

ANDREA SASSI^(*)

IL TESTAMENTO TRA PRESCRIZIONI FORMALI E FUNZIONE PROBATORIA

ABSTRACT: The essay analyzes the function of the form of the will in relation to the testator's thinking and reasons for the disposition. The same applies to questions of procedure concerning proof that a document is true or false: in particular, the recent ruling of the Italian Court of Cassation disapplying the procedural rules on the acquisition of documentary evidence is analysed.

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico. – 2. Autenticità del documento e regole processuali. – 3. Falsità del testamento e posizione delle parti. – 4. Strumenti di contestazione e procedimento arbitrale. – 5. Oralità e conferma.

1. — *Inquadramento sistematico.*

La redazione del testamento è in tutti i sistemi giuridici da sempre regolata da particolari prescrizioni formali, che sono via via mutate nel corso del tempo ma che hanno continuativamente caratterizzato un'esigenza avvertita nelle diverse culture. Questo formalismo è stato giustificato con il riferimento all'importanza attribuita nei vari ordinamenti alla dichiarazione di volontà diretta a regolare gli interessi dopo la morte del *de cuius*. A ciò si aggiunga che nei sistemi di *civil law*, in cui l'elemento causale è fondamentale per la validità (e quindi l'efficacia) dell'atto di autonomia, il requisito formale è stato visto come supporto a una causa "debole", rappresentata essenzialmente dal motivo che induce il disponente a compiere l'attribuzione verso il beneficiario, motivo rivelatore della c.d. "intenzione del testatore", che rappresenta l'essenza stessa del negozio testamentario⁽¹⁾.

^(*) Università degli Studi di Perugia, *Scientific Coordinator*.

⁽¹⁾ V. almeno E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, 2^a ed., Torino, 1950, p. 335 ss.; e, con una visione più moderna e attuale, A. PALAZZO, *Le successioni*,

Tuttavia, la redazione testamento, sin dall'epoca romana, non è sempre caratterizzata da un procedimento solenne: infatti, delle tipiche forme espressamente e tassativamente indicate negli artt. 601 ss. c.c., solo il testamento per atto di notaio è soggetto a detto procedimento⁽²⁾; viceversa, il testamento olografo può essere definito come una *scrittura privata a forma rafforzata*: non basta l'autografia della sottoscrizione, ma occorre anche quella del contenuto e della datazione⁽³⁾. Pertanto, la forma testamentaria è utile non solo a richiamare l'autore sull'importanza dell'atto, ma anche e soprattutto ad assicurare la sicura provenienza dello stesso, vale a dire la redazione da parte del *de cuius*⁽⁴⁾.

Il richiamo all'importanza dell'atto, unito a quello della debolezza dell'elemento causale, è argomento ricorrente nella dottrina classica che studia le forme dell'atto di liberalità, sia esso *inter vivos* o *mortis causa*.

In particolare, si è affermato che la forma costituisce un mezzo per tutelare gli eredi legittimi contro la dispersione dei beni familiari agli estranei⁽⁵⁾. La tesi si fonda sull'esegesi dell'art. 590 c.c., giacché la facoltà di conferma degli eredi legittimi dimostra che i presidi posti dall'ordinamento a tutela dei

in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 631 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 128 ss.

⁽²⁾ Cfr. E. BETTI, *Diritto Romano. Parte generale*, I, Padova, 1935, p. 215; S. RICCOBONO, *L'importanza ed il decadimento delle forme solenni nel mondo romano*, in *Miscellanea Vermeersh*, Roma, 1935, p. 15 ss.

⁽³⁾ A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 137 ss.

⁽⁴⁾ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, p. 3. In applicazione del principio, la giurisprudenza ha correttamente ritenuto la nullità di un testamento inciso mediante una punta acuminata sulla piastrina metallica di un collare per cani con lettere segnate in stampatello inidonee ad essere riferite a persona determinata: Trib. Mistretta, 27 ottobre 2009, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1513, con nota di M.P. CALOGERO, *Bizzarre modalità di confezione del testamento olografo*, che, in accoglimento della domanda, osserva che autografia e sottoscrizione sono elementi necessari richiesti a pena di nullità dell'atto (art. 606 c.c.), intendendosi garantire l'integrale autenticità delle disposizioni testamentarie, evitando al contempo ogni possibile alterazione che comprometta anche solo in parte la sicura riferibilità del testo al defunto: il formalismo testamentario è ispirato ad una finalità (non meramente estrinseca, ma) sostanziale di tutela della volontà del *de cuius*, che si riflette nella sanzione di nullità del negozio.

⁽⁵⁾ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 68; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 68.

loro interessi non c'è ragione che resistano laddove i soggetti tutelati consentano scientemente che la disposizione viziata sia eseguita.

Altro orientamento coniuga lo scopo di una più meditata formulazione della volontà con quella della precostituzione della prova di questa volontà⁽⁶⁾. Tuttavia, il difetto di forma non incide soltanto sulla funzione probatoria del documento, ma è richiesta ai fini della validità dello stesso. Inoltre, la forma scritta non è in sé decisiva per l'operare delle devoluzioni, vista anche la possibilità di confermare un testamento nuncupativo⁽⁷⁾.

Entrambe le impostazioni, a prescindere dalla loro condivisione, presentano fievolezze di argomentazione, fondandosi su aspetti marginali del diritto successorio e, come tali, risultano inidonee a fornire una spiegazione conclusiva.

La resistenza nel tempo della forma testamentaria dev'essere quindi ricercata in altri principi e, più precisamente, nella funzione del testamento e in quella, conseguente, della sua forma.

L'argomento della debolezza del requisito causale è stato di recente superato dalla dottrina più autorevole con la considerazione che la causa liberale può essere realizzata anche indirettamente, cioè attraverso strumenti negoziali che prevedono forme non solenni⁽⁸⁾. Sviluppando detti concetti, va ulteriormente sottolineato che la forma, lungi da poter essere considerata come elemento adiuvante di una causa "debole", trova viceversa fondamento e spiegazione proprio nel profilo funzionale dell'atto.

⁽⁶⁾ M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, p. 132; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6^a ed., Napoli, 1959, p. 242 ss.

⁽⁷⁾ Su cui *infra*, § 5.

⁽⁸⁾ V. almeno A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 111 ss. D'altra parte, esistono atti che possono produrre conseguenze assai gravi sul piano delle relazioni giuridiche intersoggettive e che si perfezionano anche al di fuori della forma scritta. Sono atti che espongono il patrimonio del contraente a conseguenze non paragonabili alla redazione dell'olografo, e per di più possono essere prestati senza corrispettivo. Si pensi, infatti, alle stipulazioni di fideiussione, per la cui validità occorre soltanto che la volontà del fideiussore sia espressa (art. 1937 c.c.): sui problemi connessi v. A. SASSI, *Contratti di garanzia*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. dir. contratti Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2008, p. 478 ss., spec. p. 491 ss.

In sostanza, nel testamento la forma è strumentale alla causa: in esso è sì rilevante la riferibilità della dichiarazione, ma lo è ancor di più quella del suo contenuto, che rappresenta il pensiero del testatore e, quindi, il motivo che sorregge l'attribuzione. È quindi il requisito formale che consente una piena emersione del motivo attraverso la sicura riferibilità dello stesso al pensiero e alla volontà del testatore.

Così, nel testamento pubblico è il notaio che attesta la provenienza e la genuinità della dichiarazione; nell'olografo sono la sottoscrizione e l'olografia a svolgere detta funzione; e anche nel segreto, a prescindere dalla sua marginalità, il legislatore avverte chiaramente la richiamata esigenza, come dimostra l'impianto degli artt. 604 e 605 c.c.: se il testamento è autografo basta la sottoscrizione alla fine, diversamente le formalità aumentano essendo necessaria la sottoscrizione «anche in ciascun mezzo foglio, unito o separato»; il documento dev'essere consegnato «personalmente» dal testatore a conferma della riferibilità del suo contenuto; in ogni caso è necessario che il disponente sappia e possa leggere per poterne controllare il contenuto stesso.

In definitiva, ciò che giustifica l'attribuzione è il motivo determinante della disposizione (cfr. art. 626 c.c.), espressione del pensiero del testatore, e la forma è soltanto lo strumento idoneo a rivelarlo e a riferirlo con sicurezza al testatore stesso. Conseguenza che all'alternatività delle forme testamentarie, non solo si accompagna l'alternatività di strumenti negoziali idonei con forme diverse e anche non solenni alla determinazione di effetti *post mortem*, ma la prevalenza del negozio testamentario sul documento che lo contiene è ormai un dato acquisito dalla scienza civilistica e dall'interpretazione giurisprudenziale⁽⁹⁾.

Ciò posto, passiamo all'analisi delle ipotesi invalidanti.

Occorre preliminarmente sottolineare che l'impianto previsto dall'art. 606 c.c. costituisce, nel sistema del diritto privato, un'eccezione al canone della nullità virtuale, giacché sono espressamente previste le ipotesi di nullità e genericamente indicate le violazioni che comportano la annullabilità. La

⁽⁹⁾ Così A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 863 s.

regola è inversa a quella prevista in materia di contratto, laddove la annullabilità è tipica e deve quindi essere prevista espressamente dalla legge, mentre la nullità è virtuale, vale a dire deriva da una norma di carattere generale (cfr. art. 1418, 1° comma, c.c.).

Le nullità formali dei testamenti ordinari sono previste dal 1° comma dell'art. 606 c.c. e, pertanto, la scheda è nulla quando manca: *a)* nel testamento olografo l'autografia o la sottoscrizione; *b)* nel testamento per atto di notaio la redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro. Le nullità formali dei testamenti speciali sono indicate dal 1° comma del successivo art. 619, vale a dire quando manca la redazione in iscritto della dichiarazione del testatore ovvero la sottoscrizione della persona autorizzata a riceverla o del testatore.

La legge notarile prevede, inoltre, sanzioni connesse a vizi formali, che non sempre collimano con quelle previste dal codice civile. In caso di contrasto, si applicheranno le disposizioni codicistiche, come emerge, tra l'altro, dal tenore dell'art. 60, l. notarile. Così, l'indicazione dei casi tassativi di nullità di cui all'art. 606, 1° comma, c.c. esclude l'applicabilità delle ulteriori ipotesi che derivano dall'art. 58, l. notarile. Inoltre, relativamente al testamento pubblico e segreto la sanzione della nullità di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'art. 58, l. notarile è degradata ad annullabilità per la prevalenza del secondo comma dell'art. 606 c.c.

La nullità, da qualunque ipotesi dipenda, conserva i caratteri dell'imprescrittibilità, assolutezza e rilevabilità d'ufficio.

A tutti gli altri difetti formali è associata la sanzione dell'annullabilità. In particolare, con riferimento al testamento olografo, la sanzione dell'annullabilità riguarda, in concreto, la data. Infatti, la mancanza o la insufficienza di essa comportano la semplice annullabilità della scheda; lo stesso deve dirsi nell'ipotesi di mancanza di autografia della data, laddove la sanzione non può essere più rigorosa di quella prevista per la mancanza di data⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ A. CICU, *Il testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 81; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, p. 861; *contra*, G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, in *Comm. teorico-pratico cod. civ. de Martino*, Roma, 1973, p. 161.

L'annullabilità del testamento pubblico riguarda: *a)* la mancanza dell'oralità della dichiarazione o la dichiarazione resa senza l'assistenza dei testimoni; *b)* la mancanza delle menzioni relative alla dichiarazione, alla sua riduzione per iscritto e alla lettura; *c)* la mancanza o la inidoneità dei testimoni o dei fidefacienti; *d)* la mancanza della data o dell'ora della sottoscrizione, del Comune o del luogo dove l'atto è ricevuto; *e)* la mancanza della sottoscrizione degli altri partecipanti; *f)* l'omessa lettura alla presenza dei testi; *g)* la mancanza della menzione delle formalità; *h)* la violazione degli artt. 54, 55, 56 e 57, l. notarile⁽¹¹⁾.

L'annullabilità del testamento segreto riguarda non solo le cause previste per il testamento pubblico e con il primo compatibili, ma anche: *a)* la mancanza della dichiarazione del testatore; *b)* la mancanza dei sigilli sulla carta in cui sono stese le disposizioni o su quella che serve da involto e la mancanza della menzione sulla carta, in cui dal testatore è involto il testamento o su un ulteriore involto predisposto dal notaio e da lui debitamente sigillato, dell'espletamento delle predette formalità⁽¹²⁾.

L'azione di annullamento può essere proposta da chiunque vi abbia interesse (art. 606, 2° comma, c.c.). Si tratta pertanto di una ipotesi di annullabilità assoluta che vale a distinguere ulteriormente la materia testamentaria da quella contrattuale (cfr. art. 1441, 1° comma e 1421 c.c.), unitamente al rilievo dell'annullabilità della donazione per errore sul motivo *ex* art. 787 ss. c.c.⁽¹³⁾. Parte della dottrina ritiene che la legittimazione a promuovere l'azione deve essere connessa all'esercizio di un diritto che sorgerebbe per effetto dell'esperimento positivo dell'azione⁽¹⁴⁾.

L'azione di annullamento, nonché, per alcuni, la relativa eccezione, si prescrivono nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie (art. 606, 2° comma, ultima parte, c.c.).

⁽¹¹⁾ Così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 862.

⁽¹²⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.

⁽¹³⁾ Su cui A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, p. 72 ss.

⁽¹⁴⁾ A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 100; *contra*, C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, 2ª ed., Milano, rist. 1964, p. 213.

Posto che il termine prescrizione decorre anche in caso di esecuzione parziale delle disposizioni testamentarie, il comportamento esecutivo «deve consistere in un'attività che denunci inequivocabilmente la volontà di adempiere alle disposizioni del testamento. Non sarà pertanto atto di esecuzione provvedere alla pubblicazione del testamento o pagare l'imposta di successione; sarà, invece, atto di esecuzione immettersi nel possesso dei beni ereditari, corrispondere il legato, riscuotere un credito ereditario o pagare un debito del *de cuius*»⁽¹⁵⁾.

Il giudizio di nullità e quello di annullamento per vizi formali coinvolgono l'intero testamento e pertanto devono svolgersi in confronto di tutti gli interessati (c.d. litisconsorzio necessario: art. 102 c.p.c.)⁽¹⁶⁾.

2. — *Autenticità del documento e regole processuali.*

La centralità delle forme testamentarie è ben presente nella giurisprudenza della nostra Cassazione anche in tema di verità del documento testamentario e di formazione della prova, e fondamentale si esplica in due direzioni: *a)* l'applicabilità alla fattispecie delle regole sui vizi formali dell'atto di cui all'art. 606 c.c.; *b)* la necessità della querela di falso per contestare l'autenticità del testamento pubblico, mentre per l'olografo, secondo la più recente giurisprudenza di Cassazione, è sufficiente la proposizione di una domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 162; Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, in *leggiditalia*.

⁽¹⁶⁾ Oltre alla risalente App. Bari, 20 giugno 1941, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Testamento*, n. 39, v., più di recente, ancora Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit.; Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, cit., sul presupposto che l'impugnazione del testamento determina, in ogni caso, litisconsorzio necessario anche nei confronti di tutti gli eredi legittimi, in considerazione dell'unità del rapporto dedotto in giudizio e delle conseguenze della pronuncia che, in caso di accoglimento della domanda, comporterebbe l'applicazione della successione legittima; conf. Cass., 27 marzo 2019, n. 8575, in *leggiditalia*.

⁽¹⁷⁾ V. almeno Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 968, con nota di G. FINOCCHIARO, *Sul regime giuridico delle scritture provenienti da terzi*; Cass., 24 maggio

A questa soluzione concernente la contestazione dell'olografo, la Cassazione è giunta di recente richiamando un orientamento risalente, poi superato, per nulla condivisibile, in quanto applica a un procedimento concernente la mera acquisizione della prova le regole che riguardano l'accertamento delle situazioni giuridiche soggettive⁽¹⁸⁾.

Preliminarmente, va osservato che, secondo l'orientamento della giurisprudenza il testamento olografo costituisce sempre un documento proveniente da un terzo estraneo alla lite. E si ritiene che le scritture private provenienti da terzi costituiscano prove atipiche il cui valore è meramente indiziario, con la conseguenza che esse possono, da un lato essere liberamente contestate dalle parti, non applicandosi alle stesse né la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c., né quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., e, dall'altro, contribuire a formare il convincimento del giudice unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo⁽¹⁹⁾.

Tuttavia, ci sembra che la fattispecie in esame presenta caratteri peculiari. È vero, infatti, che il testamento olografo proviene materialmente da un soggetto che non può mai assumere la qualità di "parte" in senso processuale o sostanziale, acquistando efficacia soltanto con la morte del suo autore, ma è pur vero che la posizione di "parte" del destinatario dell'attribuzione deriva unicamente dalla devoluzione ereditaria.

Di conseguenza, non è corretto considerare l'olografo alla stregua di una

2012, n. 8272, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 1100, con nota di M. SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*; per l'orientamento recente in tema di testamento olografo, Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, in *Giur. it.*, 2015, p. 2364, con nota di M. RUSSO, *Sull'azione di accertamento negativo dell'autenticità del testamento olografo*; in *Notariato*, 2015, p. 603, con nota di F. TRONCONE, *Testamento olografo: azione di accertamento negativo della provenienza della scrittura*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 198, con nota di M. SESTA, *Onere della prova e procedimento di impugnazione di testamento olografo: la terza via delle Sezioni Unite*; seguita poi da Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, e, da ultimo, da Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, tutte in *leggiditalia*; per la giurisprudenza di merito, App. Napoli, 7 luglio 2022, e Trib. Torino, 11 maggio 2022, entrambe *ini*.

⁽¹⁸⁾ Cass., 15 giugno 1951, n. 1545, in *Foro it.*, 1951, I, c. 855.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 24 maggio 2012, n. 8272, cit., sviluppando il *dictum* di Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

qualsiasi scrittura proveniente da un terzo (come giustamente ricordato dalle Sezioni unite⁽²⁰⁾), ma, sul piano probatorio, esso non può nemmeno equipararsi ad un testamento pubblico, poiché mancante dei requisiti idonei ad attribuirgli pubblica fede⁽²¹⁾. Siamo di fronte pur sempre ad una scrittura privata, sebbene dotata di particolare rilevanza, da essa derivando il diritto controverso e, quindi, la relativa posizione processuale dei successori.

Questo aspetto qualifica a nostro avviso la fattispecie e consente un suo più corretto inquadramento.

La materia in esame non costituisce l'unica deroga nel sistema. Infatti, vi sono casi in cui il documento, pur non provenendo (in tutto o in parte) da

⁽²⁰⁾ Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

⁽²¹⁾ Tanto più che la giurisprudenza esclude il ricorso alla querela di falso anche relativamente al testamento segreto: v. A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 356 ss. Del resto, questi concetti sono ben presenti nella dottrina processualcivile sin dall'inizio del Novecento: v. almeno L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1910, p. 415 s., secondo cui tra i casi di giudizio per verifica di scrittura rientra «quello di accertamento od impugnazione dell'autografia d'un testamento olografo, del quale non si può, secondo il parere prevalente e corretto, disconoscere il carattere di scrittura privata, anche dopo il deposito presso il notaio e la regolare pubblicazione». Per la giurisprudenza della S.C. (anche da ultimo e successivamente al *dictum* di Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.), cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, in *leggiditalia*, che, in maniera più avveduta, afferma: «la querela di falso ed il disconoscimento della scrittura privata sono istituti preordinati a finalità diverse e del tutto indipendenti tra loro, in quanto il primo postula l'esistenza di una scrittura riconosciuta, della quale si intende eliminare l'efficacia probatoria attribuitale dall'art. 2702 c.c., mentre l'altro, investendo la stessa provenienza del documento, è volto ad impedire che la scrittura acquisti detta efficacia e si risolve in un'impugnazione vincolata da forme particolari, rivolta a negare l'autenticità del documento che si assume contraffatto; pertanto, poiché il testamento olografo è un documento che non perde la sua natura di scrittura privata per il fatto che deve rispondere ai requisiti di forma imposti dalla legge (art. 602 c.c.) e che deriva la sua efficacia dal riconoscimento, espresso o tacito, che ne faccia il soggetto contro il quale la scrittura è prodotta, quest'ultimo, ove voglia impedire tale riconoscimento e contesti globalmente l'intera scheda testamentaria, deve proporre l'azione di disconoscimento, che pone a carico della controparte l'onere di dimostrare, in contrario, che la scrittura non è stata contraffatta e proviene, invece, effettivamente dal suo autore apparente. Da ciò si evince, quindi, che chi è stato istituito erede con un precedente testamento è legittimato, ai sensi dell'art. 214, 2° comma, c.c. (che pone espresso riferimento agli eredi), a disconoscere un successivo testamento contro di lui prodotto e con il quale viene istituito altro erede».

alcuna delle parti in causa, non può essere considerato alla stregua di una scrittura di terzo estraneo alla lite: ad esso, tuttavia, non si applica la disciplina prevista per l'atto pubblico, di cui non possiede i requisiti, ma quella contemplata con riguardo alle scritture private riferibili alle parti (artt. 2702 ss. c.c. e 214 ss. c.p.c.).

Così, ad esempio, se un soggetto subentra, per atto tra vivi, in una posizione contrattuale e, successivamente, si instaura un procedimento in cui viene in contestazione l'autenticità della sottoscrizione nel contratto originario di chi lo ha designato⁽²²⁾, la fonte regolatrice del rapporto è sempre il richiamato contratto, che assume nel processo una valenza che trascende la provenienza dal terzo che non ha la qualità di parte.

Analoga situazione si verifica allorché il trasferimento consegue ad un atto *mortis causa* e, dall'attuazione delle disposizioni contenute nel documento, deriva la qualità di successore, e ciò riguardo sia ai designati, sia a coloro che hanno interesse alla contestazione⁽²³⁾. Anche in questo caso, e a maggior ragione visto che il *de cuius* non può mai partecipare al giudizio, la posizione è conseguenza dell'operatività delle attribuzioni previste in quella scrittura, che, pertanto, sul piano processuale va riferita alla parte che se ne giova⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Si pensi al caso del contratto per persona da nominare, in cui, per effetto della designazione, si verifica una modifica del contenuto mediante sostituzione soggettiva: sul punto, v. almeno M. PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, p. 53 ss., spec. p. 67 ss. Del resto, la dottrina più autorevole del diritto processuale civile suole da tempo distinguere tra terzi in senso proprio da una parte, e rapporti tra autore e successori e aventi causa dall'altra: cfr. almeno F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1956, p. 71; in proposito, v. anche le puntuali osservazioni di A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 814.

⁽²³⁾ Infatti, l'impugnazione del testamento determina, in ogni caso, litisconsorzio necessario anche nei confronti di tutti gli eredi legittimi, in considerazione dell'unità del rapporto dedotto in giudizio e delle conseguenze della pronuncia che, in caso di accoglimento della domanda, comporterebbe l'applicazione della successione legittima: Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, in *leggiditalia*; conf. Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit.; Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, in *Arch. civ.*, 1986, p. 1080; Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2798; in dottrina, G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 162.

⁽²⁴⁾ Per la dottrina processualcivile, quando ha avuto luogo un passaggio di diritti (per eredità, cessione, ecc.), chi agisce deve provare tanto la esistenza originaria del diritto

Il disposto del 2° comma dell'art. 214 c.p.c., secondo cui «gli eredi o aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore», nel caso in esame concerne sempre il soggetto contro il quale la scrittura è prodotta (che ha l'onere del disconoscimento) e, quindi, al successore contemplato in altro testamento incompatibile o, in mancanza, all'erede legittimo⁽²⁵⁾.

La querela di falso è dunque la strada percorribile soltanto se la contestazione dell'autenticità venga effettuata da un terzo e presuppone il riconoscimento espresso o tacito della scrittura, ovvero se si assuma l'alterazione da parte del terzo della scheda proveniente dal testatore.

Le precisazioni ora compiute introducono l'esame e portano alla soluzione della questione più rilevante in tema di falsità del documento testamentario, cioè a dire l'individuazione del soggetto su cui incombe il relativo onere della prova, ai fini della sua utilizzabilità o non utilizzabilità in giudizio.

In proposito, secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione⁽²⁶⁾, la parte che contesti l'autenticità del testamento olografo deve proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, e grava su di essa l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo.

3. — *Falsità del testamento e posizione delle parti.*

Ci sembra che l'analisi meriti di essere impostata sotto diverso profilo. In particolare, vanno effettuati due fondamentali rilievi: a) l'olografo falso non

del proprio autore, quanto l'avvenuto passaggio: in questi termini già G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Napoli, rist. 1960, p. 156.

⁽²⁵⁾ *Contra*, M. SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 1103, che lo ritiene applicabile soltanto con riferimento ad una scrittura del *de cuius* prodotta contro gli eredi a fondamento di una pretesa eccepita nei loro riguardi e non nei rapporti tra coeredi.

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

è nullo per difetto di forma, ma inesistente; *b*) l'onere e le conseguenze della contestazione dell'autenticità sono regolati unicamente dalle norme sulla querela di falso o sulla verifica, a seconda dell'istituto processuale in concreto applicabile per la contestazione della verità del documento.

Sub a), nell'ipotesi in esame, il testamento non può qualificarsi nullo per difetto di uno o più requisiti di forma essenziali, quali sono l'autografia o la sottoscrizione, ma esso è inesistente perché materialmente falso e mancante della volontà stessa del testatore, essendo state le attribuzioni artatamente previste⁽²⁷⁾. Ciò, diversamente da quanto si verifica in presenza di testamento

⁽²⁷⁾ V. già le risalenti Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1365, secondo cui la dichiarazione di falsità elimina totalmente dal mondo del diritto l'atto di ultima volontà e, quindi, lo priva di ogni sia pur minimo effetto, rendendolo inidoneo anche a dimostrare l'esistenza di una embrionale volontà testamentaria; e Cass., 24 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1719; in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2293; in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 520, ove si afferma: l'art. 590 c.c. consente la convalida delle disposizioni testamentarie nulle, da qualunque causa la nullità dipenda, cioè sia da ragioni di forma (es. mancanza della sottoscrizione, sia pure dovuta a mera distrazione o a circostanze fortuite o a ignoranza circa la sua essenzialità; testamento nuncupativo), che di sostanza (es.: incapacità naturale o legale del testatore, vizi della volontà), tranne i casi in cui manchi in *rerum natura* una volontà dispositiva del *de cuius* (come avviene in caso di testamento falso) o una clausola testamentaria contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, mentre è ammessa la convalida di disposizioni nulle perché illegali, in quanto contrarie a norme imperative proibitive; più di recente, Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, in *Vita notarile*, 2005, p. 982, per la quale, in tema di nullità di scheda testamentaria olografa, il requisito della sottoscrizione (disposto *ex art.* 602 c.c.) – distintamente dal quello dell'autografia delle disposizioni in essa contenute – ha lo scopo di soddisfare l'esigenza di un'assoluta certezza non solo della riferibilità al testatore (peraltro già assicurata dall'olografia), bensì anche dell'inequivocabile responsabilità del medesimo il quale, a seguito di redazione testamentaria (anche in tempi diversi), abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento; di conseguenza, ove sia accertata la mancata autenticità della sottoscrizione apposta al testamento non può trovare applicazione la norma di cui all'art. 590 c.c. la quale – consentendo conferma od esecuzione da parte degli eredi – presuppone l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria che, pur affetta da nullità, risulti in ogni caso promanante dalla volontà del *de cuius*. Più di recente, cfr. Cass., 28 maggio 2012, n. 8490, *ivi*, 2012, p. 1393, che ha ribadito la necessità della volontà di disposizione del *de cuius*, che costituisce un *præsumptio* logico rispetto al riscontro dei requisiti formali e all'interpretazione della scheda. Per una puntuale e sistematica analisi giurisprudenziale v. S.P. CERRI, *L'apocriefa del testamento tra nullità e inesistenza*, in *Rass. giur. umbra*, 2014, p. 134 ss.

nuncupativo⁽²⁸⁾, nullo per difetto di forma, ma in cui la volontà stessa è ben presente, o nel caso in cui il testatore abbia consentito la partecipazione del terzo alla redazione della scheda, che ne comporta la nullità (indipendentemente dal grado di significatività dell'intervento), difettando il requisito dell'olografia pur in presenza di una volontà del *de cuius* in tal senso⁽²⁹⁾.

Nella fattispecie che ci occupa, quindi, non può mai trovare applicazione l'art. 606 c.c. riguardante i vizi formali del testamento, poiché, più propriamente, manca la sostanza dell'atto: pertanto, gli interessi tutelati dalla norma ora richiamata sono radicalmente diversi.

Sub b), ritenere applicabile la disciplina sulle azioni di accertamento negativo, quale è – secondo il recente orientamento delle Sezioni unite⁽³⁰⁾ – quella promossa da chi neghi la qualità di erede testamentario del convenuto, significa che incombe sempre sull'attore l'onere di provare l'inesistenza della fattispecie dedotta e quindi la provenienza del testamento olografo, con la conseguenza che assume rilevanza la posizione processuale assunta dalle parti (art. 2697 c.c.).

⁽²⁸⁾ Su cui *infra*, § 5.

⁽²⁹⁾ Cass., 7 luglio 2004, n. 12458, in *Guida dir.*, 2004, 35, p. 55. Naturalmente l'intervento del terzo deve concernere il testamento propriamente inteso: la S.C. – confermando la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di nullità del testamento in un caso nel quale, dopo le disposizioni di ultima volontà redatte di pugno dal testatore e da lui sottoscritte, compariva anche, redatta da una mano diversa, l'indicazione secondo cui la persona nominata erede universale avrebbe dovuto avere cura del testatore e preoccuparsi del suo funerale – ha affermato che il principio dell'autografia non impedisce che nell'ambito di uno stesso documento siano enucleabili, da un lato, un testamento olografo pienamente rispondente ai requisiti di legge e, dall'altro, scritti di mano da un terzo apposti dopo la sottoscrizione del testatore e, quindi, collocati in una parte di documento diversa da quella occupata dal testamento, che, come tali, non possono invalidare la scheda testamentaria autonomamente redatta dal testatore, avendosi nullità soltanto quando l'intervento del terzo avvenga anche con l'inserzione di una sola parola di sua mano nel corpo delle disposizioni di ultima volontà: Cass., 30 ottobre 2008, n. 26258, in *Foro it.*, 2009, I, c. 792; in *Giur. it.*, 2009, pp. 1652 e 1929, con nota di C. RUFO SPINA, *Il testamento olografo tra autografia ed effettiva volontà del testatore: due speculari pronunce della Cassazione*.

⁽³⁰⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; seguita da Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

Viceversa, in ordine alla prova, le regole sulla effettuazione della contestazione e sull'onere probatorio sono legate al procedimento che viene impiegato per la contestazione e prescindono dalla posizione processuale delle parti. Infatti, esse divergono a seconda del procedimento che risulta in concreto applicabile, rappresentato o dalla querela di falso o dalla verifica. In entrambi i casi i presupposti sono specificamente individuati dalla legge.

In particolare, la querela di falso, diversamente dalla verifica, dev'essere proposta da parte di chi assume la falsità⁽³¹⁾ e, a norma dell'art. 221, 2° comma, c.p.c., «deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove» di essa; mentre, soltanto dopo la sua proposizione entra in giuoco la parte che intende avvalersi del documento contestato, attraverso l'interpello di cui al successivo art. 222. Pertanto, indipendentemente dalla soluzione accolta in merito alla possibilità di accertare in via autonoma e principale la falsità o la verità del documento⁽³²⁾, l'ottica del compilatore è chiara: è colui che ne contesta la verità che ha l'onere di promuovere il relativo giudizio, e l'altra parte deve decidere se avvalersene come mezzo di prova oppure no, nel qual caso la querela diviene superflua ai fini della decisione della controversia principale.

Al contrario, se trovano applicazione le regole in tema di disconoscimento di scrittura privata, una volta effettuato il disconoscimento stesso dalla parte contro la quale questa è prodotta⁽³³⁾, è il soggetto che intende comunque avvalersi della scrittura che deve chiederne necessariamente la verifica *ex art.* 216 c.p.c., poiché, in caso contrario, essa non è utiliz-

⁽³¹⁾ Cfr. M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 176.

⁽³²⁾ Realizzando così l'interesse ad una sua eliminazione giuridica e conseguente inutilizzabilità a fini probatori o, viceversa, all'attribuzione allo stesso di una definitiva attitudine a costituire mezzo di prova: sul problema v. almeno V. DENTI, *Prova documentale in diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 39.

⁽³³⁾ Parte che *ex art.* 214, 1° comma, c.p.c. ne ha il relativo onere, per evitare gli effetti di cui al successivo art. 215 (riconoscimento tacito); questo onere, come detto, sussiste anche in capo agli eredi o aventi causa, con la sola differenza che questi possono limitarsi, in luogo del disconoscimento, a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore (art. 214, 2° comma, c.p.c.).

zabile⁽³⁴⁾. L'operatività di tale meccanismo, distante dai principi che governano l'onere della prova nell'accertamento delle situazioni giuridiche soggettive, è stata oggetto dell'attenzione della dottrina già con riferimento alla analoga previsione contenuta nel precedente codice di rito del 1865, ed è stata spiegata essenzialmente sulla base di «considerazioni di assoluta convenienza pratica»⁽³⁵⁾.

La ripartizione tra le parti dell'onere di accertamento della verità del documento, quindi, è inversa a quella prevista per la querela di falso.

Ciò posto, non potendo il successore essere considerato, per le ragioni in precedenza esposte, terzo in senso proprio rispetto alla contestazione del testamento riferito al proprio *de cuius*, debbono ritenersi applicabili alla fattispecie che ci occupa, non già le norme sulla querela di falso, ma quelle sul riconoscimento e sulla verifica della scrittura privata, come correttamente sosteneva la giurisprudenza prevalente prima dell'ultimo intervento delle

⁽³⁴⁾ In punto, non possono condividersi le affermazioni contenute in alcune pronunce giurisprudenziali (v. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit., che nella parte motiva si contraddice con quanto espresso in precedenza, richiamando Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Mass. Giur. it.*, 2007), che propendono per attribuire alternativamente alla parte contro cui è prodotta la scrittura la possibilità di disconoscerla o di procedere tramite querela di falso: quest'ultima, infatti, come sottolineato dalla stessa Cassazione, è possibile soltanto nel caso di scrittura privata riconosciuta espressamente o tacitamente, con la conseguenza che non ha senso legittimare la stessa parte, che ha riconosciuto la genuinità del documento *ex artt.* 214-215 c.p.c., a procedere poi con la querela di falso per contestarne l'autenticità.

⁽³⁵⁾ V. almeno L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, cit., spec. p. 413 s., che afferma: «L'eccezione è ben giustificata da considerazioni di assoluta convenienza pratica; e fu accolta generalmente, però che riescirebbe troppo facile svigorire l'utilità sociale della prova scritta, se colui il quale si deve valere di un documento privato fosse prima e sempre obbligato a dimostrarne l'autenticità. Pertanto la legge stabilisce che la persona contro la quale viene il medesimo prodotto sia obbligata a riconoscere, anche col silenzio, ovvero a *negare formalmente* il proprio carattere o la propria sottoscrizione; se si tratti del carattere o della sottoscrizione di un terzo, datore od autore a qualunque titolo, l'obbligo sussiste del pari, ma alla *negativa formale* può essere sostituita la semplice dichiarazione *di non conoscerli*; sarebbe incivile per verità che in forza di una sottoscrizione o di una scrittura altrui, che possiamo non conoscere, e per virtù della sola affermazione dell'avversario, uno scritto avesse forza di obbligarci» (corsivi dell'A.).

Sezioni unite, che parlava di «onere di proporre istanza di verifica»⁽³⁶⁾.

Pertanto, secondo questo ragionamento, in caso di contestazione sarà proprio l'erede testamentario a dover provare la verità del documento tramite la verifica, poiché, in difetto, il testamento non è utilizzabile per dimostrare la propria qualità, con conseguente applicazione delle regole contenute in un testamento precedente o, in mancanza, di quelle sulla successione legittima⁽³⁷⁾.

In particolare, la Cassazione, con riguardo alla mancanza dei requisiti estrinseci del testamento e alla ripartizione dell'onere probatorio nel conflitto tra erede legittimo e chi vanta diritti in forza del testamento, aveva specificato che vigono gli stessi criteri determinati dalla legge in tema di nullità *ex art.* 606 c.c., e che l'onere di proporre istanza di verifica del contestato documento incombe sul secondo, al quale spetta la dimostrazione della propria qualità di erede testamentario, mentre nessun onere, oltre quello del disconoscimento, grava sull'erede legittimo⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; per la giurisprudenza precedente, Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1504; in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 927; conf. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, cit.; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, cit.; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, cit.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.

⁽³⁸⁾ Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1504; in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 927. La S.C. cassa la sentenza impugnata sul presupposto che, nell'ipotesi in cui venga fatta valere la falsità di un testamento olografo, la relativa azione (volta all'accertamento dell'inesistenza dell'atto) deve considerarsi subordinata al medesimo regime probatorio stabilito nell'ipotesi di nullità, prevista *ex art.* 606 c.c., in caso di mancanza dei requisiti estrinseci del testamento. Pertanto, avuto riguardo agli interessi dedotti dalle parti in giudizio nell'ipotesi di conflitto tra erede legittimo – che disconosca l'autenticità dell'atto – e chi, in forza di quest'ultimo, vanta diritti, l'onere di proporre istanza di verifica del contestato documento incombe sul secondo soggetto, al quale spetta, inoltre, la dimostrazione della propria qualità di erede. Nessun onere – oltre quello del disconoscimento – spetta invece all'erede legittimo. Sulla ripartizione dell'onere probatorio non ha pertanto alcuna influenza la posizione processuale assunta dalle parti, non rilevando se l'azione sia stata esperita dall'erede legittimo (per fare valere, in via principale, la falsità documentale) ovvero da quello testamentario, il quale, agendo al fine di vedersi riconosciuti i propri diritti ereditari, abbia visto contestata l'autenticità del testamento da parte dell'erede legittimo. Sulla ripartizione dell'onere della

Di conseguenza, come detto, non possono condividersi le osservazioni della recente giurisprudenza concernenti la ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di accertamento negativo, ove la prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della fattispecie dedotta incombe sull'attore⁽³⁹⁾.

Difatti, sia la querela di falso che la verifica sono procedimenti che attengono esclusivamente alla formazione della prova nel processo. In essi, quindi, non si controverte sull'esistenza di diritti soggettivi, a cui, viceversa, si riferisce la regola di cui all'art. 2697 c.c. E in relazione alle questioni che non hanno ad oggetto situazioni successorie (sebbene spiegano comunque effetti sul loro accertamento e riconoscimento), quali quelle concernenti la verità dei testamenti, non esistono in capo ai successibili diritti in senso proprio.

Pertanto, bene aveva fatto la Cassazione ad abbandonare l'indirizzo risalente, che confondeva tra regole sull'acquisizione della prova e giudizi di accertamento (negativo) di situazioni giuridiche soggettive⁽⁴⁰⁾: le regole sulla

prova, in senso conforme, Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, in *Arch. civ.*, 2004, p. 964; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, in *Arch. civ.*, 2003, p. 94; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1195; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2533.

⁽³⁹⁾ V. ancora Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 15 giugno 1951, n. 1545, cit., secondo cui nelle azioni di accertamento negativo, quale è quella promossa da chi neghi la qualità di erede testamentario del convenuto, incombe sull'attore l'onere di provare l'inesistenza della fattispecie dedotta e tale principio si applica anche in tema di accertamento negativo della provenienza di scrittura privata e di testamento olografo. È evidente l'errore in cui è caduta la S.C., applicando ad un procedimento concernente la mera acquisizione della prova le regole che riguardano l'accertamento dei diritti soggettivi, errore superato dal successivo orientamento che, in proposito, correttamente riteneva l'ininfluenza della posizione processuale assunta dalle parti, non rilevando se l'azione sia stata esperita dall'erede legittimo (per fare valere, in via principale, la falsità documentale), ovvero da quello testamentario, il quale, agendo al fine di vedersi riconosciuti i propri diritti ereditari, abbia visto contestata l'autenticità del testamento da parte dell'erede legittimo: Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, cit.; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, cit.; Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, cit.; Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.

prova documentale sono prestabilite e quelle sulla contestazione della verità del documento non possono evidentemente mutare in relazione all'oggetto della controversia principale, né tanto meno vengono influenzate dalle qualità o dalla posizione processuale di attore o convenuto in concreto assunta dalle parti nel singolo specifico giudizio.

4. — *Strumenti di contestazione e procedimento arbitrale.*

Ai fini di completezza, occorre ora soffermare l'attenzione su un'ultima questione relativa alla contestazione della verità del testamento, cioè a dire se questa possa essere sollevata in un eventuale procedimento arbitrale – intentato a seguito di convenzione o direttamente imposto dal testatore – e portata alla cognizione degli arbitri.

È pacifico che la querela di falso non può essere oggetto di decisione arbitrale, avendo il relativo procedimento una connotazione anche pubblicistica testimoniata dall'intervento del pubblico ministero e dalla competenza per materia del Tribunale ordinario, che vieppiù giudica in composizione collegiale⁽⁴¹⁾.

Di conseguenza, se la contestazione dell'autenticità del documento di cui si tratta richiede l'attivazione della querela di falso, la parte dovrà sollevarla in maniera formale, di modo che il giudice privato possa procedere all'interpello dell'altra parte *ex art. 222 c.p.c.*⁽⁴²⁾. Qualora quest'ultima non intenda avvalersi del documento contestato, esso non è utilizzabile a fini probatori e il giudizio prosegue; in caso contrario, il giudizio stesso dev'essere sospeso in attesa della decisione del Tribunale sulla querela di falso. In sostanza, l'arbitro, una volta accertata l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di cui

⁽⁴¹⁾ Cfr. almeno A. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 892; più di recente, F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, 4^a ed., Torino, 2007, p. 303; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, p. 141.

⁽⁴²⁾ A. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, loc. cit.; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 142.

all'art. 221 c.p.c. e ritenuto rilevante il documento contestato ai fini del decidere, secondo il disposto del successivo art. 222, con il provvedimento di sospensione autorizza (esplicitamente o implicitamente) la presentazione della querela dinanzi all'a.g.o.⁽⁴³⁾.

Diversamente, riguardo alla verifica, l'ermeneutica è divisa tra chi attribuisce il potere di conoscere della questione anche al giudice privato in qualità di giudice della controversia in cui il documento forma un elemento probatorio, e chi lo nega sul presupposto che l'autenticità del documento abbia sempre riflessi sulla pubblica fede e, dunque, sia suscettibile del solo accertamento con efficacia *erga omnes*⁽⁴⁴⁾.

La soluzione del problema è legata alla possibilità di configurare un potere del giudicante di risolvere la questione in via incidentale, senza che si formi sul punto alcuna statuizione specifica che abbia autorità di giudicato nemmeno implicito. Con ciò si qualifica la verifica come mera attività diretta alla acquisizione della prova, come tale rientrante nei poteri istruttori di chi ha la cognizione della causa principale⁽⁴⁵⁾.

Riteniamo che la verità di una scrittura privata possa essere accertata in via incidentale dal giudice della controversia principale soltanto se la parte legittimata non richiede formalmente l'apertura di un procedimento che si chiuda con una sentenza idonea, sul punto, ad assumere autorità di giudicato. E, certamente, se si afferma come fa ultimamente la giurisprudenza,

⁽⁴³⁾ V., di recente, S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 143.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., nel primo senso L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 5; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 651; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 149 s.; nel secondo E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 57 s.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano, 1988, p. 499; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 312; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Padova, 2002, spec. pp. 656 e 694 s.; e, più in generale, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 2^a ed., Torino, 2004, p. 165; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 205 s.; e, in giurisprudenza, Cass., 28 marzo 1995, n. 3674, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3051, con nota di richiami di A. BARONE, sull'assunto che le parti non possono autonomamente disporre del requisito di autenticità della scrittura, che ha rilevanza *erga omnes*.

⁽⁴⁵⁾ In questo senso, S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 149.

che la contestazione possa essere effettuata soltanto attraverso un'azione di accertamento negativo⁽⁴⁶⁾, tale possibilità è esclusa in radice dall'instaurazione di diverso procedimento, che tendenzialmente si deve chiudere con un provvedimento del giudice avente i caratteri propri della sentenza e, quindi, anche l'idoneità a formare il giudicato.

Viceversa, ove si rimanga nell'ambito dei procedimenti di acquisizione della prova, un accertamento incidentale è certamente possibile. È la parte legittimata a chiedere la verifica (al fine di avvalersi del documento contestato) che deve formulare al giudice le proprie richieste a seconda dell'interesse specifico che può avere: ad esempio, utilizzabilità o meno del documento in altre situazioni, siano esse giudiziali o stragiudiziali.

Nel caso in cui le istanze di questa risultino specificamente dirette all'accertamento con efficacia *erga omnes* della verità del documento, non v'è dubbio che il relativo procedimento è regolato dagli artt. 216-220 c.p.c. e la conseguente cognizione è sottratta al giudice privato, che non possiede identità di posizione rispetto a quello pubblico⁽⁴⁷⁾.

Diversamente, se le predette istanze (anche implicite) siano indirizzate unicamente verso l'utilizzabilità della scrittura nello specifico procedimento, allora si apre la possibilità di ritenere la verità o la falsità del documento da parte del giudice della causa, che risolverà la controversia sulla base della (decisa incidentalmente) utilizzabilità o non utilizzabilità del documento contestato.

Infatti, per la giurisprudenza il procedimento di verifica proposto in via incidentale si risolve in un mero incidente istruttorio volto a rendere il documento utilizzabile come prova, per cui non costituisce esercizio di un autonomo potere di azione, al contrario inquadrandosi nell'attività istruttoria delle parti e, più precisamente, del potere processuale di produrre documenti, rispetto al quale ha carattere e finalità strumentali⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, cit.; Cass., 4 gennaio 2017, n. 109, cit.; Cass., 16 giugno 2022, n. 19092, cit.; Cass., 4 maggio 2023, n. 11659, cit.; Cass., 17 novembre 2023, n. 31974, cit.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. BOVE, *La giustizia privata*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 142.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 19 dicembre 2012, n. 23450, in *leggiditalia*; v. anche Cass., 24 maggio 2012, n.

E non v'è ragione per escludere l'applicabilità di detto principio al giudice privato, tanto più che l'art. 816-*bis* c.p.c. attribuisce alle parti il potere di stabilire le norme del procedimento e il successivo art. 816-*ter* si limita soltanto a precisare alcuni poteri istruttori, con la conseguenza che taluni⁽⁴⁹⁾, sul modello del sistema tedesco, ritengono che, in tema di acquisizione e valutazione della prova, al procedimento arbitrale non si possa applicare *tout court* il complesso normativo dettato, sia nel codice civile che in quello di rito, per lo svolgimento dell'attività istruttoria nel procedimento ordinario.

In conclusione, la cognizione degli arbitri sulla verifica dipende dall'attività e dalle richieste della parte legittimata: se questa ha interesse a far valere la genuinità del documento soltanto nello specifico procedimento, la questione può essere risolta incidentalmente in sede di valutazione della prova anche dal giudice privato; viceversa, se si domanda una specifica ed autonoma statuizione avente ad oggetto la verità o la falsità dell'atto con-

8272, cit., ove nella parte motiva (ribadendo concetti già espressi in Cass., 6 giugno 2006, n. 13258, in *Mass. Giur. it.*, 2006) si afferma che l'istanza di verifica della scrittura privata disconosciuta può essere anche implicita, come quando si insista nell'accoglimento della pretesa presupponente l'autenticità del documento, e non esige formale apertura di un procedimento incidentale, né l'assunzione di specifiche prove, quando gli elementi già acquisiti o la situazione processuale siano ritenuti sufficienti per una pronuncia al riguardo (nello stesso senso, tra i giudici di merito, Trib. Milano, 21 ottobre 2009, in *leggiditalia*); nonché, sotto il profilo della competenza, Cass., 13 aprile 2012, n. 5929, *ivi*, che ha precisato che, quando l'incidente di verifica insorga davanti al Tribunale in composizione monocratica o al Giudice di Pace, la regola della competenza è quella desumibile dall'art. 216 c.p.c. – laddove sottende che la decisione deve farsi dallo stesso Tribunale investito della causa in cui la verifica viene chiesta –, in forza dei rinvii operati dagli artt. 281-*bis* e 311 c.p.c., e, pertanto, il Tribunale in composizione monocratica o il Giudice di Pace non possono rimettere la decisione sull'incidente al Tribunale in composizione collegiale invocando l'art. 220 c.p.c., che non esprime una regola di competenza.

⁽⁴⁹⁾ M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 126 ss., spec. p. 128 ss.; in giurisprudenza, Cass., 26 settembre 2007, n. 19949, in *Mass. Giur. it.*, 2007, secondo cui nel giudizio arbitrale, qualora le parti non abbiano determinato nel compromesso o nella clausola compromissoria le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno e, quindi, anche di discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, purché rispettino, sia pure con gli opportuni adattamenti, il principio inderogabile del contraddittorio posto dall'art. 101 c.p.c., con la conseguenza che essi possono regolare l'assunzione delle prove nel modo ritenuto più opportuno.

testato, la relativa cognizione è sottratta all'arbitro, che deve sospendere il giudizio al pari dell'ipotesi in cui occorre procedere a querela di falso.

La soluzione prospettata, del resto, si pone in linea con l'oggetto della giurisdizione privata, individuato dall'art. 806 c.p.c. nella risoluzione delle controversie sull'esistenza e/o il modo di essere di una situazione giuridica disponibile⁽⁵⁰⁾, che, lo ripetiamo, non è possibile rinvenire nella fattispecie in esame, ove si verte in tema di esistenza e acquisizione della prova.

5. — *Oralità e conferma.*

Analoghe considerazioni a quelle compiute in tema di falsità del testamento, sebbene con risultati opposti, meritano di essere svolte in tema di testamento orale (c.d. nuncupativo). Infatti, il problema della sua rilevanza giuridica è strettamente connesso a quello della sua possibile conferma: si tratta, quindi, di vedere se esso sia soltanto nullo per evidente vizio di forma, o se sia addirittura inesistente, perché mancante di quel *minimum* sufficiente a potere ravvisare un negozio di ultima volontà.

La legge prevede che la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa di nullità, ha, dopo morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione. È quindi consentito ai congiunti del *de cuius* di assecondare la volontà dell'ereditando, ancorché sia stata espressa in modo sostanzialmente o formalmente inadeguato rispetto alle indicazioni normative⁽⁵¹⁾.

Tuttavia, evidentemente, non può essere data conferma nei casi in cui manchi una volontà dispositiva del *de cuius*, come avviene, ad esempio, nel caso di non autenticità della sottoscrizione, o di incertezza sulla provenienza della dichiarazione⁽⁵²⁾, ovvero di testamento revocato, atteso che proprio in

⁽⁵⁰⁾ M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 2.

⁽⁵¹⁾ A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 27.

⁽⁵²⁾ V. *retro*, spec. §§ 1 e 3.

questa ipotesi il testatore ha manifestato la volontà di abbandonare il progetto attributivo contenuto in quelle disposizioni.

Ciò posto, la giurisprudenza, ha ammesso la possibilità che il testamento orale sia confermato, sia riguardo a casi formati sotto il vigore del codice abrogato, sia con decisioni riguardanti il codice attuale⁽⁵³⁾: valgono su tutte le recenti affermazioni del giudice di legittimità in un caso di responsabilità disciplinare del notaio, che aveva ricevuto 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, responsabilità esclusa dalla S.C. (contrariamente ai giudici di merito), che ha ribadito la confermabilità del testamento nuncupativo⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cass., 16- maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1036; Cass., 19 aprile 1956, n. 1192, *ivi*, 1956, I, c. 672; Cass., 5 maggio 1962, n. 888, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1690; Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, *cit.*; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, *cit.*; Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, *cit.*; Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, *cit.*; App. Cagliari, 28 marzo 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce *Successione testamentaria*, n. 102; App. Roma, 4 maggio 1961, in *Temì romana*, 1962, p. 240; Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 giugno 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 319. In dottrina, v. almeno S. DELLE MONACHE, *Testamento (disposizioni generali)*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, spec. p. 270 s.; A. PALAZZO, *Le successioni*, *cit.*, p. 935 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *cit.*, p. 933 s.; v. inoltre G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 91 ss.; DE SIMONE, *Se il testamento nuncupativo sia confermabile ex art. 590 cod. civ.*, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 319 ss.; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1385 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Della successione testamentaria. Artt. 587-600*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 157; S. BRANDANI, *Conferma ed esecuzione volontaria di disposizione testamentaria nulla*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 878.

⁽⁵⁴⁾ Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, *cit.*, che ha cassato la sentenza impugnata, in quanto non commette illecito disciplinare ai sensi dell'art. 28, n. 1, l. notarile il notaio che riceve conferma *ex art. 590 c.c.* dai legittimari del *de cuius* di testamento verbale reso da quest'ultimo, dopo aver raccolto apposite dichiarazioni in ordine a: *a)* inesistenza di una scheda testamentaria; *b)* ripetuta e dettagliata volontà espressa dal defunto sulla destinazione dei propri beni, nonché *c)* devoluzione dell'eredità a ciascuno degli intervenuti. Ai fini della conferma di un atto nullo, infatti: *a)* non necessita attività di accertamento giudiziale in ordine all'inesistenza di un formale testamento, nonché alla nullità inficiante l'atto confermando; *b)* non risulta invasiva della sfera di attribuzioni proprie dell'autorità giudiziaria l'attività notarile

La tesi giurisprudenziale si basa soprattutto sull'ampio tenore dell'art. 590 c.c.

Viceversa, larga parte della dottrina è contraria e ritiene necessaria la sussistenza di una scheda da cui risulti la volontà testamentaria, atteso che, viceversa, «si finisce per attribuire alla conferma non più la natura di atto accessorio, quale in effetti è, ma la natura di atto sostitutivo del testamento, quale invece certamente non è»⁽⁵⁵⁾. E si aggiunge che «l'eventuale conferma del testamento orale non avrebbe, in ogni caso, l'efficacia di consentire il trasferimento di immobili, per i quali l'atto scritto è necessario *ad substantiam*» e che lo scopo empirico della conferma possa essere raggiunto a mezzo di atti tra vivi, senza compromettere in tal modo una superiore esigenza di certezza dei rapporti giuridici⁽⁵⁶⁾.

Queste osservazioni della dottrina più o meno recente, viste alla luce della realtà normativa del citato art. 590, non colgono nel segno e rendono ancor più condivisibile l'opinione della dottrina che ha costruito l'autonomia della conferma formale o solenne⁽⁵⁷⁾. Essa trova sicura applicazione anche in tema di testamento orale, conferendo così dignità ai risultati pratici conseguiti non sempre linearmente dalla giurisprudenza. In particolare, si è esattamente rilevato che «una volontà attributiva del *de cuius* è certamente desumibile anche da una dichiarazione orale», distinguendosi il profilo della

volta alla mera raccolta delle richiamate dichiarazioni. Tutto ciò, anche tenuto conto di come: *a)* la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate; *b)* la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto a cui non risulta configurabile, pertanto, alcuna attività notarile volta all'accertamento.

⁽⁵⁵⁾ G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 56; v. anche A. CICU, *Il testamento*, cit., pp. 29 e 95, che ritiene che nell'art. 590 non si contenga una deroga al requisito della solennità del testamento; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 239; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., pp. 839 s. e 933. In giurisprudenza, Trib. Trani, 28 luglio 1950, in *Dir. e giur.*, 1950, p. 419; Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1995, p. 277.

⁽⁵⁶⁾ G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, loc. cit.

⁽⁵⁷⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 141 ss.

istituzione di erede, che non è sanata dalla conferma, dalla attribuzione patrimoniale che si realizza con quest'ultima⁽⁵⁸⁾.

In questa prospettiva, il negozio di conferma è «un negozio unilaterale cui conseguono effetti (immediatamente) attributivi, alla cui produzione è strutturalmente idoneo; esso è pertanto negozio autonomo, sotto il profilo dell'efficacia del negozio nullo confermato»⁽⁵⁹⁾.

Quanto alla forma della conferma ed alla sua eventuale trascrizione, si è osservato che, nel caso di conferma per esecuzione di una disposizione testamentaria orale avente ad oggetto un immobile, la conferma costituisce un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, assistito da una valida giustificazione causale (*causa firmandi*) e rivestito di opportuna forma (esecuzione). Se vi è l'accordo delle parti, il comportamento esecutivo può essere ricondotto in forma scritta e, quindi, se questa possiede le caratteristiche di cui all'art. 2657 c.c., seguirà la trascrizione *ex art.* 2643 c.c.⁽⁶⁰⁾. Altrimenti, «il titolo trascrivibile non potrà che essere una sentenza di accertamento, ai sensi dell'art. 2657 c.c. – e non dell'art. 2651 – e con gli effetti degli artt. 2644 e 2650 c.c., perché si accerterebbe un acquisto già avvenuto sulla base della fattispecie esecutiva»⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., pp. 233-237.

⁽⁵⁹⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., pp. 141-142.

⁽⁶⁰⁾ Come dimostra la fattispecie decisa da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

⁽⁶¹⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 291 ss., spec. p. 294; in giurisprudenza, l'idoneità della conferma ricevuta per atto pubblico a produrre effetti traslativi e a costituire titolo per la trascrizione, è stata di recente ribadita da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

