

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 4673/b

Terzo condono - Atto *mortis causa*

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 21 ottobre 2003

L'art. 32, comma 49 del decreto legge n. 269 del 2003, ha inserito la tipologia degli atti *mortis causa* nella categoria degli atti che debbono osservare, a pena di nullità, le prescrizioni previste dall'art. 46 del teso unico sull'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

La norma è stata ritenuta priva di giustificazioni, ma esiste e quindi va applicata. Non sembra infatti percorribile la considerazione che, trattandosi di norma per più aspetti irrazionale, essa andrebbe disapplicata.

A questo proposito si profilano tutta una serie di problemi:

a) Significato dell'espressione "atti *mortis causa*"

Il primo problema è quello dell'identificazione degli atti *mortis causa*. In essi vanno inclusi certamente il testamento pubblico (art. 603 c.c.); il testamento segreto (art. 604 c.c.); il testamento olografo (art. 602 c.c.), nonché i testamenti speciali (su nave, aeromobile, ecc.).

Vanno invece certamente qualificati atti tra vivi, ancorché destinati a produrre effetti sugli atti *mortis causa*, gli atti seguenti: verbale di pubblicazione di testamento olografo (art. 620 c.c.), verbale di apertura e pubblicazione di testamento segreto (art. 621 c.c.), verbale di ritiro di testamento olografo o segreto (art. 608 c.c.), verbale di registrazione di testamento pubblico (art. 61, ultimo comma legge notarile).

b) Deve trattarsi di atti ad effetto reale?

Evidentemente l'espressione *mortis causa* va correlata con il resto della norma, perché la modifica legislativa si innesta nel disposto dell'art. 46 del testo unico sull'edilizia, dando luogo alla compiuta seguente dizione: "gli atti *mortis causa*, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli etc."

E qui va fatta una netta precisazione. A stretto rigore le clausole testamentarie che determinano effetti reali sono soltanto quelle di un legato di cosa determinata; invece la dicotomia disposizioni ad effetti reali e disposizioni ad effetti obbligatori, riferita al testamento meramente istitutivo di erede non ha alcun senso: l'erede è chiamato a subentrare nel complesso del patrimonio del *de cuius*, a patto che si verifichi la morte del testatore e che la persona istituita accetti l'eredità.

L'istituzione di erede, per se stessa, non è indicativa di un trasferimento di beni, ancorché trattisi di beni esistenti nel patrimonio del testatore al momento della confezione del testamento, perché non si è certi che, al momento della morte, quei beni esisteranno ancora nella massa ereditaria. Si parla infatti di vocazione che comprende l'indistinta e generica situazione patrimoniale del soggetto che viene a mancare, sia dal lato passivo che dal lato attivo, come precisano i testi istituzionali in materia.

E poi, sfugge ad una valutazione specifica di effetto reale o di effetto obbligatorio una disposizione intesa ad investire l'istituito erede del complesso patrimoniale del disponente, senza ulteriori specificazioni.

c) Data del testamento

Il decreto legge n. 269 è entrato in vigore il 2 ottobre 2003 e, come tutte le norme giuridiche, nel silenzio del legislatore, esso è efficace a partire da quella data e quindi non opera per il passato.

Pertanto la norma sugli atti *mortis causa* trova applicazione esclusivamente per i testamenti la cui data di confezione inizia a decorrere dal 2 ottobre 2003. Pertanto tutti i testamenti (sia olografi, che segreti, che pubblici) che recano una data anteriore al 2 ottobre 2003 non sottostanno alla nuova norma.

d) A quali testamenti si applica la nuova disciplina?

Tenuto conto della particolare disciplina della successione testamentaria coinvolta dalla disposizione in esame (ovviamente per la successione legittima non è applicabile la nuova norma) è più che mai essenziale avere ben chiara la distinzione tra le disposizioni meramente istitutive di erede e come tali non riferibili a beni e diritti determinati e tutte le altre che invece ad essi fanno riferimento, in quanto disposizioni a titolo particolare ovvero istitutive di erede *ex re certa*.

Le prime, e quindi i testamenti che in esse si esauriscono, ovvero quelle inserite in testamenti che contengono queste - e cioè disposizioni istitutive con determinazione della quota in astratto ed altre che invece facciano riferimento a singoli beni - debbono ritenersi estranee all'ambito applicativo della norma così modificata per un doppio ordine di motivi:

a) il primo, in termini generali, riguarda il fenomeno successorio in sé e cioè la sostituzione di un soggetto ad un altro soggetto nella titolarità di un patrimonio ovvero di una quota dello stesso; è evidente cioè che la successione *mortis causa*, tanto regolata dalla legge quanto dal testamento, non è vicenda consistente nel trasferimento di uno o più diritti, ma per l'appunto mera sostituzione nella titolarità di un patrimonio, prescindendosi dalla composizione del medesimo;

b) il secondo, attinente allo scarto esistente tra il momento della disposizione e quindi della formazione dell'atto ed il momento dell'attribuzione. Tale scarto non consente di rendere determinabili i diritti che si intendono trasferire (e ciò secondo una prospettiva che supera quanto prima affermato), visto che il patrimonio relitto è evidentemente ben diverso da quello che può essere preso in considerazione al momento della formazione del testamento.

Pertanto sono soltanto le disposizioni a titolo di legato, o istitutive *ex re certa*, ovvero contenenti divisioni del testatore, che possono incappare nel divieto in questione.

e) Art. 46 testo unico sull'edilizia e condono edilizio

Il comma 49 dell'art. 32 del decreto legge n. 269 del 2003 modifica l'art. 46 del testo unico sull'edilizia, ma è risaputo che quest'articolo non concerne immobili in via di condono, bensì immobili regolari urbanisticamente, e quindi regolarmente dotati di titolo abilitativi anche sopravvenuto, ma caratterizzati dal fatto che la costruzione di essi sia "iniziata dopo il 17 marzo 1985", come recita espressamente l'art. 46 predetto.

Infatti tutta la normativa del testo unico sull'edilizia era stata dettata lascian-

do inalterata la normativa sul condono edilizio, sia del primo che del secondo condono, perché il testo unico costituiva una normativa a regime, mentre la normativa sul condono edilizio costituiva una normativa ad esaurimento.

Per il terzo condono che accade? E' evidente che anche la normativa prevista per il terzo condono costituisce una normativa ad esaurimento e quindi è evidente che per essa non debba applicarsi l'art. 46 del testo unico, bensì l'art. 2, comma 58° della legge 662 del 1996, integrato dall'art. 40 della legge 47 del 1985. E ciò, si badi, a prescindere dal fatto che trattisi di costruzione abusiva o condonata iniziata anteriormente al 17 marzo 1985, oppure di costruzione abusiva o condonata iniziata posteriormente al 17 marzo 1985.

Evidentemente il legislatore non ha adeguatamente valutato l'indifferenza dell'art. 46 del testo unico sull'edilizia nei confronti della tematica del condono edilizio; diversamente, per scrivere una norma valevole per il terzo condono, non avrebbe modificato l'art. 46 del testo unico, bensì l'art. 2, comma 58° della legge 662 del 1996, o l'art. 40 della legge 47 del 1985.

Occorre pertanto concludere che la norma sia applicabile soltanto se sussista un doppio requisito: *a)* che si tratti di costruzione iniziata successivamente al 17 marzo 1985; *b)* che si tratti di costruzione regolarmente assentita con permesso di costruire (o con concessione edilizia), oppure con denuncia di inizio attività (DIA), ovvero di concessione (o permesso di costruire) in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del testo unico sull'edilizia (accertamento di conformità).

Ci si rende conto del fatto che tutte le precedenti puntualizzazioni complicano ulteriormente il comportamento del testatore, contribuendo a condizionare quell'ampia libertà dispositiva che finora ha sempre caratterizzato l'espressione della volontà testamentaria. Ma questo è uno degli aspetti devastanti della norma qui commentata.

f) Art. 46 testo unico sull'edilizia e forma testamentaria

Il testamento olografo è riferibile interamente al testatore e pertanto il notaio niente potrebbe fare nel momento in cui la scheda testamentaria gli sia presentata per la pubblicazione, perché il verbale di pubblicazione è atto tra vivi, ed infine perché l'art. 620 c.c. impone al notaio una trascrizione fedele della scheda testamentaria, senza tener conto di imperfezioni di carattere formale o sostanziale, non lasciandogli spazio per eventuali correzioni.

Altrettanto dicasi del testamento segreto, il cui testo non è conosciuto dal no-

taio nel momento in cui egli è chiamato alle formalità disciplinate dall'art. 605 c.c.; e tenuto conto del fatto che, ai fini della pubblicazione, il notaio deve applicare le stesse formalità previste per la pubblicazione del testamento olografo (art. 621 c.c.).

g) Sanatoria

Ci si chiede se, nell'ipotesi di testamento nullo per violazione dell'art 46 del testo unico sull'edilizia, trovi applicazione lo strumento dell'atto di conferma, disciplinato dallo stesso articolo, quarto comma.

Il presupposto dell'atto di conferma è la nullità dell'atto soltanto per motivi formali (non avere indicato in atto gli elementi necessari), non per motivi sostanziali (il fabbricato negoziato era regolare, oppure il procedimento di condono era stato regolarmente instaurato); in tal caso il legislatore prevede la confermabilità dell'atto nullo, ma sulla base di un duplice elemento: a) l'atto di conferma va stipulato nella stessa forma dell'atto precedente; b) basta la conferma anche di una sola parte che abbia partecipato all'atto precedente.

Occorre soffermarsi su questo punto *b*).

Non vi è alcun dubbio che l'unica parte in senso formale dell'atto *mortis causa* sia il testatore, per il quale è ipotizzabile soltanto una eventuale conferma come integrazione del testamento.

Ma se il discorso dalla parte in senso formale viene spostato alla parte in senso sostanziale, cioè alla parte destinataria degli effetti del testamento, non vi possono essere dubbi sul fatto che tutti i destinatari delle disposizioni testamentarie possano essere qualificati parti in senso sostanziale del rapporto giuridico che si instaura con la morte del disponente.

Certamente il discorso vale per l'erede, che sostituisce *in toto* la persona del defunto nel complesso dei rapporti giuridici che facevano capo al disponente; ma analogo discorso vale anche per il legatario, qualificabile come parte sostanziale della disposizione testamentaria che contempla il legato.

Appare cioè ragionevolmente corretto individuare la "parte" legittimata ad emettere l'atto di conferma, come quella del "rapporto" più che del contratto.

In termini più generali ciò avviene tutte le volte in cui un effetto traslativo si verifichi a vantaggio di un soggetto che non sia stato parte dell'atto o del contratto che lo determina (contratto a favore di terzi, pagamento traslativo e trasferimenti unilaterali, etc.).

E va da sé che se gli eredi o i legatari sono più, appare sufficiente che l'atto di conferma sia posto in essere anche da uno soltanto di essi.

Quanto alla forma, individuato il soggetto legittimato come quello che è parte del rapporto e non dell'atto, è sufficiente che essa sia quella richiesta dalla legge *ad substantiam* per il trasferimento del diritto (art. 1350 c.c.) nonché per la pubblicità.

UFFICIO STUDI
DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

(Riproduzione riservata)