopo: a) di dare esecuzione alle volontà testamentarie senza curare la pubblicazione dell'olografo (ed è evidente in tal caso l'assenza del requisito dell'attentato alla libertà testamentaria) oppure b) per realizzare una cessione di quota ereditaria (19) (ed è evidente in tal caso la volontà dei delati di celare l'esistenza del testamento alla Amministrazione finanziaria, senza alcun attentato alla libertà testamentaria). Al contrario l'occultamento di cui fa parola l'art. 463, n. 5 (espresso col vocabolo *cela*) allude all'intenzione di mantenere all'oscuro taluno dei delati testamentari e più in generale degli interessati alla successione (comprendendosi anche i legatari, gli onorati ecc.) della reale portata o dell'esistenza del testamento, e quindi di realizzare un profitto o di arrecare un danno ai delati inscienti.

Per rispondere al quesito posto all'inizio del paragrafo può concludersi che la innegabile presenza di un interesse di ordine superiore a che il testamento olografo venga pubblicato, non sembra essere tanto spicca-

(16) Non viene perciò derogata la regola secondo cui il consenso dell'avente diritto non elimina l'antigiuridicità nei reati contro la fede pubblica, come quello in oggetto; in argomento v. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, Bologna, 1989, p. 203.

(17) C. 84/3309: Il celamento non è ravvisabile nella violazione dell'obbligo del possessore del testamento olografo di presentarlo ad un notaio per la presentazione appena avuto notizia della morte del testatore.

(18) Cfr. CAPOZZI, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 1982, I, p. 122.

(19) Vedi paragrafo successivo.

ta da rendere nullo il patto di non pubblicare il testamento olografo ove quest'ultimo risulti concluso con l'accordo di tutti i soggetti interessati alla successione. L'interesse di ordine superiore si riferisce non tanto alla pubblicazione delle volontà testamentarie in sé — altrimenti non si comprenderebbe come nell'analoga ipotesi di testamento pubblico si proceda al passaggio nel repertorio degli atti fra vivi solo su richiesta di un soggetto interessato — quanto all'esigenza di tutela dei soggetti interessati alla successione.

Il patto di non pubblicare il testamento olografo nell'ipotesi in cui esso produca le norme della successione legittima e nell'ipotesi in cui se ne discosti; il c.d. patto di famiglia.

Ove le disposizioni testamentarie e quelle della successione legittima non coincidano, tramite la mancata pubblicazione le parti desiderano, nella maggior parte dei casi, che la successione si devolva in difformità alle volontà testamentarie ed in conformità alla successione legittima. In tal caso il patto di non pubblicazione può costituire una fase di un più ampio procedimento il cui momento conclusivo è costituito da una vera e propria vendita di quota ereditaria. Tale patto in particolare mira a far apparire all'esterno, come successione legittima, quella che, in realtà, è una successione testamentaria. Si tratta di un accordo assimilabile, anche se non riconducibile *in toto*, alla simulazione, in quanto diretta a rendere di pubblica evidenza l'operatività della delazione legittima, anziché di quella testamentaria realmente operante.

Per comprendere meglio il fenomeno si deve ancora una volta ricordare che la delazione, determinata nel caso in esame dalle disposizioni testamentarie, è efficace a prescindere dall'avvenuta pubblicazione la quale serve soprattutto a creare un titolo utile per l'eventuale esecuzione coattiva della successione testamentaria. Dunque anche in caso di mancata pubblicazione del testamento sono i soggetti in quest'ultimo indicati i veri ed unici delati e legittimati ad acquistare l'eredità.

Al patto di non pubblicazione ed alla conseguente (fittizia) apertura della successione legittima si accompagnerà la attribuzione di un corrispettivo a favore del soggetto indicato nel testamento (non pubblicato) come erede, il quale ultimo non riceverà nulla dalla successione legittima. Quest'ultimo acconsente a che il testamento non venga pubblicato (con conseguente fittizia apertura della successione legittima) pretendendo un corrispettivo per la mancata richiesta di pubblicazione. Tale sequenza procedimentale realizza, a ben vedere, una cessione di quota ereditaria fra il soggetto indicato nel testamento come erede e il succes-

sore legittimo. Infatti anche ove le parti qualificano la dazione del denaro come corrispettivo per la mancata richiesta di pubblicazione e non della quota, ben può l'interprete riqualificare il patto in oggetto come vendita di quota ereditaria. Evidente è infatti l'intenzione dei contraenti di far pervenire l'intero asse ereditario, verso corrispettivo, a colui che, in caso di apertura di successione legittima, sarebbe erede e quindi, in ultima analisi, di realizzare una vendita. È appena il caso di ricordare che il soggetto indicato nel testamento compie, mediante la cessione di quota, un'accettazione tacita *ex art. 476 c.c.* diventando vero erede, anche se di fronte ai terzi egli apparirà come un soggetto totalmente estraneo alla successione del *de cuius* (20).

La considerazione che, nonostante la mancata pubblicazione del testamento, il patrimonio ereditario si devolva secondo le disposizioni testamentarie ci consente di qualificare quello in oggetto come una vera e propria vendita di eredità la quale deve essere considerata nulla se mancante di forma scritta. È infatti indubbio che la prescrizione prevista dall'art. 1543 c.c., comma 1 si applica anche alla cessione di quota ereditaria in oggetto. Conseguentemente deve osservarsi che se i paciscenti hanno l'accortezza di concludere per iscritto la cessione di quota ereditaria tale contratto deve ritenersi, almeno da un punto di vista formale, perfettamente valido e lecito. Naturalmente nella prassi il patto di non pubblicare viene tenuto segreto dai contraenti e non viene sottoposto a registrazione, proprio in quanto la finalità principale del procedimento in esame è quella di evitare la tassazione relativa alla cessione di quota ereditaria. Vi sono però seri dubbi sulla liceità del patto di non pubblicare il testamento olografo nella fattispecie da ultimo esaminata, ferma restando invece la validità del patto di cessione di quota ereditaria conclusa per iscritto. La circostanza che si tratti, come accennato, di uno stratagemma adottato nella pratica esclusivamente per conseguire un risparmio di imposte realizzando in sostanza una frode fiscale, impedisce di riconoscere al patto di non pubblicare il testamento olografo quell'at-

(20) Esempificando: il soggetto A vedovo muore nominando eredi per metà ciascuno, con testamento olografo, l'estraneo C e l'unica figlia B. Essendo quest'ultima intenzionata ad acquistare la quota devoluta all'estraneo C, le parti, anziché procedere all'accettazione delle rispettive quote ereditarie ed alla successiva vendita di quota, si accordano nel senso di non pubblicare il testamento olografo e di « lasciare » che la successione si devolva, di fronte ai terzi, in base alla successione legittima; in tal modo erede universale diventa B unica figlia del testatore A; inoltre B corrisponde a C una somma di denaro « sotto banco », a titolo di prezzo, acquistando da quest'ultimo la quota ereditaria senza sottoporre il patto suddetto a registrazione. In seguito a tale procedimento, nonostante all'esterno B appaia come unica erede in forza di successione legittima, in realtà delati sono, per la quota di metà ciascuno, gli stessi B e C, il quale ultimo, vendendo la propria quota di metà, ha accettato tacitamente la quota del patrimonio ereditario allo stesso devoluto.

tributo di meritevolezza richiesto dall'art. 1322, comma 2, c.c. A ben vedere però ciò non vale ad inficiare *in toto* il procedimento esaminato perché l'unica conseguenza della nullità del patto di non pubblicazione, una volta perfezionata la cessione di quota, è che il delato testamentario potrà legittimamente pretendere la pubblicazione facendo leva sulla nullità del preesistente patto di non pubblicare. A tale iniziativa il successore legittimo che ha acquistato « sotto banco » la quota ereditaria potrà reagire, ove nella quota ceduta siano compresi beni immobili, chiedendo *ex art. 2652, n. 3)* l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di scrittura privata della vendita di quota ereditaria, rendendo così opponibile il proprio acquisto di fronte ai terzi. Si osservi però che il delato testamentario non otterrà alcun vantaggio concretamente rilevante nell'agire per fare dichiarare la nullità del patto e, conseguentemente, chiedere la pubblicazione dell'olografo, atteso che tale azione giudiziale non vale ad inficiare la (per ipotesi già avvenuta) cessione di quota ereditaria.

Per infirmare la validità del patto di cessione si potrebbe inquadrare la sequenza *patto di non pubblicare - vendita di quota ereditaria* fra i contratti collegati ritenendo che la invalidità del primo si rifletta inevitabilmente sul secondo. Tale tesi potrebbe essere avvalorata dalla circostanza che il documento sul quale è redatto il patto di non pubblicare il testamento olografo contenga altresì la cessione di quota. Ma anche se, per ipotesi, entrambi i contratti fossero conclusi nel medesimo contesto documentale, ai fini dell'inquadramento dogmatico ed effettuale il discorso non cambierebbe. Si tratta di verificare se tramite i due contratti le parti si propongono di conseguire un fine economico unitario. Sembra però che la nullità del patto di non pubblicare non impedisca alle parti di conseguire il risultato ultimo, ossia quello di realizzare una cessione di quota ereditaria. A ben vedere la funzione del patto di non pubblicazione è solo quella di « spianare il campo » ai contraenti allo scopo di realizzare una vendita in spregio alla normativa sull'imposta di registro. Dunque, pur con qualche perplessità, più che di contratti collegati sembra trattarsi di contratti legati da un vincolo troppo debole per essere qualificato « collegamento » in senso proprio; pertanto sembra possibile ritenere valido il contratto di cessione pur ritenendo nullo il patto di non pubblicazione.

Deve ora esaminarsi la fattispecie in cui le disposizioni testamentarie contenute nell'olografo non si discostino dalla successione legittima. In tale ipotesi le parti, tramite il patto di non pubblicazione del testamento olografo, non si ripropongono di cedere o vendere alcunché, bensì, più semplicemente, di conseguire un vantaggio economico costituito dal

risparmio delle spese relative all'atto di deposito e pubblicazione del testamento. Tale patto non sembra violare alcun principio data la sua pressoché totale conformità alla volontà del *de cuius*. Né le differenze di disciplina che discendono dalla qualifica della successione come legittima o testamentaria sembrano sufficienti, ove il patto di non pubblicazione sia concluso con la partecipazione di tutti i soggetti interessati, ad inficiare il patto in oggetto (21).

L'ipotesi testè esaminata si iscrive, senza identificarsi con esso, nel c.d. patto di famiglia, con cui gli eredi si accordano di non pubblicare il testamento dandogli comunque esecuzione, riconosciuto valido dalla giurisprudenza (22). Questo ultimo è un accordo con cui le parti inten-

(21) Ricorda MENGONI, *Successioni per causa di morte, Successione legittima*, Milano, 1990, p. 26-27 che anche nel caso di istituzione ereditaria degli stessi successibili per legge in quote corrispondenti a quelle intestate (per esempio il testatore vedovo ha nominato eredi i propri figli in parti uguali) conserva importanza stabilire se si sia in presenza di una successione legittima o testamentaria. A titolo esemplificativo l'autore individua alcuni profili di rilevanza della distinzione suddetta e quindi dell'importanza dell'individuazione della natura, legittima o testamentaria della successione.

1) Il primo riguarda l'ipotesi in cui il testatore abbia istituito eredi i genitori e un fratello germano in parti uguali ed entrambi i genitori rinunzino all'eredità lasciando in vita ascendenti di grado ulteriore. Se si tratta di vocazione testamentaria si deve applicare l'art. 674 c.c., richiamato dall'art. 523 c.c., ragione per cui la rinuncia torna interamente a vantaggio del fratello. Se invece si fa luogo alla successione legittima si applica l'art. 522 c.c. che fa salvo l'ultimo comma dell'art. 571 c.c.: metà dell'eredità si devolve agli ascendenti, così che la rinuncia profitta al fratello per solo un sesto (art. 571 c.c. u.c.: *Se entrambi i genitori non possono o non vogliono venire alla successione e vi sono ulteriori ascendenti, a questi ultimi si devolve, nel modo indicato dall'art. 569 [= a colui che muore senza lasciare prole, né genitori, né fratelli o sorelle o loro discendenti, succedono per una metà gli ascendenti della linea paterna e per l'altra metà gli ascendenti della linea materna], la quota che sarebbe spettata ad uno dei genitori in mancanza dell'altro [la quota di 1/2]*). Conf. MENGONI, *op. cit.*, p. 100-101.

2) Il secondo riguarda la facoltà di commutazione, prevista dal codice (566 c.c., comma 2) solo per la successione legittima e per la necessaria ma non per la testamentaria.

3) Il terzo riguarda l'ipotesi del coniuge separato con addebito al quale, se istituito erede in quota uguale a quella di legge, non è applicabile l'art. 585, comma 2, c.c.

Quest'ultimo esempio non pare convincente; infatti se il testatore attribuisce una quota determinata del proprio patrimonio al coniuge al quale era stata addebitata la separazione non vi può essere timore di sovrapposizione di disciplina atteso che in forza della successione legittima allo stesso sarebbe stato attribuito soltanto l'assegno di cui all'art. 585, comma 2, c.c.

(22) Tale locuzione è usata da Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 144 la quale ha ritenuto « valido l'accordo tra coeredi di non pubblicare il testamento, ma di dargli comunque esecuzione, regolando transattivamente anche la varie attribuzioni patrimoniali compiute direttamente o indirettamente dal defunto mentre era in vita ». La pronuncia conferma la sentenza della Corte d'Appello Milano, 22 dicembre 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, 1, p. 634, in cui si legge « ... occorre riconoscere che l'impegno di tenere riservati i due atti (ndr.: due testamenti olografi) non può ritenersi contrario a norme imperative come tale nullo e capace di invalidare la scrittura medesima (ndr.: il patto di non pubblicare i testamenti olografi). La sua nullità infatti potrebbe affermarsi in quanto la clausola avesse denunciato l'intento di occultare o sopprimere il testamento, mettendone nel nulla le disposizioni, il che non fu certo voluto dagli stipulanti, unici nominati o istituiti nell'atto, dato che ben lungi dal perseguire intento siffatto convennero espressamente che le avrebbero rispettate ».

dono dare esecuzione alle disposizioni testamentarie prescindendo dalla pubblicazione del testamento (23). L'utilità pratica di un accordo siffatto sarà apprezzabile soltanto ove nel patrimonio ereditario non siano compresi degli immobili (24). Viceversa la eventuale volontaria esecuzione delle disposizioni, risulterà eccessivamente onerosa oltre a non corrispondere, di fronte ai terzi, alla realtà giuridica, in quanto gli eventuali trasferimenti immobiliari risulteranno effettuati con atti *inter vivos* e non *mortis causa*. Inoltre il rigido principio dell'*expressio causae* che caratterizza nel nostro ordinamento i trasferimenti immobiliari rende indispensabile l'utilizzazione di un negozio con causa tipica, o comunque meritevole di tutela *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, per effettuare il trasferimento suddetto. Il che significa inevitabilmente che l'atto con cui l'erede, volendo dare esecuzione alle disposizioni testamentarie non pubblicate, trasferisca diritti reali su beni immobili agli eredi indicati nel testamento, dovrà avvenire in forma simulata e rivestire una causa tipica già conosciuta nel nostro ordinamento o meritevole *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, essendo quanto meno dubbia su un piano dogmatico la possibilità di configurare come causa sufficiente per un trasferimento immobiliare quella di eseguire la volontà del *de cuius* contenuta in un olografo non pubblicato. A tali inconvenienti si aggiunga, su un piano pratico — operativo, la antieconomicità di trasferimenti siffatti che realizzando, almeno su un piano formale, una cessione dall'erede legittimo agli eredi indicati nel testa-

(23) Può verificarsi (e si è verificata nella pratica) la seguente ipotesi. Il soggetto A muore lasciando a sé superstite soltanto la figlia C e la moglie B e nominando, con testamento, olografo, unica erede universale quest'ultima. La moglie B è comunque intenzionata a rinunciare all'eredità. Posto dunque che, anche pubblicando il testamento olografo, alla rinuncia della moglie B seguirebbe la devoluzione dell'intero patrimonio alla figlia C, sembra in questo caso legittimo il patto di non pubblicare il testamento olografo, in quanto, inidoneo a modificare il risultato ultimo dell'apertura della successione. L'utilizzazione dell'istituto del patto di non pubblicare il testamento olografo (che naturalmente può concludersi anche in forma orale) deve preferirsi ad un preliminare di rinuncia all'eredità, il quale ultimo solleva perplessità in ordine alla possibilità che un atto siffatto configuri un'accettazione tacita per il chiamato intenzionato a rinunciare. Da un punto di vista operativo sarebbe comunque preferibile che assieme al patto di non pubblicazione del testamento olografo, la moglie B rinunziasse ad esperire l'azione di riduzione.

(24) Nella pratica si è verificata la seguente ipotesi. Il soggetto A non coniugato muore, (asse ereditario ammontante a lire 200 milioni in denaro contante) senza figli, genitori, fratelli, nominando, con testamento olografo, eredi due cugini di primo grado (che sarebbero altresì stati gli unici eredi legittimi) ed disponendo n. 40 (quaranta) legati da lire 1 milione ciascuno ad altrettanti soggetti estranei al testatore. In tal caso ben avrebbero potuto i soggetti interessati evitare le spese conseguenti ad un verbale di deposito e pubblicazione del testamento olografo, rivelatosi nel caso specifico assai laborioso e costoso, dando esecuzione volontaria alle disposizioni testamentarie, previo eventuale patto di non pubblicazione dello stesso testamento. Ove si fosse optato per la non pubblicazione del testamento olografo gli eredi, apparentemente legittimi, avrebbero potuto corrispondere a ciascuno dei legatari la somma agli stessi dovuta, confidando nella non necessità della *expressio causae* per i trasferimenti di beni mobili in genere e di denaro in particolare.

mento non pubblicato, dovrà inevitabilmente scontare l'imposta proporzionale di registro.

In conclusione il patto di non pubblicare il testamento olografo può dirsi valido ove lo stesso miri a dare esecuzione alle disposizioni ereditarie, il che solitamente, ma non necessariamente, avviene nelle ipotesi in cui il testamento riproduce sostanzialmente le norme in tema di successione legittima. Viceversa nell'ipotesi in cui esso costituisca una fase di un più ampio procedimento teso a produrre gli effetti di una cessione di quota ereditaria esso dovrà dirsi invalido considerata la finalità non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

L'inadempimento dell'obbligo di non pubblicare.

Un ulteriore punto meritevole di approfondimento riguarda l'eventuale fase patologica del contratto un esame. Ci si deve chiedere cosa accada ove una delle parti, violando l'impegno contrattuale, proceda alla richiesta di pubblicazione del testamento olografo. Se si aderisce, come sopra si è fatto, alla tesi secondo cui il patto di non pubblicazione è valido nei limiti in cui le parti si ripropongono di dare esecuzione alla volontà testamentarie, il pericolo di una richiesta di pubblicazione in violazione al contratto è pressoché inesistente per mancanza di interesse delle parti.

Ove però ciò accada i rimedi a disposizione dei contraenti nei confronti del soggetto inadempiente potranno operare solamente su un piano risarcitorio-obbligatorio e non reale. L'attuale possessore del testamento, infatti potrà pretendere la pubblicazione in ogni momento, previa presentazione e richiesta ad un Notaio il quale non potrà rifiutarla, pena la violazione dell'art. 27 L. not. (*Il Notaro è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne sia richiesto*), neanche ove egli fosse a conoscenza del patto di non pubblicazione.

