

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Napoli - sezione VI^a civile - riunito in camera di

consiglio, nella persona di

Dott. Guido Barbarisi Presidente

Dott.ssa Andreina Giudicepietro Giudice

Dott. Mauro Criscuolo Giudice rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 16658 del ruolo generale degli

affari contenziosi dell'anno 2001, vertente

TRA

Oggetto: Impugnativa di testamento

A. G., in proprio e nella qualità di erede di D. B. L.,

elettivamente domiciliata in Napoli alla via S. L. n., presso lo

studio dell'avv. Stefano Maria Russo, che la rappresenta e difende

in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione in

sostituzione di precedente difensore.

ATTRICE

E

A. S., in proprio e nella qualità di erede di D. B. L.,

elettivamente domiciliata in Napoli alla Calata S. M. n., presso lo

studio dell'avv. Carmine Masucci che unitamente all'avv. Domenico

Dente Gattola, la rappresenta e difende in virtù di procura in atti..

CONVENUTA

CONCLUSIONI

All'udienza del 24/03/2009, le parti così concludevano:

Per l'attrice: disporre il confronto tra il teste G. G. ed il teste

L. P., attesa la discordanza tra le dichiarazioni rese in ordine

alla presunta volontà testamentaria del de cuius;

disporre consulenza tecnica d'ufficio affinché si proceda alla stima

dei beni caduti in successione;

accogliere le conclusioni di cui all'atto introduttivo del giudizio;

Per la convenuta: impugna preliminarmente l'ordinanza del 12 maggio

2008, laddove si riconosce la legittimazione all'attrice anche quale

avente causa della madre defunta, e conclude per il rigetto della

domanda, con vittoria delle spese di lite.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 24/10/2001, A. G. conveniva in giudizio la sorella A. S. e la madre D. B. L., chiedendo:

1) Accertare e dichiarare l'inesistenza o la nullità del testamento olografo di A. F., pubblicato in data 17 settembre 1991, in quanto redatto da mano diversa da quella del de cuius, o comunque perché frutto di un patto successorio vietato ex art. 458 c.c.;

2) Accertare e dichiarare l'apertura della successione legittima del de cuius, con la devoluzione dell'asse relitto in quote eguali alle parti in causa;

3) Accertare e dichiarare il proprio acquisto della qualità di erede, per avere la stessa accettato l'eredità e per l'effetto disporre il rilascio in proprio favore, limitatamente alla quota di 1/3, dell'appartamento in Napoli alla via M. C. n., scala B, piano 5, int. 9 e del locale cantinato sito al piano interrato che ne costituisce pertinenza;

4) Condannare le convenute, in solido ovvero ognuna per quanto di ragione, alla restituzione in favore dell'attrice della parte di prezzo di sua spettanza, relativamente alla vendita dell'immobile sito in Roma alla via Bormida, ovvero, laddove si ravvisi la loro mala fede, alla restituzione di una somma corrispondente ad 1/3 del valore, oltre al risarcimento dei danni, il tutto con gli interessi legali.

Quanto ai presupposti di fatto e di diritto a sostegno della domanda esponeva:

a) che in data 20/3/1990 era deceduto in Napoli A. F., nato a Southington il (Omissis), rispettivamente padre delle A. e coniuge della D. B. L.;

b) che la sua successione era stata regolata con un testamento olografo falso, redatto da mano diversa da quella del de cuius, nel quale nominava eredi universali le figlie S. e G., ed attribuendo loro a tale titolo, alla prima l'immobile sito in Roma alla via Bormida n. 1 ed a Napoli alla via Caravaggio n. 76, ed alla seconda l'immobile in Roma alla via Milazzo 22, mentre alla moglie era lasciato l'usufrutto generale su tutti gli immobili;

c) che tali assegnazioni rispecchiano gli accordi successori intervenuti in vita tra il de cuius e la moglie, nell'erronea convinzione della loro validità e della idoneità degli stessi a realizzare una parità di trattamento tra le figlie;

d) che dopo l'apertura della successione, si era altresì proceduto alla pubblicazione del presunto testamento olografo in data 17 settembre 1990, con verbale del notaio A. di Napoli;

e) che le figlie avevano altresì accettato espressamente l'eredità paterna, alla luce della dichiarazione di acquiescenza alle disposizioni testamentarie, resa nel verbale di pubblicazione del testamento, nonché tacitamente, avendo trascritto presso le competenti Conservatorie, gli acquisti immobiliari avvenuti mortis causa, oltre che procedendo alla vendita di alcuni dei beni caduti in successione;

f) che in particolare l'attrice e la madre avevano alienato a F. R., con atto per notar P. G. di Roma del 23/12/1991, l'appartamento in Roma alla via Milazzo, mentre A. S. e la madre, in data 12 gennaio 1995 avevano veduto a M. E. e S. G., l'appartamento in Roma alla via Bormida n. 1;

g) che l'attrice aveva di recente verificato la disegualianza delle quote assegnate, e che quindi era proprio interesse far accertare l'inesistenza o la nullità del predetto testamento con la conseguente apertura della successione legittima;

h) che in relazione al bene alienato dalle convenute, potendo i terzi acquirenti fare salvo il loro acquisto in base all'art. 534 c.c., l'attrice aveva il diritto di ricevere dalle convenute l'ammontare pari ad un terzo del prezzo pagato dagli acquirenti, ovvero in caso di accertata loro mala fede, ad un terzo del valore venale.

Si costituiva A. S. che insisteva per il rigetto della domanda. In particolare evidenziava che, pur essendo incontestabile che il testamento era stato redatto da mano diversa da quella del de cuius, non poteva essere ritenuto inesistente.

Infatti, poco prima del decesso l'A. si era consultato con il coniuge per determinare, unitamente ai beni della moglie, la formazione di due quote sostanzialmente omogenee tra le figlie, in quanto le assegnazioni dei beni di cui al testamento, andava integrata con l'assegnazione in favore dell'attrice del bene in Napoli appartenente alla D. B. L.. Tuttavia il de cuius morì prima di poter trasfondere tale sua volontà, manifestata e condivisa dagli altri eredi, in un valido testamento scritto, come peraltro riconosciuto dalla stessa attrice.

Quindi, al fine di dare attuazione ai voleri del genitore, le parti provvidero a redigere il testamento impugnato, prevedendo anche il versamento di un conguaglio di lire 150.000.000 in favore dell'attrice, che era appunto presente al momento della redazione del testamento.

Quest'ultimo quindi rappresenta la formalizzazione di un testamento nuncupativo, suscettibile di conferma ai sensi dell'art. 590 c.c., i cui presupposti ricorrono nella fattispecie.

Quanto alla violazione dell'art. 458 c.c., evidenziava che non vi era stato alcun accordo sul punto, suscettibile appunto di rientrare nella previsione invocata. In via subordinata, ove non si fosse condivisa la tesi della conferma del testamento nuncupativo, deduceva che la scrittura privata redatta in data 11/9/1990, contestualmente alla redazione dell'olografo, rappresentava una vera e propria divisione ereditaria, con la quale le parti, sul presupposto dell'apertura della successione legittima, avevano diviso i beni caduti in successione.

In merito, infine all'azione di petizione ereditaria, ne deduceva l'improponibilità in quanto mancava il requisito della contestazione della qualità di erede in capo all'attrice, e tenuto conto del fatto che con tale azione si mira al recupero dell'universalità dell'asse e non di singole componenti.

Si costituiva altresì D. B. L., la quale confermava che, in base all'intento condiviso con il marito, le disposizioni di cui all'olografo, redatto successivamente alla morte del de cuius, ma che ne rispecchiava fedelmente le volontà, si sarebbero integrate con la dazione da parte sua in favore

dell'attrice dell'appartamento di sua proprietà sito in Napoli alla via Morghen, così da assicurare una perequazione dei valori. Pertanto, il testamento venne predisposto al fine di dare attuazione al progetto manifestato in vita dal coniuge, e successivamente l'attrice ricevette l'intero ricavato della vendita dell'appartamento alla via Morghen, pareggiandosi in tal modo le aspettative successorie delle figlie.

Insisteva quindi per la conferma del testamento nuncupativo, come peraltro evidenziato dalla scrittura privata dell'11 settembre 1990, aderendo per il resto alle difese della convenuta A. S.. Tuttavia per l'ipotesi di accoglimento della domanda attorea, deduceva in compensazione del credito vantato dall'attrice, la somma dalla stessa dovuta pari ad un terzo del ricavato della vendita dell'immobile in Roma alla via Milazzo.

Con le note di cui al secondo comma dell'art. 180 c.p.c. A. S. eccepiva altresì la prescrizione, laddove invece l'attrice contestava la sussistenza di un testamento nuncupativo, nonché l'esistenza dei presupposti per la conferma.

Prodotta le note di cui all'art. 183 comma 5, prodotta documentazione, ammessa ed espletata prova testimoniale, anche con delega al Tribunale di Bari, per l'escussione del teste A. E., all'udienza del 10 novembre 2005 si costituiva un nuovo difensore per D. B. L., previa revoca del mandato conferito al precedente difensore, e nella comparsa in questione si contestava l'operato di quest'ultimo assumendo che era stato frutto di un fraintendimento delle proprie dichiarazioni, dovendosi pertanto ritenere del tutto infondata la tesi, in precedenza sostenuta, dell'esistenza di un testamento nuncupativo. Faceva pertanto propria la richiesta dell'attrice di dichiarare aperta la successione legittima.

Intervenuta nella more del giudizio la nomina dell'amministratore di sostegno per la D. B. L., nonché il decesso della stessa, le germane A. si costituivano in giudizio anche in qualità di eredi della madre.

Quindi, la causa sulle conclusioni in epigrafe trascritte, all'udienza del 24/3/09 è stata riservata per la decisione.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di esaminare nel merito la domanda attorea, occorre preliminarmente affrontare alcune questioni preliminari di rito, in parte già esaminate nel corso del giudizio e decise con ordinanze del giudice istruttore che il Collegio ritiene di poter condividere.

In primo luogo occorre evidenziare che la convenuta D. B. L., originariamente assistita dagli avv. Ambrosino e Pecora, sin dalla costituzione in giudizio ha adottato una linea difensiva sostanzialmente adesiva a quella dell'altra convenuta A. S., ribadendo la sussistenza di un testamento nuncupativo da parte del de cuius, il cui contenuto sarebbe stato trasfuso nel testamento impugnato in questa sede. Ed inoltre, pur confermando la natura assolutamente apocrifa del testamento pubblicato, ha ritenuto di sposare la tesi della avvenuta conferma del testamento orale, con la conseguente devoluzione della successione in base alle volontà, sebbene manifestate oralmente, del de cuius, volontà che non potrebbero nemmeno essere inquadrate nell'ambito di un patto successorio vietato dalla legge.

Tale posizione difensiva è stata poi mantenuta dalla D. B. L. anche in occasione della concessione dei termini di cui all'art. 183 comma 5 c.p.c., termini, che nell'assetto procedimentale scaturente alla riforma del 1995 del codice di rito - e prima della successiva riforma entrata in vigore a seguito delle modifiche di cui alla legge n. 80 del 2005 rappresentano la barriera preclusiva invalicabile ai fini della determinazione del thema decidendum, atteso che la lettura delle memorie all'uopo

predisposte evidenzia la chiara volontà della stessa di conseguire il rigetto della domanda attorea, in quanto ritenuta del tutto priva di fondamento.

Va però ricordato, come peraltro riportato nello svolgimento del processo che, all'udienza del 10/11/2005, allorché la prova testimoniale era già in stato di avanzato svolgimento, e quindi ben oltre il maturarsi della predetta barriera preclusiva, che la D. B. L. ha provveduto a revocare il mandato ai precedenti difensori, nominando in loro vece l'avv. Francesca Ricciardi (che a sua volta ha successivamente rinunciato al mandato) che nel costituirsi in sostituzione dei precedenti legali, ha sostenuto nella relativa comparsa che le difese in precedenza assunte dalla sua patrocinata erano il frutto di un'erronea e distorta interpretazione dei fatti da parte degli originari patrocinanti, e che piuttosto andava sposata in pieno la tesi dell'attrice, dovendosi quindi pervenire all'accoglimento della domanda di quest'ultima.

Al fine di completare il quadro delle vicende fattuali relative alla predetta D. B. L., deve poi ricordarsi che, sempre nelle more del giudizio, con provvedimento del Giudice Tutelare presso il Tribunale di Napoli del 13/12/2007, tenuto conto che erano " chiari ed evidenti i segni di deterioramento senile che compromette vistosamente le funzioni psichiche superiori, sia per le gravi lesioni psichiche che per le difficoltà ad un giudizio critico " (tali le valutazioni espresse nella perizia del prof. Palmieri ritenute assolutamente condivisibili da parte del G.T.), si è disposta la nomina di un amministratore di sostegno per la parte, nella persona dell'avv. Rossella de Tollis.

Infine, in data (Omissis) è deceduta (allo stato deve ritenersi ab intestato) la D. B. L., e la sua eredità è stata accettata da entrambe le sorelle A. con beneficio di inventario (cfr. dichiarazione di accettazione di A. S. del 22/02/2008 e di A. G. del 18 aprile 2008).

Le parti in causa, quindi, successivamente al decesso della madre, hanno inteso costituirsi in giudizio anche nella qualità di eredi della stessa, possibilità questa che viene contestata per l'attrice da parte della convenuta. Al fine di comprendere le ragioni di tale contestazione, occorre preliminarmente valutare quale sia la rilevanza da attribuire alla comparsa presentata da parte del nuovo difensore della D. B. L., il cui contenuto rappresenta indiscutibilmente un vero e proprio cambiamento di rotta a 360 ° rispetto alla posizione iniziale.

Va altresì precisato che tale valutazione, ad avviso del Collegio, deve avvenire sulla scorta delle sole norme processuali, indipendentemente cioè da ogni valutazione in merito alla rilevanza disciplinare (quanto alla condotta del nuovo difensore della D. B. L.) ovvero penale (avendo la convenuta A. S. dedotto il compimento da parte della sorella di veri e propri delitti al fine di spingere la madre a mutare il proprio atteggiamento), avendo tali vicende trovato già un loro esito sia in sede disciplinare, per ciò che attiene alla decisione adottata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, che in sede penale (atteso che il procedimento scaturente dalla denuncia della convenuta risulta essere stato archiviato dal GIP).

Ritiene sul punto il Tribunale di dover condividere quanto a suo tempo già ribadito dalla dott. B., che ha inizialmente istruito la controversia, nell'ordinanza del 6/4/2006, con la quale, disponendo procedersi oltre nell'audizione dei testi, ha ribadito che alla data della costituzione dell'avv. Ricciardi erano già abbondantemente decorsi i termini di rito per precisare e modificare le domande e per avanzare richieste istruttorie. Deve pertanto ritenersi che la successiva costituzione della convenuta a mezzo di nuovo difensore non rappresenta un evento tale da permettere di immutare la precedente strategia difensiva, in quanto opinando altrimenti, le rigide barriere preclusive che rappresentano il fulcro dell'attuale disciplina processuale, e che sono state viepiù rafforzate dalla recente riforma di cui alla legge n. 69/2009 che ha tradotto in norma scritta quanto in precedenza affermato dalla giurisprudenza circa la preclusione operante anche per le prove costituite, sarebbero destinate a cadere solo perché una parte provveda alla nomina di un nuovo difensore, e sostenga che quanto fatto dal precedente sia frutto di un mero fraintendimento.

Ne consegue che la posizione processuale della D. B. L., e volta, come innanzi chiarito, ad ottenere il rigetto della domanda attorea, sulla scorta di argomentazioni in gran parte coincidenti con quelle fatte proprie dall'altra convenuta, deve ritenersi ormai immutabile rivestendo quindi definitivamente una posizione contrapposta rispetto a quella dell'attrice.

Ad abundantiam, è opportuno evidenziare che ove anche si voglia ritenere che il contenuto della comparsa di risposta in sostituzione del precedente difensore, ferma restando la determinazione del thema decidendum sulla scorta dei precedenti atti difensivi, contenga delle ammissioni di fatti sfavorevoli alla parte, reputa il Tribunale che debba sottolinearsi come il presente giudizio, vertendo in tema di impugnazione di testamento, costituisca, per pacifica giurisprudenza, un giudizio di natura necessariamente litisconsortile, al quale cioè devono obbligatoriamente prendere parte tutti i soggetti potenzialmente destinatari della vocazione legittima, ove si pervenga alla declaratoria di invalidità del testamento. Attesa pertanto la natura litisconsortile, trova applicazione anche la regola posta dall'art. 2733 c.c., che in caso di litisconsorzio necessario, impone il libero apprezzamento della confessione resa da uno solo dei litisconsorti, così che, tenuto conto della posizione mantenuta dalla convenuta A. S., sarebbe sempre necessario valutare i fatti di causa alla luce del complessivo materiale probatorio in atti, comprensivo cioè anche delle risultanze della prova testimoniale e degli altri documenti ritualmente prodotti.

Tenuto conto di tale conclusione, la difesa di A. S. che si è costituita anche in qualità di erede della madre, ha contestato che analoga costituzione possa avvenire da parte dell'attrice, ma sul punto ritiene il Collegio di dovere aderire a quanto già evidenziato dall'istruttore, nell'ordinanza del 12/05/2008.

In particolare, si è evidenziato che entrambe le sorelle A. hanno accettato l'eredità materna con beneficio di inventario, mantenendo in tal modo la separazione patrimoniale tra l'asse ereditario ed i loro patrimoni personali. Se quindi è innegabile l'acquisto della qualità di erede anche da parte dell'attrice, deve ritenersi altrettanto innegabile che la sua costituzione non può permetterle di stravolgere quella che era la posizione processuale della madre, oramai cristallizzatasi per il maturare delle preclusioni, così che laddove dovesse risultare vincente la tesi difensiva della madre, la stessa, ancorché divenuta erede, ne subirà gli effetti negativi in ordine alla sua posizione personale (l'effetto della separazione discendente dall'accettazione beneficiata si caratterizza tra l'altro per l'impedimento alla confusione e quindi per la possibilità che in capo allo stesso soggetto possa rinvenirsi sia la qualità di debitore che di creditore).

Il tema delle preclusioni istruttorie richiama anche un'ulteriore questione postasi nel corso del giudizio e precisamente quella relativa alla possibilità di utilizzare ai fini della decisione alcuni documenti prodotti dalle parti, e precisamente la scrittura recante la data del 30 agosto 2001, a firma della convenuta D. B. L., allegata alla memoria istruttoria di replica del 31/03/2003, nonché le fotocopie di una serie di assegni tratti sul c/c n. 324/420126 della Banca Popolare di Ancona, intestato all'attrice ed alla madre, fotocopie prodotte direttamente all'udienza del 23/11/2004. Ebbene in relazione a questi ultimi documenti, già ebbe a pronunciarsi l'istruttore con ordinanza emessa in data 1/12/2004, con la quale ha rigettato la richiesta di rimessione in termini avanzata dall'attrice al fine di consentire l'ingresso degli stessi nel materiale probatorio utilizzabile, evidenziando come non fosse stato precisato l'impedimento che aveva reso impossibile la tempestiva produzione. Ritiene il Collegio di dover condividere tale valutazione e ciò, anche a sorvolare sull'irrilevanza di tali documenti che al più potrebbero fornire degli indizi in ordine alla sussistenza di donazioni manuali ovvero indirette effettuate dalla D. B. L. in favore della figlia S., ma che potrebbero (unitamente alle eventuali donazioni indirette effettuate dalla stessa D. B. L. all'attrice in relazione al ricavato della vendita dell'immobile di via Morghen) rilevare solo in relazione alla corretta determinazione delle quote vantate dalle germane A. nella successione materna, ma non anche ai fini della successione paterna di cui si controverte in questa sede.

Quanto invece alla scrittura avente la data del 30 agosto 2001, va condivisa la valutazione di tardività della produzione di cui all'ordinanza del 20/6/2003, in quanto (pur a voler anche qui sorvolare sul fatto che si tratta di una dichiarazione unilaterale di uno solo dei litisconsorzi, e quindi inidonea ad offrire la piena prova dei fatti esposti), con la stessa si mira effettivamente a fornire una ricostruzione della vicenda del tutto diversa da quella che era stata offerta da parte dell'attrice nel termine deputato alla fissazione del thema decidendum, né potendosi altrettanto ritenere che si tratti di un documento idoneo semplicemente ad offrire la prova contraria rispetto a quella dedotta dalla controparte, così che la decisione della causa dovrà avvenire senza potersi avvalere del contenuto di tale documento (il tutto anche a tacere dell'evidente interpolazione che caratterizza la parte finale di tale scrittura, con la presenza di cancellature ed aggiunte con penna di colore diverso ed, all'apparenza, con grafia diversa, interpolazione per il suo contenuto, idonea a tradire totalmente quello che sembra essere il senso originario della frase in cui si inserisce).

Esaurita la disamina delle questioni processuali, può quindi procedersi alla valutazione nel merito della domanda attorea, che in via principale mira ad ottenere la declaratoria di inesistenza ovvero nullità del testamento olografo di A. F., con la conseguente apertura della successione legittima, ed il riconoscimento in favore dell'attrice anche dei diritti successori pro quota anche sugli immobili che il citato testamento assegnava in maniera esclusiva (per la nuda proprietà) alla sorella A. S..

Al fine di offrire una migliore comprensione delle ragioni della decisione, appare però opportuno riassumere brevemente i principali fatti di causa, ed in particolare quelli di cui vi è prova documentale, riservando al prosieguo della motivazione la disamina degli esiti della prova testimoniale.

In data 20/03/1990 muore in Napoli, luogo del suo ultimo domicilio, A. F., rispettivamente padre di A. S. e G. A., e marito di D. B. L..

In data 17/09/1990, il notaio E. Al. di Napoli pubblica il testamento olografo, redatto in Napoli e recante la data del 4/9/1988, il cui contenuto di seguito si trascrive:

"Il sottoscritto, A. F., nato a Southington Conn. U.S.A. il (Omissis), in piena capacità di intendere e di volere dispone l'assegnazione dei propri beni secondo le modalità che seguono: nomina erede dell'appartamento in Roma - Via Bormida n. 1, piano rialzato, interno 5 con annesso giardinetto, cantinola e soffitta (rendita catastale lire 7.165) e dell'appartamento in Napoli, via M. da Caravaggio n. 76, is. 3, 5 piano con annessa cantina e posto macchina (rendita catastale lire 5.208) mia figlia A. S., nata il 591948 in Napoli e residente in Bari in viale Lenin n. 23.

Altresì nomina erede dell'appartamento in Roma via M. n., piano 3, int. 17 (rendita catastale lire 1.765) mia figlia A. G., nata in Napoli il (Omissis) e quivi domiciliata in via S. D. n..

Infine nomina usufruttuaria di tutti i descritti beni immobili (via Bormida n. 1, via Milazzo n. 22, via M. da Caravaggio n. 76) sua moglie D. B. L. nata ad Atripalda (Avellino) l'(Omissis)."

Nel verbale di pubblicazione del testamento, al quale partecipavano le sorelle A. e la madre, le comparenti inserivano la seguente dichiarazione " I comparenti fanno totale acquiescenza alle disposizioni dal testamento stesso portate e specialmente alle assegnazioni divisionali ivi contenute nei riguardi di essi comparenti, obbligandosi a darne esecuzione e rinunziano ad ogni eccezione o riserva. Inoltre espressamente rinunziano ad ogni azione di riduzione, riconoscendo l'eredità di cui trattasi devoluta in forza di detto testamento ad esse costituite ".

Coevamente alla pubblicazione del testamento in questione, veniva predisposta in data 11 settembre 1990 la seguente scrittura privata: "Premesso che:

la sottoscritta A. L.i, nata D. B. L., è proprietaria dell'appartamento sito in Napoli alla via Morghen n.

41;

che il defunto mio marito A. F. era, in vita, proprietario di tre appartamenti (via Bormida n. 1 Roma, via Milazzo n. 22 Roma e via M. da Caravaggio n. 76 Napoli) per espresso accordo col citato mio marito al quale avevano aderito le stesse mie figlie, S. A.e G. A., si era convenuto di attribuire i beni immobili di entrambi in due quote così costituite: via Bormida n. 1 e via M. da Caravaggio n. 76 a S. A. e via Milazzo n. 22 e via Morghen n. 41 a G. A.;

che mio marito in sede testamentaria ha, sempre secondo gli accordi raggiunti e condivisi dalle mie figlie, assegnato a A. S. due appartamenti di sua proprietà ed uno a A. G. nel rispetto delle intese raggiunte nonché al fine di creare un equilibrio tra il valore delle due quote incombe alla sottoscritta l'obbligo di assegnare a A. G. l'appartamento in Napoli alla via Morghen n. 41.

Tanto premesso va ulteriormente precisato che la sottoscritta disporrà di detto bene finchè sarà in vita.

Considerato altresì che tra le due quote, come da valutazione tecnica effettuata dall'ingegnere A. M. esiste una differenza di lire 150.000.000 a sfavore di A. G., si rende necessario integrare la sua quota in denaro.

A tanto si provvederà dopo avere esaurito gli adempimenti (pagamenti compresi) conseguenziali alla denuncia di successione conseguente alla pubblicazione del testamento".

Alla firma della madre seguiva poi la seguente dichiarazione, recante la firma non contestata dalle sorelle in causa:

" Le sottoscritte A. G. e A. S. preso atto del contenuto di quanto riportato nelle due facciate e due righe che precedono, concordano perfettamente sulla dichiarazione sottoscritta dalla mamma "..

Successivamente, in data 23/12/1991, la D. B. L. e A. G., la prima quale usufruttuaria e la seconda quale nuda proprietaria, giusta quanto disposto con il testamento di cui sopra (vedi art. 5 del contratto di vendita) alienavano con atto per notar P. G. di Roma, a F. R., l'appartamento sito in Roma alla via Milazzo n. 22, ed analogamente, con atto per notar Amato di Roma del 12 gennaio 1995, A. S. e la madre vendevano a S. G. ed a M. E., l'immobile in Roma alla via Bormida.

Dalle prove raccolte in corso di causa, risulta altresì che la D. B. L. ha alienato l'immobile di sua proprietà in via Morghen a C. L. (sentita come teste all'udienza del 27/4/2004), che oltre a confermare l'acquisto, ha riferito che parte del prezzo di tale compravendita sarebbe stato poi girato dalla madre alla figlia A. G. (concordano sul punto anche le deposizioni dei testi L. P. e C., rispettivamente marito e figlia dell'attrice).

In relazione al testamento di cui si è fatto reiteratamente cenno in sentenza, le parti in maniera del tutto univoca concordano sul fatto che non sia frutto della penna e della mano del de cuius, ma che sia stato successivamente redatto con la grafia verosimilmente di A. S. (vedi sul punto la deposizione del teste Me.) così che lo stesso, essendo del tutto apocrifo, è nullo ai sensi dell'art. 606 c.c.

Tuttavia, una volta riscontrata tale nullità, deve evidenziarsi che la difesa delle convenute ha sostenuto che il tenore di tale testamento apocrifo rispecchia fedelmente quelle che furono le volontà manifestate in vita oralmente da parte del de cuius, invocandosi al riguardo l'applicabilità dell'art. 590 c.c., che anche in relazione a testamenti nulli, ne preclude la declaratoria di invalidità, ove i soggetti legittimati a farla valere, in quanto beneficiari della successione legittima(ovvero di quella testamentaria sulla base di un precedente testamento, per il quale non rimanga in piedi la revoca ai sensi dell'art. 683 c.c.), conoscendo la causa della nullità, dopo la morte del testatore,

abbiano confermato la disposizione invalida ovvero vi abbiano dato volontaria esecuzione.

È bene chiarire che il Tribunale è ben consapevole dell'orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di conferma del testamento apocrifo, essendosi appunto ribadito che in tema di nullità del testamento olografo, la finalità del requisito della sottoscrizione, previsto dall'art. 602 cod. civ. distintamente dall'autografia delle disposizioni in esso contenute, ha la finalità di soddisfare l'imprescindibile esigenza di avere l'assoluta certezza non solo della loro riferibilità al testatore, già assicurata dall'olografia, ma anche dell'inequivocabile paternità e responsabilità del medesimo che, dopo avere redatto il testamento anche in tempi diversi abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento, così che, nel caso in cui sia accertata la non autenticità della sottoscrizione apposta al testamento, non può trovare applicazione l'art. 590 cod. civ. che, nel consentirne la conferma o l'esecuzione da parte degli eredi, presuppone l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria che, pur essendo affetta da nullità, sia comunque frutto della volontà del "de cuius" (così Cass. Sez. II, 23 giugno 2005 n. 13487), ma oggetto della conferma invocata da parte della convenuta nel caso di specie, è non già il testamento di cui è stata compiuta la pubblicazione, quanto il testamento orale o nuncupativo, di cui il testamento confezionato dopo la morte del de cuius, riprodurrebbe fedelmente il contenuto.

Fatto tale chiarimento, l'ordine delle questioni a questioni giuridiche sulle quali è chiamato quindi il Tribunale a pronunciarsi attiene in primo luogo alla ammissibilità della conferma del testamento nuncupativo; una volta fornita risposta positiva a tale interrogativo, è necessario verificare se in concreto vi sia stata una manifestazione testamentaria in forma orale da parte del de cuius ed in che termini, per poi passare a riscontrare i requisiti della conferma di cui al menzionato art. 590. Infine, si impone una disamina della fattispecie onde riscontrare se l'eventuale volontà del de cuius sia affetta da nullità per essere in violazione dell'art. 458 c.c., in relazione al divieto dei patti successori cd. istitutivi.

La normativa codicistica prevede per il testamento provo di sottoscrizione ovvero non autografo la sanzione della nullità, ma è discusso se in relazione alla diversa ipotesi del cd. testamento nuncupativo, cioè manifestato in maniera esclusivamente orale, possa egualmente parlarsi di nullità, ovvero se non sia più opportuno fare riferimento alla diversa (ma indubbiamente controversa e non pacificamente accolta) fattispecie dell'inesistenza, in relazione alla quale non sarebbe ammessa la conferma, e cioè l'eccezionale possibilità di recupero degli effetti del negozio invalido, normativamente prevista per il testamento e per le donazioni (art. 799).

Il tema è oggetto di un'annosa controversia soprattutto in dottrina, laddove gli autori si sono equamente divisi tra la tesi della nullità e quella dell'inesistenza, sicché l'autorevole parere richiamato dalla difesa dell'attrice, rappresenta l'espressione di un orientamento dottrinale, di cui il Collegio è ben consapevole, ma che non si ignora essere contrastato da argomenti altrettanto corroboranti da parte dei fautori della tesi contrapposta.

L'orientamento invece della giurisprudenza di legittimità è viceversa consolidato nel ritenere possibile la conferma del testamento orale, e ciò già nel vigore dell'art. 1311 del codice civile del 1865 (cfr. Cassazione civile 16 maggio 1941 n. 1476, in Foro it. 1941, I, 1036), ribadendo anche in seguito tale possibilità. Infatti, si è affermato che la convalida del testamento è ammissibile, a norma dell'art. 590 cod. civ., tanto nell'ipotesi di nullità formali (annoverando tra esse quella della mancanza di sottoscrizione dell'olografo e perfino quella del testamento nuncupativo ossia della mancanza assoluta di scrittura), quanto nell'ipotesi di nullità attinenti alla sostanza dell'atto (quali l'incapacità naturale o legale del testatore e i vizi della volontà), ma non può essere invocata in caso di nullità che se accertata determinerebbe addirittura l'inesistenza dell'atto ad ogni effetto giuridico (così Cassazione civile, 6 giugno 1964 n. 1689, nonché Cassazione civile 24 aprile 1965 n. 719), ed in maniera ancora più esplicita, sebbene in relazione ad una vicenda avente ad oggetto una sanzione disciplinare irrogata ad un notaio, si è sostenuto che 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 cod. civ., e non è quindi suscettibile di esser disciplinarmente sanzionato, ai sensi degli articoli 1 e 138 della legge notarile (Cass. Sez. III, 11 luglio 1996 n. 6313, in Notariato 1996, 509).

Appare poi utile al fine di comprendere le ragioni di tale posizione, riportare proprio un brano della motivazione della sentenza da ultimo citata, nel quale si legge : " è noto che il favor testamenti, che ispira il nostro codice, consente, difformemente da quanto avviene per i contratti la convalida delle disposizioni testamentarie nulle, "da qualunque causa dipenda" la nullità, sia in forma espressa, mediante conferma dopo la morte del testatore, sia in forma tacita, mediante la loro volontaria esecuzione.

Non si discute qui dell'ammissibilità della conferma del testamento nuncupativo, espresso in forma orale (che, come è noto, ha dato luogo ad annose discussioni), ormai ritenuta legittima (sin da Cass. 26 giugno 1964, n. 1689), ne' della natura della conferma espressa (cui la norma citata riconnette esclusivamente il divieto di fare valere la nullità), quanto dei poteri del notaio in ordine al negozio, collegati alla forma che lo stesso deve rivestire ".

Ritiene il Tribunale di dovere fare propria tale prevalente tesi, dalla quale risultano avere dissentito solo alcune sporadiche sentenze di merito (va evidenziato che nella comparsa conclusionale dell'attrice si cita anche Tribunale di Napoli 29 aprile 1986, in Dir. giur. 1989, 407, che in realtà afferma la tesi della convalida del testamento orale), argomentandosi altresì dal fatto che nel testamento orale, a differenza di quanto accade nel testamento radicalmente falso, sono comunque presenti due requisiti essenziali del negozio, e cioè la volontà e la causa, difettando solo il pur rilevante requisito della forma. Ed invero per l'assenza della forma, il legislatore non riconosce carattere vincolante alle statuizioni del testatore, a meno che i destinatari del precetto non si adeguino spontaneamente. Ciò non contraddice quindi il carattere eminentemente formale del testamento, in quanto una dichiarazione testamentaria sprovvista delle forme legislativamente prescritte, lungi dall'avere carattere precettivo nei confronti dei successori, per questi ultimi si pone più semplicemente come un contenuto volitivo cui possono, se vogliono, assoggettarsi (per analoghe considerazioni si veda anche Trib. S. Maria Capua Vetere 28 giugno 1955, in Dir. giur. 1956, 319).

Il mancato rivestimento della volontà testamentaria con la forma richiesta dal legislatore, impone pertanto un particolare rigore nella sua ricostruzione a posteriori, al fine appunto di verificare, soprattutto laddove la conferma sia conseguenza di un'esecuzione volontaria, se quest'ultima risulti effettivamente corrispondente a quella manifestazione di volontà non tradottasi in forma scritta.

Le risultanze della prova testimoniale raccolta in corso di causa inducono il Collegio a ritenere fornita la prova sia in ordine al fatto che il de cuius abbia inteso esternare una propria volontà di testare, sia per quanto concerne il suo specifico contenuto.

Rilevano a tal fine in particolare i capi da 1 a 5 delle note istruttorie di A. S., con i quali si intende appunto dimostrare che il de cuius, previa consultazione con la moglie, manifestò la volontà di attribuire all'attrice l'appartamento in Roma alla via Milazzo, ed a A. S. quello in Roma alla via Bormida ed in Napoli alla via Caravaggio, dovendo poi la moglie successivamente far pervenire all'attrice l'appartamento di sua proprietà in Napoli alla via Morghen, capi che risultano essere stati appieno confermati dalle deposizioni rese dai testi A. E. e G. G., la cui attendibilità non può essere obiettivamente messa in dubbio dalle altre deposizioni testimoniali.

Infatti, la prima è la sorella del de cuius, e risulta avere convissuto con la famiglia del de cuius sino al 1979/80 (vedi la deposizione del teste L. P.) per poi trasferirsi presso la convenuta A. S., a Bari, non mancando però di fare periodicamente ritorno a Napoli, sempre ospitata dal fratello e dalla cognata.

Lo stretto legame di parentela che univa la teste al de cuius, verosimilmente cementato da una comune consuetudine di vita protrattasi per molti anni, rende del tutto verosimile che la stessa sia stata destinataria della manifestazione di volontà del de cuius circa la sorte dei propri beni per il momento in cui avrebbe cessato la sua terrena esistenza.

Del pari sussiste un rapporto di parentela tra il G. G. ed il de cuius (oltre che con tutte le altre parti in causa) sicché non emergono elementi che ne possano minare l'attendibilità.

Come detto, entrambi i testi hanno confermato che il de cuius aveva deciso di dividere il suo patrimonio immobiliare, anche alla luce del bene appartenente alla moglie, i due quote di eguale valore, di cui una, composta dall'immobile in Napoli e da quello in Roma alla via Bormida, a A. S., e l'altra, composta dall'immobile in Roma alla via Milazzo, all'attrice, la quale avrebbe poi ricevuto anche l'appartamento della D. B. L., e le due ricevono reciproco conforto nel fatto che coincidono per la circostanza secondo cui la volontà del de cuius sarebbe stata manifestata alla presenza di entrambi.

Parte attrice ha viceversa sostenuto che le deposizioni rese dagli altri testi sarebbero idonee a confutare la veridicità di quanto dichiarato dal G. G. e dalla A., ma si ritiene di dover dissentire da tale deduzione.

Il teste L. P., per il quale si chiede un confronto con il G. G., sul presupposto che vi sarebbe un contrasto tra le due deposizioni, si è limitato a dire di non avere mai sentito della dichiarazioni del de cuius circa la sua volontà di disporre dei beni per il tempo dopo la morte, ma ciò non esclude che possano essere state rese alla presenza di altri, come invece emerge dalle suddette dichiarazioni.

D'altronde ben potrebbe ipotizzarsi che le volontà del de cuius siano state rese in epoca anteriore alla frequentazione dell'A. da parte del L. P. (risulta essere coniugato con l'attrice solo dal maggio del 1988, cioè meno di due anni prima del decesso), ed il fatto che il de cuius non pensasse alla morte appare più il frutto di un personale convincimento che non un dato oggettivamente riscontrabile, non essendo ancora dato conoscere quali siano le più recondite intenzioni dell'animo umano.

Quanto invece alla dichiarazione della teste C., va evidenziato che la stessa alla data del decesso del nonno aveva da poco compiuto tredici anni, sicché il fatto che non abbia mai sentito l'avo manifestare le proprie volontà, oltre a non escludere che lo abbia fatto alla presenza di altri, appare facilmente comprensibile in ragione del fatto che è ragionevole presumere che una persona anziana non intenda mettere a conoscenza di una ragazza appena adolescente, le proprie volontà, se non altro per impedire che il triste pensiero della morte che si avvicina possa rattristare una persona che si appresta vivere i momenti più lieti della propria esistenza.

Quanto infine alla deposizione della teste C. L., anche a tacere del fatto che la sua conoscenza dei fatti avviene a distanza di circa quattro anni dal decesso, la confidenza della D. B. L. dell'essere frastornata perché il marito l'aveva lasciata senza regolare la sua successione, ben potrebbe spiegarsi per il fatto che mancava un testamento formale, e che quindi si era dovuta industriare per dare attuazione al suo volere orale, appunto con la redazione dell'olografo apocrifo.

Pertanto, in considerazione del tenore univoco e concordante delle deposizioni dei testi G. G. ed A., ad avviso del Collegio deve ritenersi che il de cuius avesse effettivamente esternato le proprie

volontà in un testamento nuncupativo di contenuto assolutamente identico a quello del testamento poi pubblicato.

In particolare, deve ritenersi che, relativamente al suo patrimonio immobiliare, per il quale unicamente ha disposto il de cuius, ha manifestato la chiara volontà di pervenire alla formazione di due quote di valore equivalente, una delle quali destinata però ad essere integrata alla successiva attribuzione della moglie, individuandone la composizione e le destinatarie.

La circostanza riferita dal G. G., secondo cui dopo l'apertura della successione e la stima effettuata dal A. M., vennero interpellata A. G. circa la scelta della quota, può intendersi, più che come una negazione della perfezione delle volontà del de cuius, come il tentativo delle parti, dopo l'apertura della successione e la conoscenza delle volontà del de cuius, di assecondare gli eventuali voleri di una delle eredi, essendo sempre dato alla volontà dei coeredi di modificare con un atto inter vivos a carattere dispositivo gli effetti della successione testamentaria (si veda sul punto la giurisprudenza che riconosce alle parti la possibilità, pur in presenza di una successione testamentaria, di determinare l'operatività delle norme in tema di successione legittima).

Né appare di ostacolo all'individuazione di una completa ed esaustiva manifestazione di volontà da parte dell'A. il fatto che si sia reso necessario ex post determinare il conguaglio da riconoscere all'attrice al fine di pervenire alla perequazione tra le quote, ben conoscendo la disciplina successoria ipotesi in cui la volontà del de cuius è destinata ad essere integrata da successive operazioni destinate ad assicurare l'esatta misura della attribuzioni disposte mortis causa (si veda al riguardo l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 551 c.c., laddove solo ex post è possibile determinare la misura del supplemento per il legato disposto dal de cuius in favore d legittimario, al fine di integrare dal punto di vista quantitativo l'ammontare della sua quota di legittima, la cui determinazione può avvenire solo al momento dell'apertura della successione, confermandosi quindi la possibilità che una disposizione testamentaria sia del tutto valida e determinata, ancorché dopo l'apertura della successione effettuare delle mere operazioni contabili).

Quanto infine alla deduzione sviluppata dall'attrice nella memoria di replica secondo cui il conguaglio corrisposto all'attrice di lire 150.000.000 non terrebbe conto del fatto che nell'asse ereditario vi erano anche dei liquidi per un importo di lire 750.000.000, come sopra anticipato, va sottolineato che il testamento del de cuius concerneva esclusivamente il suo patrimonio immobiliare, avendo appunto provveduto ad effettuare una divisione dei soli immobili di sua proprietà, così che trova applicazione la previsione di cui al secondo comma dell'art. 734 c.c., che in caso di divisione obiettivamente parziale, i beni di cui non si è disposto sono devoluti secondo le norme in tema di successione legittima.

Il conguaglio versato mirava quindi solo a perequare l'entità delle quote in merito alla divisione immobiliare, ma per quanto concerne gli eventuali altri beni o crediti appartenenti al de cuius, la divisione, ove siano tuttora indivisi, dovrà avvenire in base alle norme che regolano la successione ab intestato.

Fissato il contenuto del testamento orale di A. F., va quindi verificato se da parte delle sue eredi vi sia stata o meno conferma ai sensi dell'art. 590 c.c., posto che l'attrice contesta di essere stata a conoscenza della causa di invalidità che inficiava il testamento de quo, essendo altresì carente la menzione della causa di invalidità, sulla falsariga di quanto richiesto dall'art. 1444 c.c., norma applicabile in parte qua per analogia anche all'istituto di cui si discorre.

Ad avviso del Tribunale effettivamente non può ritenersi che nella fattispecie sia possibile ravvisare un'ipotesi di conferma espressa, atteso che nelle dichiarazioni che accompagnano la pubblicazione del testamento apocrifo non vi è alcun riferimento alla causa di invalidità dello stesso, ma non deve dimenticarsi che la norma di cui all'art. 590 c.c. contempla accanto alla conferma espressa quella cd.

tacita. Illuminante in tal senso è il pensiero della Suprema Corte che ha affermato che " l'art. 590 cod. civ., in deroga al principio generale sancito dall'art. 1423 dello stesso codice, ammette la possibilità della sanatoria del testamento invalido, sia mediante conferma espressa della disposizione, sia mediante volontaria esecuzione di essa, da parte di chi conosca la causa della nullità. Nel primo caso, la convalida ha luogo quando in un atto, per il quale non sono, tuttavia, richieste forme solenni, si faccia menzione della disposizione e dei vizi che l'affettano, e si dichiari di volerla convalidare nel secondo caso, invece, la convalida opera indirettamente, per *facta concludentia*, e cioè attraverso un comportamento di attuazione della disposizione invalida, in modo da determinare volontariamente, rispetto ai beni ereditari, lo stesso mutamento della situazione giuridica che si sarebbe prodotto se il testamento non fosse stato nullo (Cass. Sez. II, 15 febbraio 1968 n. 535, Foro it. 1968, I, 1949).

Nel caso in cui i soggetti legittimati a far valere la nullità diano concreta attuazione alle disposizioni invalide, è sufficiente che ciò avvenga volontariamente, nella consapevolezza, ancorché non esplicita (si tratta di comportamenti e non di dichiarazioni formali) del vizio dell'atto di ultima volontà.

La prova che l'attrice fosse consapevole della nullità del testamento apocrifo già all'epoca della sua formazione emerge sia dalle risultanze della prova testimoniale sia da una serie di elementi indiziari che depongono univocamente in tal senso.

Mentre il teste G. G. riferisce di tale consapevolezza dell'attrice, ma riferendo tale sua conoscenza a quanto in passato riferitogli dalla D. B. L., ben più esplicita è la teste A., la quale ha confermato in toto i capi 11 e 12 dell'articolazione di prova della convenuta, il cui contenuto mira appunto a dimostrare che la redazione del testamento apocrifo e della scrittura recante la data dell'11/9/1990, furono frutto di un comune accordo tra la madre le figlie, ancorché autrice materiale del falso testamento sia verosimilmente solo A. S. (e ciò in ragione della asserita somiglianza tra la sua grafia e quella del *de cuius*), avendo altresì ribadito che il testamento venne predisposto alla sua presenza, e con la partecipazione delle interessate.

La sottoscrizione da parte della attrice della scrittura privata, nella quale si riassumono le vicende che hanno portato alla stima dei beni da parte del A. M. (non si trascuri che la teste A. riferisce di tale scrittura come redatta dopo la stima dei beni), l'immediata presentazione della scheda testamentaria falsa per la pubblicazione (avvenuta appena sei giorni dopo la data apposta sulla predetta scrittura) prestazione avvenuta anche da parte dell'attrice, l'aggiunta al verbale di pubblicazione della dichiarazione di acquiescenza alle volontà riportate nel testamento, sono tutti elementi che complessivamente valutati inducono senza possibilità di incertezza a sostenere che A. G. fosse assolutamente consapevole dell'assenza di un formale testamento redatto da parte del padre, e che a tal fine abbia collaborato con la sorella e la madre, dapprima per verificare la concreta fattibilità delle volontà orali (affidandosi all'ing. A. M. per la stima dei beni coinvolti), per poi creare un falso testamento, curandone la pubblicazione.

D'altronde la consapevolezza dell'assenza di un valido testamento redatto per iscritto si ricava dalla stessa lettura dell'atto di citazione laddove, ferma restando la necessità di valutare la sussistenza di un patto successorio vietato, si fa riferimento ad intese intervenute tra il *de cuius* e la moglie per fare una sistemazione dei propri beni (e di quelli della moglie) in maniera assolutamente conforme a quanto riportato nel testamento apocrifo e, ciò che qui rileva, a quanto estrinsecato oralmente da parte dell'A. allorché era in vita.

A norma dell'art. 590 cod.civ. è precluso l'esercizio della potestà di far valere la nullità di una disposizione testamentaria a chi, conoscendo la causa della nullità, vi abbia dato, dopo la morte del testatore, volontaria esecuzione. La conoscenza della causa di nullità deve essere intesa come conoscenza storica del fatto invalidante e della sua rilevanza giuridica, ossia con conoscenza del

vizio o difetto della disposizione o consapevolezza di poter iniziare un giudizio sull'invalidità del testamento, indipendentemente da un calcolo sicuro sulla probabilità di vittoria. Il requisito della volontaria esecuzione implica l'esistenza di una volontà, da parte del soggetto che esegue, diretta ad adeguare la situazione di fatto a quella che sarebbe stata la situazione voluta dal testamento nullo. nella specie, i giudici di merito avevano ritenuto in fatto che gli attori, che avevano impugnato per nullità un testamento olografo per difetto di sottoscrizione finale, avevano avuto conoscenza di tale difetto ed anche dell'opinione sul punto espressa, con perplessità, da un giurista interpellato e che essi, posti nell'alternativa tra invalidare il testamento o aderire alle sue disposizioni avevano scelto questo secondo criterio. La Corte regolatrice ha ritenuto tale ragionamento corretto perché esente da vizi logici ed informato a criteri giuridici su enunciati (Cass. Sez. II, 16 maggio 1966 n. 1236, Giust. civ. 1966, I, 1274).

La massima sopra riportata permette di poter ravvisare già nella presentazione per la pubblicazione del testamento falso, ma che rispecchiava la volontà del de cuius, una condotta idonea a determinare la conferma del testamento nuncupativo, avendo posto in essere un comportamento inconciliabile con la volontà di impugnarlo (cfr. Cassazione civile sez. II, 12 settembre 1970 n. 1403), come peraltro attestato dalla dichiarazione di acquiescenza che integra il verbale di pubblicazione. Non ignora il Tribunale che secondo Cassazione civile 25 giugno 1969 n. 2273, la sola pubblicazione non è idonea alla conferma, ma non deve trascurarsi, come elemento differenziatore della vicenda in esame, che la pubblicazione era stata preceduta da una partecipazione alla stessa attività di creazione del testamento.

Infine la conferma per volontaria esecuzione può ravvisarsi nell'avvenuta trascrizione degli acquisti immobiliari in favore delle assegnatarie in conformità di quanto riportato nel testamento (cfr. sul punto quanto dichiarato dall'attrice alla lettera g) 2 dell'atto di citazione, nonché nella successiva alienazione degli immobili siti in Roma sia da parte della convenuta che da parte dell'attrice, nei quali le stesse si sono costituite nella qualità di nude proprietarie dell'intero immobile loro assegnato dal de cuius con il testamento nuncupativo, mostrando in tal modo di voler dare concreta attuazione alla sua volontà.

Ravvisata quindi la sussistenza della conferma per volontaria esecuzione del testamento nuncupativo, occorre infine verificare se le volontà del de cuius possano ritenersi valide ovvero se non si pknano piuttosto in termini di un patto successorio vietato, in particolare sotto il profilo dedotto in citazione, secondo cui lo stesso sarebbe frutto di un accordo intercorso con la moglie al fine di dare un assetto complessivo sia ai propri beni che a quelli del coniuge. Trattasi a ben vedere, secondo la prospettazione di parte attrice di un patto successorio istitutivo.

La giurisprudenza ha costantemente affermato che, per stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 cod. civ. occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano comunque essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto o in parte della propria successione, privandosi, così dello "jus poenitendi"; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento, dal promittente al promissario, debba aver luogo "mortis causa", ossia a titolo di eredità o di legato (così Cass. Sez. II, 16 febbraio 1995 n. 1683, Giust. civ. 1995, I, 1501. Conforme Cass. Sez. II, 22 luglio 1971 n. 2404, Foro it. 1972, I, 700).

Pertanto ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 cod. civ. nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o

legatario. Tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio "vinculum iuris" di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento. Conseguentemente deve essere esclusa la sussistenza di un patto successorio quando tra le parti non sia intervenuta alcuna convenzione e la persona della cui eredità trattasi abbia solo manifestato verbalmente all'interessato o a terzi l'intenzione di disporre dei suoi beni in un determinato modo, atteso che tale promessa verbale non crea alcun vincolo giuridico e non è quindi idonea a limitare la piena libertà del testatore che è oggetto di tutela legislativa (cfr. Cass. Sez. II, 9 maggio 2000 n. 5870, Riv. not. 2001, 227).

Sempre in tale prospettiva si è asserito che il patto successorio nella forma di patto istitutivo, consiste in una convenzione obbligatoria in astratto suscettibile di coazione giuridica ad adempiere, ma nulla (soltanto) per il divieto posto dall'art 458 cod civ, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento, e, pertanto, non ricorre quando nella scheda testamentaria siano inserite locuzioni generiche, rivelatrici di impegni di carattere affettivo e morale (come quella di accordi familiari o patti pregressi) in mancanza di prova degli elementi essenziali del patto, cioè delle parti tra le quali questo è intercorso, della controprestazione costituente il corrispettivo della istituzione, e della idoneità giuridica del vincolo a determinare, indipendentemente dalla nullità ex lege, la volontà del testatore alla istituzione medesima (Cass. Sez. II, 3 novembre 1979 n. 5693; nello stesso senso Cassazione civile sez. II, 29 maggio 1972 n. 1702, secondo cui il patto successorio per essere tale, deve risultare idoneo a fra nascere un vero e proprio vinculum iuris, di cui al successiva disposizione testamentaria costituisca in concreto l'adempimento, cioè deve essere un accordo che abbia di per sé i requisiti di una valida ed irrevocabile fonte di obbligazione, e che sia da considerarsi nullo solo in virtù dell'art. 458 c.c.).

Posti tali criteri, ai quali il Tribunale ritiene di doversi attenere, gli elementi probatori raccolti nel corso del giudizio evidenziano che effettivamente il de cuius ebbe a consultarsi con la moglie circa l'assetto futuro da dare ai propri beni, ma che tali consultazioni non sfociarono nella conclusione di un accordo di carattere vincolante, tale cioè da imporre all'uno o all'altro dei coniugi di dover successivamente conformare il proprio volere testamentario agli impegni assunti.

Emblematiche sono in tal senso le massime citate dalle quali si evince come sia normale in ambito familiare cercare di predeterminare la sorte della successione dei coniugi, specie se ciò è finalizzato ad assicurare un trattamento equanime tra i successibili. Nel caso in esame, manca la previsione di un impegno di carattere vincolante a testare secondo un certo contenuto, manca la previsione di un corrispettivo, manca la conclusione di un accordo suscettibile di essere coattivamente portato in esecuzione, come peraltro confermato dal fatto che la D. B. L. non ha redatto a sua volta testamento, ha alienato il bene di sua proprietà quando era ancora in vita, e soprattutto ha ritenuto di dover ribadire la necessità di assegnare l'appartamento all'attrice anche nella scrittura privata dell'11/9/1990, nell'evidente convinzione che non vi fosse alcun vincolo scaturente da intese intercorse con il marito allorché questi era ancora in vita.

Peraltro l'assenza di un testamento redatto da parte della D. B. L. impedisce la stessa possibilità di configurare la fattispecie, dedotta negli scritti conclusionali, del testamento congiuntivo ex art. 589.

Infine, non ignora il Collegio quanto affermato dalla Suprema Corte nella sentenza del 27 aprile 1982 n. 2623, secondo la quale si ha patto successorio, vietato, ai sensi dell'art. 458 cod. civ., quando le disposizioni testamentarie redatte da più persone, pur essendo contenute in schede formalmente distinte, si integrano a vicenda, dando luogo a un accordo con il quale ciascuno dei testatori provvede alla sua successione in un determinato modo, in determinante correlazione con la concordata disposizione dei propri beni da parte degli altri. (nella specie, si era ravvisato un patto successorio vietato, essendo risultato che ciascuno dei coniugi aveva lasciato i propri beni a uno dei due figli, perché l'altro coniuge aveva disposto delle sue sostanze a favore dell'altro figlio), ma reputa che la stessa non sia pertinente rispetto alla fattispecie in esame, che appunto si caratterizza

per la presenza del testamento, sebbene orale, del solo A. F., cui non ha fatto seguito una autonoma dichiarazione di ultima volontà da parte della D. B. L., che viceversa ha disposto del proprio bene, riversandone (in tutto o in parte) il ricavato alla figlia A. G.. Inoltre, non deve trascurarsi quanto sostenuto dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, in relazione ad una fattispecie in cui i due testatori, rispettivamente fratello e sorella, avevano redatto due testamenti di identico contenuto, ha affermato che non ricorre un patto successorio vietato ex artt. 458 e 589 cod. civ. nelle disposizioni testamentarie di due soggetti dirette a costituire un'unica fondazione e a nominarla erede universale, in quanto l'interesse perseguito dai testatori è di natura esclusivamente morale e non è ravvisabile il perseguimento di un vantaggio patrimoniale reciproco (Cass. Sez. II, 8 ottobre 2008 n. 24813, in Famiglia, persone e successioni, 2009, 311).

La motivazione di questa sentenza ha condiviso la decisione dei giudici di merito, che avevano escluso la ricorrenza di un patto successorio evidenziando in primo luogo l'assenza di reciprocità, in quanto non risaltava che i testamenti fossero diretti a reciproco vantaggio dei rispettivi autori (il che è quanto accade anche nella fattispecie in esame, in cui le beneficiarie del preteso accordo sarebbero le figlie e non i genitori disponenti), e soprattutto la sussistenza di un impegno morale, nel caso deciso dalla Corte, costituito dall'intento di destinare il patrimonio familiare a scopo di pubblica utilità. Ad avviso del Tribunale appare altrettanto rispondente ad un interesse di carattere morale l'intento di due genitori che senza ricevere alcun personale vantaggio, concordino un riparto dei loro beni tra i figli in maniera tale da assicurare la parità di trattamento degli stessi.

Al fine poi di giustificare la conclusione, la Suprema Corte evidenzia come la stessa dottrina sia orientata ad escludere la configurabilità di un patto successorio in presenza di un impegno di carattere essenzialmente morale, e ciò è a dirsi nell'ipotesi in cui il disponente, come nel caso che ci occupa, non riceva alcun vantaggio o corrispettivo dall'impegno a testare; non mancando altresì di sottolineare come accanto alle più recenti scelte normative (si pensi all'introduzione dell'art. 768 bis e ss. c.c., in tema di patto di famiglia) anche la giurisprudenza abbia rivisto il proprio atteggiamento di rigore nei confronti delle potenziali fattispecie di patto successorio.

Pertanto anche in tale prospettiva evolutiva nell'interpretazione dell'art. 458 c.c., e ribadita la non vincolatività delle intese intercorse in vita tra il de cuius e la moglie, non è possibile riscontrare gli estremi della nullità per violazione del divieto dei patti successori istitutivi.

La domanda attrice deve pertanto essere rigettata.

Attesa la complessità delle questioni giuridiche trattate, considerata l'incertezza che tuttora in dottrina permane in ordine alla ammissibilità della conferma del testamento nuncupativo, sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da A. G. nei confronti di A. S., con atto di citazione notificato in data 24/10/2001, così provvede:

a) dichiara la nullità del testamento olografo del 24/09/1988, pubblicato con atto per notar E. Al. di Napoli del 17/09/1990;

b) rigetta la domanda di apertura della successione legittima relativamente ai beni immobili caduti nella successione, di A. F., nato a Southington (USA) e deceduto in Napoli (Omissis), e dichiara che gli stessi, in nuda proprietà sono devoluti ad A. S., relativamente all'immobile in Roma alla via Bormida n. 1 ed a Napoli alla via M. da Caravaggio n. 76, ed ad A. G., per l'immobile sito in Roma alla via Milazzo n. 22, per avere le parti confermato volontariamente il testamento orale del de cuius;

c) compensa integralmente le spese di lite.

Così deciso in Napoli, il 30/06/2009.

Il Presidente

Dott. Guido Barbarisi

Il Giudice

Dott. Mauro Criscuolo