

SETTORE STUDI

QUESITI E MATERIALI

Civilistici



27.01.23

Quesito Civile n. 142-2019/C. Testamento segreto distrutto – ricostruzione

Risposta del 15 novembre 2019

Si espone la seguente fattispecie: un testamento segreto è andato distrutto a causa di un incendio che ha interessato lo studio notarile dove era depositato.

Per la complessità delle disposizioni testamentarie il testatore si era affidato al notaio, con il quale era stato predisposto il testo e concordata la forma. Dunque, pur essendo un testamento segreto, il notaio è a perfetta conoscenza del suo esatto contenuto e minute del testo sono conservate nei suoi archivi informatici.

Affinché possano essere rispettate le volontà del testatore, anche in adempimento di una obbligazione morale, il notaio vorrebbe ora ricostruire il testo del testamento a lui ben noto, e depositarlo presso altro notaio, evitando il ricorso ad un giudizio di accertamento (stante la notorietà del testatore).

Si chiede pertanto se si possa procedere con una formale unilaterale attestazione del contenuto del testamento segreto distrutto dall'incendio, con una accurata ricostruzione della vicenda, senza incorrere negli strali dell'art. 28 L.N.

La risposta al presente quesito deve muovere dalla considerazione che l'art. 28 della Legge notarile, il quale prescrive che il notaio non può ricevere o autenticare atti "espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico", trova applicazione anche nei casi in cui il notaio compie un atto riservato all'Autorità giudiziaria.

In particolare, si ravvisa la violazione di fondamentali principi del nostro ordinamento costituzionale e, quindi, la contrarietà all'ordine pubblico, allorché il notaio, esorbitando dal proprio ambito di competenza, invada quella che è la totale riserva alla Magistratura del ruolo decisivo dei conflitti tra

privati, della tutela giurisdizionale dei diritti e del relativo accertamento a mezzo di prove testimoniali[1].

Si è così affermata la responsabilità disciplinare del Notaio, ex art. 28 L.N., per aver questi ricevuto un atto presupponente un'attività di accertamento in situazione controversa, ossia l'accertamento dell'esistenza di un testamento smarrito, essendosi in tal modo il Notaio surrogato ad un'attività di cognizione riservata all'Autorità giudiziaria[2]. Ciò sul presupposto che «la parte che intenda ricostruire mediante prove testimoniali, a norma degli artt. 2724, n. 3, e 2725 cod. civ., un testamento di cui si assuma la perdita incolpevole per smarrimento o per distruzione, deve fornire la prova dell'esistenza del documento al momento dell'apertura della successione»[3], quindi «colui il quale - avendo interesse a fare valere le disposizioni testamentarie - si trovi nell'impossibilità di produrne l'originale, deve formulare una domanda di accertamento dell'esistenza dei requisiti di legge e del contenuto del testamento, fornendo la prova che l'irreperibilità del documento non sia espressione e conseguenza della volontà di revoca dell'atto da parte del testatore»[4]. E la necessità di una prova testimoniale rinvia ad un giudizio di accertamento di competenza dell'Autorità giudiziaria[5].

La Suprema Corte, intervenuta sulla questione, ha cassato la decisione del giudice di merito sottolineando la delicatezza della operazione di sussunzione della singola fattispecie, frequentemente anomala, nella norma di cui all'art. 28 L.N. caratterizzata dalla previsione che la fattispecie oggettiva dell'illecito è costituita non solo dalla redazione di un atto nullo, ma anche dal fatto che tale nullità sia inequivoca, cioè pacifica, o che l'atto sia manifestamente contrario al buon costume o all'ordine pubblico.

Compito dei giudici disciplinari è pertanto non solo quello di individuare una ipotesi di nullità, ma anche di evidenziare i presupposti della inequivocità della nullità o della manifesta contrarietà all'ordine pubblico, e proprio quest'ultima impone di analizzare approfonditamente la fattispecie.

In pratica, la decisione resa in appello è stata cassata perché la valutazione del fondamentale requisito della manifesta nullità non era stata condotta con un'analisi specifica della fattispecie, delle sue peculiarità, dei margini di dubbiosità di essa, della finalità e dell'effetto giuridico proprio dell'atto.

La suprema Corte, in pratica, non ha negato la validità dei principi enunciati nella sentenza di merito, ma ha affermato la necessità che il giudice disciplinare compia un'analisi in concreto per stabilire se quello specifico atto notarile costituisca, con evidenza univoca e indiscutibile, un tentativo di sostituzione - contrario all'ordine pubblico - dell'opera del notaio a quella degli organi giurisdizionali [6].

Nel caso *de quo*, al fine di poter dare esecuzione alle volontà espresse dal *de cuius*, il notaio vorrebbe ricostruire con suo atto il contenuto di un testamento segreto andato distrutto.

In considerazione del fatto che altro è la forma di un atto giuridico, altro è il documento, nel caso in cui questo manchi e la mancanza sia dipesa da un caso fortuito, non viene meno l'atto e la sua validità, ma la eseguibilità.

Proprio perché il testamento continua a essere valido, gli interessati sono ammessi a provarne la esistenza e il contenuto; dunque, la distruzione del documento, che non importi o esprima una volontà revocatoria, apre alla possibilità di una prova dell'esistenza dell'atto (ossia che il *de cuius* ebbe a confezionare, validamente, il testamento) e del suo contenuto in via testimoniale a norma degli artt. 2724, n. 3, e 2725 cod. civ.[7].

E ciò, secondo la prevalente opinione degli interpreti, in virtù di un principio di carattere generale del nostro ordinamento, per il quale è sempre consentita la ricostruzione di atti e documenti che siano andati distrutti o smarriti[8].

Già in epoca risalente la Suprema Corte ha avuto occasione di sostenere che «quando consti della esistenza del testamento, ma sussista la impossibilità, da parte di chi lo invoca, di produrlo per essere andato distrutto o smarrito, o per altra circostanza equivalente costitutiva di caso fortuito o di forza maggiore, la rispondenza del testamento ai requisiti di forma voluti dalla legge e il suo contenuto possono essere altrimenti dimostrati. Né la impossibilità della pubblicazione del testamento - nell'ipotesi di cui sopra - osta alla efficacia della volontà testamentaria, non afferendo la pubblicazione ai requisiti formali dell'olografo (alla esecuzione del quale ordinariamente essa prelude, essendo disposta allo scopo un accertamento preliminare del carattere testamentario dello scritto, della sua identificazione e conservazione) e sostituendo l'accertamento giudiziale le formalità predette»[9].

Si è sostenuta, altresì, la possibilità di ricostruire il testamento pubblico a mezzo di prova testimoniale nell'ipotesi in cui lo studio notarile venga distrutto prima che il notaio abbia trasmesso la copia all'Archivio notarile[10].

Va tuttavia evidenziato che la ricostruzione di cui si parla è pur sempre una "ricostruzione giudiziale" del testamento distrutto o smarrito[11].

Nel caso in esame, considerando che si tratta di ricostruire il contenuto di un testamento segreto, alla luce di quanto riportato, non sembra potersi escludere che l'attività di attestazione che il notaio andrebbe a compiere, finalizzata proprio alla ricostruzione del contenuto di un testamento con successivo deposito dell'atto presso altro notaio, possa essere valutata come attività accertativa riservata al giudice e perciò preclusa al notaio.

Ma si tratta comunque di una valutazione del caso concreto in tutte le sue peculiarità che esula dalle competenze di questo Ufficio Studi.

In questa sede ci si limita ad esprimere le perplessità che si nutrono in ordine alla fattibilità di quanto prospettato.

In altri termini, non sembra che sia possibile per il notaio racchiudere in un proprio atto le volontà espresse nel testamento distrutto, in alternativa ad un giudizio di accertamento.

Potrebbe in astratto ipotizzarsi come maggiormente possibile per il notaio rendere una dichiarazione su quanto di sua conoscenza, ma ciò, si ripete, non come ricostruzione extraprocessuale del contenuto di un altrui testamento segreto, quanto piuttosto come mera memoria di fatti che potrebbero essere formalizzate in una scrittura privata autenticata o che altro notaio si limiti a raccogliere.

Al riguardo si segnala la pronuncia della Suprema Corte la quale, seppur con riferimento ad una dichiarazione confessoria contenuta in una scrittura privata autenticata, ha affermato che la stessa «non costituisce un atto processuale, né un atto volto a preconstituire una prova utilizzabile in sede giurisdizionale, perché l'efficacia privilegiata derivante dall'autenticazione si riferisce unicamente alla circostanza che una determinata dichiarazione sia stata resa e non anche al suo contenuto, né, infine, rientra tra gli atti di istruzione preventiva, la cui specifica disciplina è dettata dal codice di rito, sicché deve escludersi che incorra nell'illecito disciplinare ex artt. 1 e 28 della legge notarile il notaio che proceda a tale autenticazione giacché, quand'anche la dichiarazione fosse stata fatta in vista di una sua possibile utilizzazione in un processo, non per questo muterebbe la propria natura, trasformandosi in atto processuale, insuscettibile di essere formato da un notaio, e resterebbe soggetta, quanto al contenuto ed alla rilevanza probatoria della stessa, alla valutazione ed all'apprezzamento del giudice»[12].

Si segnala anche la dottrina per la quale il notaio può incorrere in responsabilità disciplinare quando si sostituisca al giudice nell'atto di decidere, mentre resta nell'ambito della sua funzione se si limita a

raccogliere dichiarazioni, memoria di fatti e di operazioni compiute in sua presenza, giacché questa attività non sarebbe diretta a costituire prove c.d. tipiche, e quindi non potrebbe vincolare o surrogare i compiti del giudice[13].

Inoltre, come sostenuto in uno Studio del Notariato, alla luce del nuovo art. 769 c.p.c., la previsione di carattere generale sulla competenza notarile di cui al primo comma dell'art. 1 l. not., deve interpretarsi come comprensiva anche degli atti a contenuto non negoziale quali inventari cd. volontari o, in via più generale, verbali di constatazione[14].

Ai fini che qui interessano, è tuttavia opportuno mettere in rilievo che se da un lato al notaio non è precluso procedere alla constatazione di fatti anche nei casi non espressamente previsti dalla legge, dall'altro quelle dichiarazioni, pur trasfuse in un verbale, non potranno mai sostituire il testamento distrutto né produrre effetti equiparabili ad una sentenza che ne abbia ricostruito il contenuto.

La ricostruzione del contenuto del testamento distrutto, quindi, non può prescindere dalla instaurazione di un giudizio.

Alla luce dei riportati contributi interpretativi, in definitiva, non può che consigliarsi al notaio la giusta prudenza nella determinazione dell'atto che si intende redigere, in considerazione dei rilievi di illegittimità astrattamente possibili, nonché degli effetti concretamente conseguibili.

Federica Tresca

[1] Si v., Co.Re.Di. Toscana, 3 ottobre 2013, in *Banca Dati Deontologia CNN*, per la quale «non appare dubitabile, tanto da non dover spendere particolari argomentazioni, che la totale riserva alla Magistratura del ruolo decisorio dei conflitti tra privati costituisca uno dei principi assolutamente fondamentali (nel rispetto di tali principi fondamentali è pacificamente inteso il “manifestamente contrario all'ordine pubblico” di cui all'art. 28) del nostro ordinamento costituzionale»; M. Miano, *I verbali di constatazione*, in Miano, Materi, Marino, *Rassegna ragionata di casi ispettivi notarili*, Milanofiori Assago, 2017, 79.

[2] Corte d'Appello Venezia, Ordinanza, 17 aprile 2015, in *Banca Dati Deontologia CNN*. Con questa pronuncia la Corte ha dato seguito alla contestazione del Conservatore dell'Archivio Notarile distrettuale, il quale aveva contestato al Notaio la violazione degli artt. 28 e 47 della Legge Notarile per avere ricevuto un atto di accertamento dell'esistenza di testamento smarrito, «con ciò ponendo in essere un atto contrario all'ordine pubblico, perché compete all'Autorità giudiziaria la tutela giurisdizionale dei diritti ed il relativo accertamento a mezzo di prove testimoniali».

[3] Cass., Ordinanza, 12 agosto 2011, n. 17237, in *Banca Dati CED Cassazione*, 2011.

[4] Cass., 24 febbraio 2004, n. 3636, in *Arch. Civ.*, 2004, 875.

[5] Corte d'Appello Venezia, Ordinanza, 17 aprile 2015, cit..

[6] Cass., 30 settembre 2016, n. 19570, in *Notariato*, 2016, 6, 628, «Nel caso in cui sia contestata al notaio la violazione di cui all'art. 28 L.N. per aver posto in essere un atto contrario all'ordine pubblico in quanto di competenza dell'Autorità Giudiziaria, compito del giudice disciplinare è stabilire se quello specifico atto notarile costituisca, con evidenza univoca e indiscutibile, un tentativo di sostituzione dell'opera del notaio a quella degli organi giurisdizionali. Nell'esperire il processo sussuntivo della fattispecie nel precetto normativo, il giudice dovrà procedere, dandone adeguata motivazione, alla descrizione del caso, all'analisi minuta del contenuto dell'atto, delle finalità di esso, degli elementi soggettivi che hanno condizionato la scelta a favore di un tipo di atto o di sciogliere positivamente i dubbi sulla sua stipula».

- [7] V., Tribunale Genova, 19/11/2012, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 5, 508 ss., con nota di A. Todeschini Premuda, *Distruzione del testamento olografo ad opera del terzo e ricostruzione del suo contenuto*.
- [8] G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 841.
- [9] Cass., 6 marzo 1956, n. 645, in *Banca Dati CED Cassazione*.
- [10] G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 374.
- [11] Aa. Vv., *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, Milano, 2011, 1187 s..
- [12] Cass., 19 maggio 2017, n. 12683, in *Banca Dati CED Cassazione*.
- [13] Così, C. De Rosa, *La funzione notarile di certificazione e le recenti riflessioni della Cassazione sulla c.d. "precostituzione di prova"*, in www.federnotizie.it, il quale richiama Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Mass. Giur. It.*, 1996, «L'atto con cui il notaio riceve le dichiarazioni dei legittimari dirette a confermare espressamente le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, sulle premesse - dai medesimi dichiarate - dell'inesistenza di un testamento formale e della ripetuta, dettagliata e mai revocata volontà del defunto, espressa oralmente, circa la destinazione dei propri beni, non invade i compiti di accertamento riservati all'autorità giudiziaria, in ordine (nella specie) all'esistenza ed alla nullità del testamento nuncupativo nonché alla intervenuta realizzazione della fattispecie sanante prevista dall'art. 590 c.c., e non è quindi suscettibile di esser disciplinarmente sanzionato, ai sensi degli art. 1 e 138 della legge notarile, atteso che la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate (ne, peraltro, preclude un tale accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria in caso di successiva contestazione) e tenuto altresì conto che la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto al quale non è quindi configurabile alcuna attività di accertamento da parte del notaio».
- [14] E. Fabiani, Studio n. 432-2012/C, *L'attività notarile fra constatazione di fatti, verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali, prova prima del processo e delega all'assunzione della prova (testimoniale)*, in *Banca Dati Notarile Gallizia*.

Federica Tresca

note legali

I testi pubblicati sono di proprietà del Consiglio Nazionale del Notariato e ad uso esclusivo del destinatario. La riproduzione e la cessione totale o parziale effettuata con qualsiasi mezzo e su qualsiasi supporto idoneo alla riproduzione e trasmissione non è consentita senza il consenso scritto della Redazione. Ai sensi dell'art. 5 della legge 633/1941 sul diritto d'autore, i testi di legge e degli atti ufficiali dello Stato e delle pubbliche amministrazioni, italiane o straniere, non sono coperti da diritto d'autore; tuttavia l'elaborazione, la forma e la presentazione dei testi stessi si intendono protette da copyright.

CNN Notizie a cura di
Alessandra Mascellaro

Responsabile
Massimiliano Levi

Coordinamento di Redazione
Francesca Minunni, Chiara Valentini

Redazione
Francesca Bassi, Daniela Boggiali,
Chiara Cinti, Mauro Leo,
Annarita Lomonaco

Contatti

cnn.redazione@notariato.it
www.notariato.it
Trasmissione di Notartel
S.p.A.

WWW.NOTARIATO.IT