

Alessandro Semprini

I rapporti fiduciari con funzione successoria

Contributo allo studio dei negozi
con efficacia *post mortem*



G. Giappichelli Editore – Torino

INTRODUZIONE

L'opera prende in esame i sempre più diffusi schemi fiduciari *inter vivos* con effetti *post mortem*, con i quali vengono realizzati in via indiretta gli effetti di devoluzione del patrimonio tipici della successione a causa di morte.

Tale interesse muove dalla discussa crisi del testamento, il quale, nel contesto attuale, non sembra più essere in grado di soddisfare le plurime e complesse esigenze che si manifestano nel momento del passaggio generazionale del patrimonio di un soggetto: sicché, da qualche decennio, si discute di negozi *post mortem*, mediante i quali realizzare alternativamente gli effetti della successione *mortis causa*. In verità, l'interesse per gli strumenti alternativi al testamento si giustifica in ragione di una pluralità di aspetti, di natura giuridica, economica, e sociale (i quali verranno meglio analizzati nel capitolo I), per larga parte comuni anche ad ordinamenti stranieri (evidenza di ciò è l'analogo dibattito, nel contesto giuridico internazionale, sui cd. *will-substitutes*); nel presente lavoro, ad ogni modo, pur in presenza di alcune riflessioni comparative, ci si focalizzerà sull'ordinamento italiano e, in particolare, sui rapporti fiduciari con efficacia *post mortem*.

Il tema si rivela di grande attualità proprio perché, con particolare riguardo al passaggio generazionale di grandi patrimoni, vengono già oggi utilizzati nella prassi mercantile alcuni schemi fiduciari *inter vivos* con effetti *post mortem* (quali applicazioni della cd. «fiducia romanistica» in chiave successoria): si fa riferimento, principalmente, ai *trusts* successori istituiti mediante atto tra vivi, nonché ai (meno diffusi) negozi fiduciari con funzione successoria e vincoli di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. in chiave successoria. Si tratta, in breve, di meccanismi indiretti di devoluzione del patrimonio, caratterizzati da un'impronta trilaterale e una matrice fiduciaria, realizzati per atto tra vivi, ma con effetti *post mortem*: in essi, infatti, è ravvisabile (a) uno spoglio immediato dei beni da parte del proprietario, con effetto traslativo in favore di un soggetto interposto (fiduciario/*trustee*/attuatore), e (b) un incarico fiduciario (assunto da quest'ultimo) avente ad oggetto la gestione dei beni ed il loro ritrasferimento nei tempi convenuti in favore dei beneficiari indicati o suggeriti all'interno del progetto.

Non può negarsi, invero, come siffatte configurazioni negoziali continuino ad essere oggetto di aspri dibattiti nel panorama giuridico italiano. In questa se-

de, però, non ci si dedicherà alla ricostruzione dei profili tipologici delle fattispecie sopra richiamate; infatti, per quanto vi sarà sì un'evidenziazione preliminare dei tratti strutturali degli istituti più utilizzati (*trusts*; negozi fiduciari; vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter cod. civ.), non saranno le ben note questioni connesse alla loro rispettiva riconoscibilità e ammissibilità il punto focale della presente indagine. Di converso, la chiave di lettura che ispirerà le seguenti riflessioni sarà quella del diritto successorio: d'altronde, in risposta a molto diffusi – ma poco consapevoli – utilizzi delle citate tecniche negoziali, è divenuto urgente un chiarimento interpretativo improntato al rispetto del dato normativo vigente.

A questo proposito, le applicazioni dei citati schemi fiduciari *post mortem* verranno messe alla prova del diritto italiano delle successioni ovvero dei suoi principi e divieti inderogabili, tra i quali il divieto di patti successori, la tutela dei legittimari, il divieto di mandato *post mortem*, il divieto di donazione di beni futuri, il divieto di mandato a donare, il divieto di sostituzione fedecommissaria, il divieto di usufrutto successivo. Delle pianificazioni successorie mediante schemi fiduciari *post mortem*, pertanto, verranno evidenziate sia le criticità connesse al loro momento genetico (laddove tali schemi violino, fin dall'origine, alcuni divieti imposti dall'ordinamento), sia quelle correlate al loro momento esecutivo (valutabili solo all'apertura della successione del *de cuius*). In conclusione, la presente indagine analizza in chiave critica gli schemi fiduciari *inter vivos* con effetti *post mortem* più utilizzati, con un duplice obiettivo: riportare a norma gli spregiudicati progetti di pianificazione successoria troppo spesso realizzati nella prassi (evidenziandone gli assetti illeciti, quelli rischiosi, quelli preferibili), nonché, al contempo, superare un uso classista del diritto, rivelando l'utilità di tali tecniche successorie ed implementandone la diffusione non solo con riferimento al passaggio generazionale di grandi patrimoni.

Cattolica, 2 settembre 2022

CAPITOLO I

PIANIFICAZIONE SUCCESSORIA E «WILL-SUBSTITUTES»: DIRETTIVE DI SISTEMA

SOMMARIO: 1. Il passaggio generazionale del patrimonio: scelte di politica del diritto e «classismo» giuridico. Art. 457 cod. civ. e tecniche alternative di pianificazione successoria. – 2. La crisi del testamento: l'inattualità delle forme testamentarie e l'instabilità dei loro effetti giuridici. – 3. (*Segue*) I testamenti digitali nella prospettiva *de iure condendo*. – 4. Il divieto di patti successori: il persistente limite all'autonomia privata del *de cuius*. – 5. (*Segue*) La nuova perimetrazione del divieto alla luce del Regolamento UE 2012 n. 650. – 6. Il fenomeno dei cd. «*will-substitutes*» nel dibattito giuridico internazionale. – 7. Le modalità alternative di pianificazione successoria nell'ordinamento italiano: i negozi *post mortem*. Sul crescente utilizzo di schemi fiduciari (a impronta trilaterale) con effetti *post mortem*. – 8. (*Segue*) Precisazioni conclusive sui negozi *post mortem*. Sull'esigenza di un approccio casistico ed «effettuale».

1. *Il passaggio generazionale del patrimonio: scelte di politica del diritto e «classismo» giuridico. Art. 457 cod. civ. e tecniche alternative di pianificazione successoria*

Il passaggio generazionale del patrimonio di una persona fisica è momento di grande rilievo per una serie di soggetti. È ovvio il significato che questo presenta per il *de cuius*. È parimenti ovvia l'importanza che riveste per gli eredi di quest'ultimo, i quali possono risultare beneficiari di beni non guadagnati con il lavoro svolto in vita, bensì in virtù di un legame di sangue o adottivo (e della relativa successione legittima) oppure di una espressa volontà da parte del testatore. Il momento del passaggio della ricchezza tra le generazioni, peraltro, presenta al contempo grande importanza sociale, per l'economia dell'intero Paese. Basti pensare, infatti, alle gravi conseguenze economiche – collettive ed individuali – che può determinare la disgregazione di una azienda o complesso produttivo facente parte di un patrimonio ereditario (effetto, invero, molto frequente alla morte dell'imprenditore, in ragione delle rivendicazioni dei legittimari e delle conseguenti liti ereditarie¹). Ragionando su profili più astratti, inoltre, non può

¹Secondo i più recenti dati Consob (Rapporto CONSOB sulla *corporate governance* delle so-

negarsi come la regolamentazione del passaggio generazionale del patrimonio di un soggetto sia fortemente indicativa dei tratti di una comunità: la scelta sulle modalità di devoluzione del patrimonio a causa di morte, infatti, rispecchia decisioni di politica economica e di «politica del diritto» adottate dal legislatore. In generale, secondo una prima prospettiva (civilistica), si può evidenziare come la misura più o meno ampia di diritti inderogabili sul patrimonio del *de cuius*, spettanti a membri della famiglia (legittimari), riveli il modello di società che si vuole perseguire: rispettivamente, un modello nel quale sia preminente l'esigenza di conservare la ricchezza all'interno della famiglia (in caso di un'ampia porzione «indisponibile»), oppure un modello tendente al riconoscimento nella misura massima possibile dell'autonomia e della libertà per l'individuo (nell'opposto caso di un'ampia porzione «disponibile»). Parimenti, secondo una differente prospettiva (fiscale), anche la determinazione dei profili impositivi nel momento del passaggio generazionale del patrimonio presenta un rilevante impatto sul modello di comunità adottato, evidenziando, nel caso di bassa imposizione, la scelta di conservare la ricchezza in maniera perpetua all'interno di alcuni nuclei familiari, oppure, nell'opposta direzione (tassazione elevata), la volontà di redistribuire la ricchezza esistente in società (laddove, ovviamente, parte delle risorse siano destinate a beneficio della collettività)².

Con riguardo al sistema normativo italiano, a ben vedere, le scelte di politica legislativa adottate sembrano evidenti: le rilevanti quote del patrimonio del *de cuius* riservate ai legittimari – con possibilità di recuperare in natura i beni di cui quest'ultimo abbia disposto (in vita, con donazioni, dirette ed indirette; *mortis causa*, mediante il testamento) pregiudicando i diritti di coniuge e figli (e in assenza di figli, ascendenti) – da un lato, e la bassa tassazione sul passaggio generazionale dei beni³, come delineata dall'imposta successioni e donazioni di cui al

cietà quotate italiane, 2021, in <https://www.consob.it/documents/46180/46181/rcg2021.pdf/47b754d2-16e3-4c3e-8ea1-5add239444e0>) si stima che circa il 64% delle imprese quotate italiane siano controllate da famiglie, nel senso che queste ultime continuano ad essere i principali azionisti di riferimento (non viene chiarito, peraltro, il perimetro del concetto di «famiglia»); ebbene, tutte le citate realtà familiari, successivamente alla morte dell'imprenditore, saranno chiamate ad affrontare la fase (generalmente conflittuale) della ripartizione del patrimonio all'interno della famiglia.

² Cfr. P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in AA.VV., *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, in *Tratt. breve succ. e don.*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, II ed., Milano, 2010, p. 6: «[I]e imposte di successione sono lo strumento di cui l'ordinamento si avvale, più pesantemente quando la trasmissione di beni avvenga in favore di estranei alla comunità familiare, perché alla successione a causa di morte si accompagni sempre la destinazione, se si vuole un ritorno, di parte dei beni a beneficio della collettività».

³ Come anche evidenziato in gran parte delle analisi comparative sulla tassazione del passaggio generazionale della ricchezza (da ultime, si vedano, EY, *Cross-country Review of Taxes on Wealth and Transfers of Wealth*, commissioned by the European Commission, 2014, in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/59463680-e730-4d80-beaa-b094e3b8c249/language-en/format-PDF/source-115660286>; M. DROMETER-M. FRANK-M. HOFBAUER PÉREZ-C. RHODE-S. SCHWORM-T.

d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346 (con le sue franchigie, esenzioni e aliquote ridotte), dall'altro, evidenziano in modo chiaro la preferenza per il primo dei due modelli sopra citati. Si tratta, in breve, di scelte che agevolano significativamente la conservazione della ricchezza all'interno della famiglia, avvantaggiando inevitabilmente i nuclei familiari più abbienti. Proprio per questi motivi il diritto successorio è stato più volte considerato essere un prodotto dell'ideologia borghese⁴, finalizzato a favorire il concentramento della ricchezza nelle mani di determinate famiglie⁵.

Quanto fin qui detto, invero, risponde a decisioni di «politica del diritto», condivisibili o meno in ragione delle rispettive opinioni personali. Quello sul quale occorre riflettere in maniera ancor con più approfondita, però, è l'utilizzabilità di strumenti giuridici differenti in ragione del censo o della classe sociale di appartenenza; stante il fatto che questo è ciò che sta avvenendo, più o meno velatamente, nel passaggio generazionale del patrimonio a causa di morte. In questo ambito, infatti, possono oggi individuarsi due percorsi alternativi. Da un lato, vi è l'utilizzo delle tradizionali tecniche successorie, espressione del generale principio di cui all'art. 457 cod. civ., il quale impone che la devoluzione *mortis causa* della ricchezza avvenga mediante successione legittima oppure mediante successione testamentaria; tale paradigma viene quindi perfezionato dall'art. 458 cod. civ., il quale, vietando patti e accordi sulle successioni non ancora aperte, completa lo scenario e restringe il campo di applicazione dell'autonomia privata del *de cuius* nella determinazione della sua pianificazione successoria. Dall'altro lato, invece, vi è una prassi diffusa tra i ceti sociali medio-alti

STITTENEDER, *Wealth and Inheritance Taxation: An Overview and Country Comparison*, in *ifo DICE Report*, 16, Iss. 2, Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, 2018, pp. 45-54; OECD Tax Policy studies, *Inheritance Taxation in OECD Countries*, May 2021, in <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/inheritance-taxation-in-oecd-countries-e2879a7d-en.htm>; e EY, *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide 2021*, in https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-estate-and-inheritance-tax-guide, l'ordinamento italiano presenta un impianto impositivo particolarmente vantaggioso rispetto a gran parte degli altri principali Paesi europei e mondiali.

⁴Sul punto, P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 473 ss. rileva che «[i]l diritto ereditario è stato sempre considerato come espressione tipica delle ideologie e delle strutture borghesi, e destinato a perpetuare il controllo della ricchezza e la detenzione del potere nell'ambito di famiglie e di gruppi, ed anzi capace di operare discriminazioni anche in quell'ambito pur di assicurare la conservazione dei patrimoni e del potere». Al riguardo, v. anche M. COMPORTI, *Considerazioni conclusive e prospettive di riforma legislativa*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza: limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 179 ss.

⁵La successione *mortis causa*, infatti, nella sua attuale configurazione connotata da un meccanismo di trasmissione automatica della ricchezza (successione legittima), con modalità parzialmente inderogabili (successione necessaria) e minima imposizione fiscale, rischia di attivare un circuito di accesso alla proprietà molto ristretto, tale da determinare una società quasi «oligarchica»; cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, pp. 2 ss. e 7.

(ovvero con riferimento a patrimoni mobiliari ed immobiliari di consistente valore) avente ad oggetto l'utilizzo di tecniche alternative di pianificazione successoria⁶, nelle quali il testamento costituisce in minima parte lo strumento devolutorio della ricchezza.

In altri termini, l'evoluzione della realtà socio economica⁷ e le pressanti esigenze di tale clientela, con richieste sempre più specifiche ed articolate⁸ (sia chiaro, spesso anche meritevoli di tutela), hanno esposto l'inadeguatezza dello strumento testamentario, e conseguentemente sviluppato nell'ordinamento italiano (e non solo) una prassi operativa nella quale viene utilizzato un ampio panorama di strumenti giuridici⁹, adattati alle esigenze successorie: si tratta, in sin-

⁶Evidenzia tale aspetto, e dunque l'utilizzo di tecniche alternative di pianificazione successoria nelle fasce medio alte della popolazione, L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1999, p. 7. Sul punto, v. anche A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 4, 1998, p. 1077 ss.; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1209 ss.; S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2019, p. 466; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria, Atti dell'undicesimo Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, 5-7 maggio 2016, Napoli, 2017, p. 17 ss.

⁷Si pensi anche solo ai mutamenti della natura della «ricchezza», la quale oggi assume sempre più spesso una connotazione mobiliare e finanziaria in luogo di quella immobiliare; cfr. J.H. LANGBEIN, *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, in *Mich. Law Rev.*, 86, 1988, p. 742. Sull'incidenza della trasformazione della ricchezza sull'istituto successorio, v. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. 14 ss.

⁸D'altronde, «[c]omplesse situazioni patrimoniali, spesso aventi al loro centro imprese di gigantesche dimensioni, ove sono implicate la persona del beneficiante e quella del beneficiario, esigono un regolamento negoziale che non sia affidato ad una volontà unilaterale, ma sia frutto di una riflessione bi o plurilaterale che solo il procedimento contrattuale può offrire. E soprattutto allorquando la trasmissione della ricchezza in ambito familiare non debba compromettere in alcun modo la redditività del patrimonio del dante causa, essendo necessaria a tal fine un'attenta attività di controllo e verifica, da parte del disponente, e fino alla sua morte, della capacità dei soggetti che subentreranno nella (definitiva) titolarità di quel patrimonio, in relazione alla corretta gestione ed amministrazione di quest'ultimo»; così A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa, S. Patti, Padova, 2008, pp. 242-243.

⁹Al riguardo, S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, cit., pp. 467-468, precisa che «[i]n una molteplicità di casi, infatti, che l'esperienza ha anche contribuito a "tipizzare" emerge come gli interessi perseguiti siano ben più articolati e complessi di quello elementare alla programmazione di una semplice vicenda successoria, sia pure *mortis causa*. Si pensi al vasto ambito riguardante la tutela dei soggetti deboli, quelli, cioè, che l'ereditando percepisce come tali all'interno della propria famiglia o della cerchia dei propri affetti, perché colpiti da disabilità di varia natura o semplicemente perché considerati più fragili o bisognosi. E si pensi ancora all'interesse a preservare l'unità dell'impresa nei passaggi generazionali, nella consapevolezza che la frantumazione proprietaria potrebbe innescare, di fatto, processi disgregativi dello stesso complesso aziendale o dar luogo, quanto meno, a difficoltà gestorie anche rilevanti». Esigenze alle quali si aggiunge anche quella di compiere una verifica sul funzionamento dell'assetto organizzativo delineato (*ibidem*).

tesi, delle tecniche alternative di pianificazione successoria¹⁰. Di sovente utilizzate in presenza di un complesso produttivo (nella veste di mera azienda o di partecipazioni sociali) da trasferire *mortis causa*¹¹ (ma non solo), queste sono generalmente dirette a realizzare una trasmissione anticipata della successione, con modalità idonee a garantire maggiore flessibilità ed elasticità nella pianificazione del *de cuius*, in contrapposizione alla immediatezza dello strumento testamentario. Sicché, mediante tali modalità, si determina una sorta di anticipazione *inter vivos* della successione, proprio perché tendenzialmente si desidera evitare gli effetti della vera e propria successione a causa di morte. Le ragioni sono numerose: (a) gli ordinari meccanismi della successione *mortis causa* non consentono il riconoscimento di differenti regimi giuridici in relazione ai diversi beni; (b) ci si vuole riservare margini di autonomia privata (nella determinazione dei beneficiari) maggiori di quelli riconoscibili al momento dell'apertura della successione (banalmente, si può precisare, le attribuzioni liberali effettuate in vita verranno ridotte per ultime in un eventuale giudizio di riduzione ad opera dei legittimari lesi nei loro diritti); (c) si mira ad ottenere un risparmio fiscale, talvolta mediante trasferimenti della ricchezza al di fuori della successione ereditaria (principalmente mediante donazioni indirette, difficilmente individuabili dal Fisco); nonché (d) si vuole tentare di disinnescare i rimedi reali e restitutori dei legittimari, confidando sulla qualificazione delle pianificazioni *inter vivos* come donazioni indirette e sulla conseguente operatività di una tutela di carattere meramente obbligatorio (in ossequio al principio delineato dalla giurisprudenza di legittimità¹²).

Rispetto alla citata tendenza, due sono le criticità di immediata evidenza. In primo luogo, è ben chiaro come sia opportuno ed urgente ostacolare il risorto

¹⁰ Autorevole dottrina (A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, cit., pp. 1077-1078), infatti, rileva come «là dove la crisi di altri istituti si è tradotta nell'abuso o nello sviamento della "forma" asservita a nuove esigenze pratiche, qui la "materia" – la trasmissione intergenerazionale della ricchezza – si avvale di strumenti negoziali che prescindono dagli istituti che ad essa aveva destinato il legislatore». Così, «[i]l passaggio [...] [della ricchezza, nda] tra generazioni avviene in maniera frammentata con diversi e numerosi atti tra vivi, donazioni indirette, intestazioni in nome altrui, cointestazioni di conti correnti e altre posizioni contrattuali, assicurazioni sulla vita; solo in subordine attraverso la vera e propria successione a causa di morte, sia essa testamentaria o legittima»; così F. PENE VIDARI, voce *Contratti post mortem*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, I, Torino, 2003, p. 6.

¹¹ In particolare, tali esigenze si rivelano chiaramente nel caso del passaggio generazionale di una azienda, la quale richiede strumenti in grado di garantire continuità, stabilità, integrità all'impresa: cfr. A. PISCHETOLA, *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa, in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita not.*, 2, 2010, p. 956; F. PENE VIDARI, *Patti successori e contratti post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2001, p. 253 ss.

¹² A partire da quanto disposto da Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 5, 2010, p. 508 ss., con nota di G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*.

«classismo» giuridico¹³, il quale, in questo ambito, sembra ammettere l'utilizzo della legge e di determinati strumenti giuridici in un verso per una parte della popolazione, ed in altro verso per altra parte di essa, in forza del «denaro» quale elemento discriminante (nel senso che le complesse pianificazioni *post mortem* di cui si dirà rimangono alla portata solo di una ristretta parte benestante della popolazione). In secondo luogo, invece, è bene rilevare, nell'utilizzo di tali strumenti alternativi, è molto frequente la violazione di principi e divieti del diritto italiano delle successioni, con gravi ricadute per la sicurezza dei traffici giuridici e per la certezza del diritto. Ciò avviene sia in ragione di una scarsa conoscenza di tali strumenti, sia dell'utilizzo troppo spesso disinvolto e spregiudicato degli stessi ad opera degli operatori pratici. Per tali motivi, nella consapevolezza della complessità del diritto successorio¹⁴, occorre riordinare tale *modus operandi* alla luce dell'impianto normativo vigente, rendendo le tecniche alternative di pianificazione successoria (tra le quali anche la fiducia in chiave successoria) accessibili a tutti, ma allo stesso tempo anche rimodulandone gli utilizzi nella prassi, affinché tali strumenti operino nel rispetto dei principi e divieti del diritto successorio italiano.

Si proceda, ad ogni modo, con ordine. Nei seguenti paragrafi, pertanto, nell'ottica di comprendere le motivazioni che hanno condotto al sempre più diffuso utilizzo di strumenti fiduciari *inter vivos* con effetti *post mortem* (nucleo della presente indagine), si rifletterà brevemente sulla crisi del testamento, sulla lenta ma graduale rimodulazione del divieto dei patti successori, e sulla tendenza ad utilizzare tecniche alternative allo strumento testamentario, sia nel contesto internazionale (cd. *will-substitutes*) sia nell'ordinamento interno (tecniche *post mortem* o «transmorte»).

¹³ Alla stregua di una peculiare applicazione del «particolarismo giuridico» dei Secoli XVI-XVIII, il quale prevedeva diritti e norme differenti in base allo *status*, al ruolo, alla classe del singolo soggetto (in contrapposizione con il concetto di eguaglianza giuridica e naturale dei consociati).

¹⁴ Siffatta complessità, invero, sembra derivare dal ruolo primario del diritto successorio nella vita e nel destino dei consociati. Sul punto, D. HEIRBAUT, *Perspective 2. Legal History. A History of the Law of Succession, in Particular in the Southern Netherlands/Belgium*, in C. CASTEILEIN-R. FOQUÉ-A. VERBEKE (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society. Five Perspectives*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 65, evidenzia come «one's inheritance determined one's place in society», in ragione del fatto che c'erano «[...] few chances of advancement in earlier societies». Così «[...] most people had inherited their fortune. True, by a combination of talent, hard work, luck, ruthlessness or perseverance there always were persons who managed to somehow pull themselves up by their bootstraps, but they are mentioned in history books because they were so exceptional and in the next generation things would return to normal». Il risultato di tale assetto sociale, pertanto, ha determinato la crescente complessità del diritto successorio: «[b]ecause inheritance was so important in medieval and early modern society, it was the subject of an enormous body of legal rules, so that it is impossible to make a detailed study of the old law of succession» (*ivi*, p. 66).

2. La crisi del testamento: l'inattualità delle forme testamentarie e l'instabilità dei loro effetti giuridici

Come anticipato, prima di entrare nel merito degli schemi fiduciari *post mortem*, è importante comprendere il contesto vigente e l'attuale inadeguatezza dello strumento preposto alla devoluzione *mortis causa* del patrimonio: il testamento. Della crisi di quest'ultimo, infatti, si è a lungo discusso in dottrina¹⁵, quale conseguenza della sua attuale residualità (in favore di una sempre più diffusa cultura di *estate planning*)¹⁶. Diretta evidenza di ciò è data dallo scarso utilizzo che ne viene fatto nella prassi; secondo i più recenti dati statistici, infatti, nell'ordinamento italiano, il testamento viene utilizzato solo in circa il 12% delle successioni a causa di morte (segnatamente, a fronte di 649.061 decessi nell'anno 2017, sarebbero stati solo 79.596 i testamenti pubblicati nell'anno 2018¹⁷). Sono numerosi i fattori che vengono addotti a cause di tale fenomeno: si inizi però dalla inattualità delle sue forme (testamentarie).

Come noto, la devoluzione volontaria delle proprie sostanze può avvenire mediante un testamento pubblico, redatto dal notaio, un testamento olografo, redatto di mano dal testatore, oppure un testamento segreto (oltre ai testamenti speciali). Queste forme, mai modernizzate nell'ottica dello sviluppo economico e sociale del Paese, risultano invero poco attrattive per i privati, presentando ca-

¹⁵ Per tutti, si veda V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, pp. 412-413, secondo il quale l'uso di successioni «anomale» per contratto deriva da una mancata attenzione al ruolo del testamento nella nuova realtà socio-economica e da una astrazione degli interessi umani sottostanti alla natura dei beni (la quale ha privato il diritto successorio di quella funzione sociale connessa alla promozione e crescita della persona umana). Mette in luce la sostanziale inidoneità del testamento ad evitare liti ereditarie, A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 243. Sicché, è evidente la perdita di terreno del testamento «in favore di mezzi più semplici e spediti di attribuzione dei beni, resi più agevoli dal prevalere della ricchezza mobiliare» (in questi termini, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 98).

¹⁶ Cfr. F. PENE VIDARI, voce *Contratti post mortem*, cit., p. 7.

¹⁷ Si tratta dei dati forniti dal Ministero della Giustizia – Ufficio Centrale degli Archivi Notarili, nella relazione effettuata in data 30 ottobre 2019, rinvenibile al seguente link https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Relazione_statistiche_testamenti_2018.pdf. In chiave comparativa, si è stimato che «[...] in England and Wales, the official rate of testation seems to be around 41 per cent, and is about the same in the US, where approximately 60 per cent die intestate. The numbers of those leaving a will are lower in France (10 per cent) and in Italy (15 per cent), as well as in Germany (25-35 per cent) but higher in Spain (50 per cent), in Australia and New Zealand (50 per cent) and in Canada (50 per cent)»; così A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Exploring Means of Transferring Wealth on Death: A Comparative Perspective*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, 2016, p. 365. Per ulteriori riferimenti e approfondimenti sulle percentuali di utilizzo dello strumento, v. K.G.C. REID-M.J. DE WAAL-R. ZIMMERMANN (eds.), *Comparative Succession Law, 2, Intestate Succession*, Oxford, 2015, p. 442 ss.

ratteri formali antiquati e non più in linea con l'evoluzione della società e delle sue tecnologie¹⁸: alla sostanza, infatti, continua ad essere preferita la forma¹⁹ (basti pensare alle modalità di redazione del testamento segreto, nel quale, con disposizioni ormai d'altri tempi, si impone l'utilizzo di un involto con impronta dei sigilli, ecc.). Inoltre, deve precisarsi, il testamento, in ciascuna delle sue forme, non sembra più rispondere alle complesse esigenze che sorgono nella prassi. In breve, questo non permette, in ossequio al principio di unità della successione²⁰, un regolamento successorio differenziato in relazione alla natura²¹, alla provenienza dei beni, ai bisogni e alle qualità dei beneficiari, né consente di scegliere tecniche attributive differenti dal legato e dalla istituzione di erede.

Ed ancora, entrando nel merito delle singole forme citate, occorre evidenziare le criticità connesse all'utilizzo di una delle sue più diffuse forme, ovvero il testamento olografo²². Questo, infatti, redatto di propria mano dal testatore, per quanto costituisca un importante ed egualitario strumento per esprimere efficacemente le proprie volontà, si rivela molto spesso causa di liti ereditarie²³. *In*

¹⁸ È evidente l'esigenza di un ripensamento del quadro normativo in materia di testamento, al fine di riconoscere una qualche validità a modalità tecnologiche di manifestazione delle ultime volontà; d'altronde, nel sistema attuale, non viene ancora dato alcun rilievo giuridico a manifestazioni di volontà *mortis causa* in forma elettronica, o con videoregistrazioni (in questi casi, la manifestazione di volontà è come se non esistesse). Ebbene, sembra inevitabile un progressivo adeguamento all'evoluzione tecnologica del quadro normativo in ambito testamentario, alla pari di quanto sta avvenendo in materia di contratti.

¹⁹ Quanto alla perdurante rigidità dello strumento testamentario (ispirata ad un rigoroso formalismo), si consenta il rinvio alle riflessioni effettuate in A. SEMPRINI, *L'apposizione di codicilli alla copia di un testamento pubblico*, in *Notariato*, 4, 2018, pp. 399-401. Sul rapporto tra forma e sostanza nel testamento, tra i tanti, v. M. TAMPIERI, *Formalismo testamentario e testamento olografo*, in *Riv. not.*, 1-2, 1998, p. 119 ss.; P. RESCIGNO, *Nozioni generali, Le successioni testamentarie*, in AA.VV., *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, cit., p. 740 ss.; R. TRIOLA, *Il testamento*, II ed., Milano, 2012, pp. 122-161.

²⁰ Sul punto, tra gli altri, G. DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, p. 509 ss.; C. ROMANO, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, 6, 2014, p. 596.

²¹ Cfr. M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1991, p. 94 («uno dei più grossi limiti che evidenzia il nostro sistema successorio, per cui si rende necessaria una ricerca di alternative convenzionali al testamento, sta nel fatto di non consentire una diversificazione dei beni in vista del tipo di trasferimento più idoneo alla loro specifica natura, così come quello di ignorare figure di successioni fra estranei al nucleo familiare»).

²² Per interessanti approfondimenti sulle incertezze relative al documento e all'atto, si rinvia a S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, pp. 992-1012.

²³ Sui rischi e sulle criticità correlate alla olografia nei testamenti, si vedano le riflessioni di F. DEGNI, *Della forma dei testamenti*, in *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Commentario diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1941, p. 417 ss., anteriori all'entrata in vigore del Codice civile.

primis proprio perché, essendo redatto da un non esperto del settore, determina non occasionali incertezze in merito alla sua interpretazione; al contempo, può aggiungersi, risultano frequenti anche le vere e proprie violazioni di uno o più divieti del diritto successorio, con inevitabile contenzioso tra potenziali eredi. *In secundis*, sempre con riferimento al testamento olografo, devono rilevarsi anche i non insoliti abusi ad opera degli eredi, i quali spesso strumentalizzano la scheda testamentaria sulla base dei rispettivi interessi economici. Questo avviene sia con riferimento a situazioni di reale incertezza sull'autenticità di quanto previsto dal testatore, sia con riferimento a vere e proprie manovre illecite ad opera di un potenziale erede: sono infatti frequenti la redazione di testamenti falsi²⁴, la distruzione di testamenti validi, nonché la mera pressione effettuata sull'anziano vulnerabile, inducendolo a redigere un testamento olografo o a revocare quello già redatto²⁵ (quanto a tale ultimo profilo, che attiene alla vulnerabilità dei testatori anziani, occorrono in verità urgenti riflessioni *de iure condendo*²⁶).

Tutti i sopra citati aspetti determinano rilevanti criticità nell'utilizzo delle modalità testamentarie per la pianificazione successoria del patrimonio di un

²⁴ La cui prova è affidata alla perizia calligrafica, fondata sulle scritture di comparazione (le quali, però, potrebbero essere al contempo falsificate per tale scopo).

²⁵ La solenne possibilità di modificare fino all'ultimo istante le proprie volontà (connessa alla revocabilità del testamento), unitamente all'allungamento dell'aspettativa media di vita, determina sovente situazioni in cui la volontà di testatori anziani (in età avanzata, e non più nel pieno delle proprie facoltà mentali) sia coartata da membri della famiglia. Al riguardo, S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., pp. 1000-1001, rileva che «[...] il prolungamento della vita umana è purtroppo caratterizzato da una tragica diffusione di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano spesso menomazioni psichiche e forme di capacità "ridotta", di debolezza decisionale e di affievolimento della "consapevolezza affettiva", per cui la persona può decidere di attribuire i propri beni in modo diverso da come avrebbe fatto in assenza di malattia. Inoltre, la persona che si trova nella condizione descritta risulta più debole rispetto all'influenza esercitata dai soggetti – spesso estranei – che con lei trascorrono molto tempo e la accudiscono». Sulla questione, anche in chiave comparativa, *ex plurimis*, si vedano ID., *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 259 ss.; ID., *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, Napoli, 2018, p. 1569 ss.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 261 ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 562 ss.; W. GRUNSKY, *Testierfreiheit und Geschäftsfähigkeit*, Baden-Baden, 2009; J.P. SCHMIDT, *Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa*, in *RabelsZ*, 76, 2012, p. 1022 ss.

²⁶ Quanto alla «vulnerabilità» (la quale deve intendersi come situazione di debolezza decisionale dovuta all'età avanzata, ad una malattia ecc.), si rileva in dottrina un'ampia convergenza di vedute (per tutti, G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 7, 2007, p. 586 e M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2011, p. 504) sulla possibile limitazione di utilizzo (*de iure condendo*) del testamento olografo per soggetti anziani (malati o aventi una certa età), nell'ottica di una loro tutela (rimarrebbe possibile, in ogni caso, l'utilizzo del testamento pubblico).

soggetto; ciononostante, il profilo che rende maggiormente problematico l'utilizzo del testamento attiene alla sua «instabilità», ovvero alla incertezza degli effetti giuridici che tale strumento determina. Questa può dedursi da numerosi caratteri del testamento, tra i quali la sua unilateralità (la quale preclude qualsiasi accordo con i potenziali eredi), la sua revocabilità (fino all'ultimo momento antecedente alla morte), e la sua efficacia posticipata (stante il fatto che il testamento potrebbe essere redatto anche molto tempo prima della morte e dell'apertura della successione, con tutti i conseguenti effetti). In aggiunta a quanto detto, inoltre, deve anche rilevarsi come, nella prassi, non sia infrequente il mancato rispetto delle volontà del testatore (e quindi la mancata attuazione delle disposizioni testamentarie da lui disposte), ove il notaio non riesca concretamente a rendere noto il testamento ai beneficiari (non riuscendo a venire a conoscenza del loro domicilio, ai fini delle comunicazioni di cui all'art. 623 cod. civ.) oppure perché i chiamati decidano volontariamente di non pubblicare il testamento, ripartendosi le sostanze del *de cuius* in modi differenti.

Tutti i citati caratteri, in breve, contrastano con la sempre più sentita esigenza di molti nuclei familiari di sistemare stabilmente ed anticipatamente la successione *mortis causa* del *de cuius*, al fine di evitare le situazioni di conflitto tra eredi che si verificano solitamente alla morte di quest'ultimo.

Sempre con riferimento alla instabilità del testamento, peraltro, l'impatto più significativo è provocato dal quadro normativo vigente in materia di successione necessaria, il quale rende spesso incerti gli effetti giuridici della pianificazione effettuata dal testatore. Da un lato, a rendere instabile la pianificazione testamentaria è la prolungata tutela sostanziale spettante ai legittimari (in ragione: del termine decennale, con *dies a quo* variabile²⁷, entro cui agire in riduzione, di cui al combinato disposto degli artt. 2946 e 2652, comma 1, n. 8, cod. civ.; del termine ventennale dalla trascrizione della donazione, entro cui è possibile agire in restituzione, ai sensi degli artt. 561 e 563 cod. civ.), mediante la quale risulta possibile recuperare in natura i beni disposti dal *de cuius* (cd. «legittima in natura»²⁸) anche nei confronti dei terzi acquirenti in buona fede, con buona pace

²⁷ Il decorso di siffatto termine, infatti, è stato reso ancor più prolungato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 25 ottobre 2004, n. 20644 (in *Giust. civ.*, II, 2005, p. 351, con nota, tra i tanti, di G. TEDESCO, *In tema di azione di riduzione e divisione fatta dal testatore*), secondo le quali, per ragioni di tutela e di parità di trattamento, deve distinguersi il *dies a quo* di decorrenza dello stesso tra le donazioni e le eredità, prevedendo che per queste ultime sia necessario far decorrere lo stesso (non dall'apertura della successione) ma dalla accettazione dell'eredità da parte del chiamato.

²⁸ Sul concetto, sulla sua progressiva erosione, e sulla sua auspicabile rimeditazione, si consenta il rinvio a A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, Napoli, 2019. In termini generali, sulla evoluzione del sistema rimediabile, v. C. PARRINELLO, *Tutele del legittimario ed evoluzione del sistema*, Milano, 2012.

della certezza dei traffici giuridici e dell'affidamento dei terzi²⁹. Dall'altro lato, invece, la citata incertezza si ricava dal meccanismo di calcolo della riunione fittizia, la quale impone la valutazione dei beni disposti per donazione e testamento al momento dell'apertura della successione, con la conseguenza che, anche quelle pianificazioni successorie effettuate proprio con il fine di evitare lesioni di legittima potrebbero astrattamente determinarle (in ragione di un possibile mutamento di valore dei beni disposti tra il momento della pianificazione astratta e il momento dell'apertura della successione). Sicché, è facilmente comprensibile il significativo livello di sfiducia nell'utilizzo del testamento maturato dai privati, i quali preferiscono talvolta che sia la stessa legge a determinare la devoluzione delle proprie sostanze (trattasi, però, di errata convinzione, proprio perché, anche mediante l'operatività della successione intestata, potrebbero verificarsi lesioni di legittima al momento dell'apertura della successione, stante l'obbligo di conteggiare nel calcolo della riunione fittizia le eventuali donazioni dirette ed indirette effettuate in vita dal *de cuius*).

In conclusione, per tutte quante le suddette ragioni, e numerose altre³⁰ (che non è possibile analizzare efficacemente in questa sede), può parlarsi di crisi del testamento³¹.

3. (Segue) *I testamenti digitali nella prospettiva de iure condendo*

Alcune delle criticità evidenziate, in verità, potrebbero essere risolte semplicemente adeguando il quadro normativo all'evoluzione scientifica e tecnologica in corso nel nostro ordinamento, ed accogliendo così le sempre più forti invocazioni della dottrina sulla necessità di rinnovare le forme testamentarie (alla pari

²⁹ Per ampie riflessioni sui profili pubblicitari in materia di riduzione, si rinvia a F. GAZZONI, *Le domande di riduzione e di restituzione*, in E. GABRIELLI-F. GAZZONI-G. MICCOLIS-A. ORESTANO-P. SIRENA-R. VACCARELLA, *La trascrizione delle domande giudiziali*, in *Tratt. trascriz. Gabrielli-Gazzoni*, II, Milano, 2014, pp. 199-229. V. sul punto Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, con nota di L. BALLERINI, *Effetti e pubblicità della sentenza di riduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2016, pp. 594-607.

³⁰ Tra le quali, ad esempio, il desiderio di sottrarsi alla «ritualità tragica e al senso di definitività che accompagna il testamento»; così A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, cit., p. 1080, il quale richiama sul punto L.V. THOMAS, *Anthropologie de la mort*, Paris, 1976, p. 462 ss. e P. ARIÈS, *Essai sur l'histoire de la mort in Occident du Moyen Age à nos jours*, Paris, 1975, *passim*.

³¹ Sul tema, v. V. FERRARI, *Successioni per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, *passim* e M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, p. 581 ss. Cfr. V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 154, il quale evidenzia «l'inadeguatezza della scelta tecnica compiuta dal nostro legislatore municipale, il quale continua a considerare il testamento, nonostante il moltiplicarsi delle esigenze e degli interessi contemporanei dei privati, quale unico atto a causa di morte».

di quanto sta avvenendo in materia di documenti informatici³², con le relative modalità di firma elettronica³³).

In particolare, alla luce delle antiquate tecniche per redigere testamento sopra descritte, e vista la perdurante inefficacia dei testamenti nuncupativi³⁴, si discute da tempo di riformare il sistema della successione testamentaria, ammettendo la realizzabilità di testamenti in forma digitale³⁵ e, precisamente, in formato elettronico (ovvero redatti su un dispositivo elettronico) oppure in forma orale videoregistrata³⁶ (questi ultimi, in verità, potrebbero apportare evidenti utilità anche in relazione a situazioni di fine-vita³⁷).

³² Equiparati alla scrittura privata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 20 e 21 del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Cfr. A. GENTILI, voce *Documento informatico (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 636 ss.

³³ Sulle differenti tipologie di firma elettronica (firma elettronica «semplice»; firma elettronica avanzata; firma elettronica qualificata; firma digitale), per tutti, si veda G. FINOCCHIARO, *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici*, Milano, 2003; ID., *Firme elettroniche e firma digitale*, in G. FINOCCHIARO-F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014, p. 319 ss.

³⁴ Rispetto ai quali, in verità, ancora oggi si discute se questi possano considerarsi nulli oppure inesistenti; questione dalla quale deriva l'adesione ad una impostazione positiva o negativa sulla loro confermabilità ai sensi dell'art. 590 cod. civ. Sull'utilizzabilità della conferma, *obiter dictum*, Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, commentata da L. SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile*, in *Riv. not.*, 1-2, 1997, p. 166 ss.; di recente, si veda Cass., 28 maggio 2020, n. 10065, in *www.dejure.it*, la quale si è però limitata a precisare che «[p]er completezza di esame si ritiene di evidenziare che la convalida ai sensi dell'art. 590 c.c. del testamento nuncupativo, qualora ritenuta ammissibile, suppone l'esistenza di una dichiarazione testamentaria definitiva e interamente formata, benché non compiuta per iscritto. Un mero progetto di dichiarazione testamentaria non è suscettibile di conferma».

³⁵ Per ampie riflessioni sul punto, *ex multis*, si segnalano: F. CRISTIANI, *Nuove tecnologie e testamento: presente e futuro*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2013, pp. 559-585; ID., *Riflessioni a proposito di «testamento digitale». La prospettiva del diritto internazionale privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 495-505; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 996 ss.; P.M. PUTTI, *Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale*, in *Contr. impr.*, 6, 2014, pp. 1229-1263; S. NARDI, *Capitolo XIII – Il testamento*, in E. DAMIANI-S. NARDI, *Diritto ereditario*, Macerata, 2018, pp. 274-276; I. SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 186 ss.

³⁶ Cfr. M. GRONDONA, *Il testamento filmato negli Stati Uniti d'America*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2016, Milano, pp. 228-240. Nella letteratura angloamericana, tra gli altri, W.R. BUCKLEY-A.W. BUCKLEY, *Videotaping Wills: A New Frontier in Estate Planning*, in *Ohio North. Univ. L. Rev.*, 11, 1984, p. 271 ss.; E. MAX, *Videotaped Wills: Status of Present Statutory Law and Implication for Expanded Use*, in *Conn. Probate L. Journ.*, 4, 1988, p. 125 ss.; T. ZICKEFOOSE, *Videotaped Wills: Ready for Prime Time*, in *Probate L. Journ.*, 9, 1989, p. 139 ss.; K.J. SNEDDON, *Speaking for the Dead: Voice in Last Wills and Testaments*, in *St. John's L. Rev.*, 85, 2011, p. 683 ss.

³⁷ Cfr. W.R. BUCKLEY, *Videotaping Living Wills: Dying Declarations Brought to Life*, in *Valparaiso Univ. L. Rev.*, 22, 1987, p. 54 ss. D'altronde, «sostenere che il video fatto con il cellulare da un uomo gravemente ferito in un incidente d'auto il quale, rendendosi conto che sta rapidamente perdendo coscienza, voglia affidare a questo mezzo le sue ultime volontà, non possa trovare

A ben vedere, in ottica *de iure condendo*, i profili di riflessione potrebbero essere numerosi: (i) ammissibilità di un testamento digitale sottoscritto dal solo testatore con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale; (ii) ammissibilità di un testamento digitale sottoscritto da testatore e notaio con tecniche di identificazione digitale³⁸; (iii) rilevanza di un testamento filmato ai fini della prova dell'esistenza di un testamento cartaceo; (iv) validità ed efficacia di un testamento videoregistrato³⁹.

È ben vero, d'altronde, che si tratta di scenari non così lontani dalla realtà giuridica oggi esistente nell'ordinamento italiano. Sulla cd. digitalizzazione degli atti, infatti, oltre alle già evidenziate firme elettroniche, e alle timide aperture in materia di atti pubblici informatici redatti dal notaio⁴⁰, si segnalano le recenti novelle (dettate dal contesto pandemico) in materia di verbali assembleari (a distanza)⁴¹, in relazione ai quali, su spinta europea⁴², si è giunti da poco tempo ad ammettere la costituzione *online* di società a responsabilità limitata; non sembra inverosimile un ulteriore ampliamento del perimetro operativo di tali strumenti, nell'ottica di consentire la stipulazione a distanza anche di altri atti pubblici nonché di testamenti pubblici (*online*).

Quanto ai testamenti filmati, invece, si segnala la possibilità, introdotta dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 (in materia di *testamento* «biologico» o «biote-

accoglienza nel nostro ordinamento, significa [...] offrire una interpretazione della disciplina successoria molto criticabile» (così P.M. PUTTI, *Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 1256).

³⁸ Si veda, al riguardo, il Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID).

³⁹ Al riguardo, si può rilevare che i testamenti di cui alle lettere (i) e (iv) sarebbero sostitutivi del testamento olografo, mentre quello di cui alla lettera (ii) assumerebbe il ruolo di alternativa del testamento pubblico; di converso, nella prospettiva avanzata nella lettera (iii), si perseguirebbero mere finalità di prova di un testamento esistente ma scomparso.

⁴⁰ Ai sensi del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110. Si segnala però come ancora oggi, nell'atto pubblico notarile, continuino ad essere necessarie la contestuale presenza delle parti davanti al notaio ai fini dell'indagine della loro volontà.

⁴¹ Si segnala la previsione di cui all'art. 106, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni da l. 24 aprile 2020, n. 27, la quale delinea norme eccezionali in materia di svolgimento delle assemblee di società ed enti, legittimando la redazione di verbali di assemblea a distanza ed in via elettronica. Sulla disposizione, tra i tanti, F. MAGLIULO, *La (non) necessaria compresenza del presidente e del segretario degli organi societari*, in *Riv. not.*, 2020, p. 3 ss.; A. BUSANI, *Assemblee e cda in audiovideo conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Società*, 2020, p. 393 ss. In generale, sull'atto pubblico a distanza, si segnalano G. LAURINI, *Quale notaio per il futuro?*, in *Notariato*, 3, 2020, p. 221 ss.; P. SIRENA, *La forma del documento informatico: atto pubblico e scrittura privata*, in *Atti del Convegno "La sicurezza giuridica nella società dell'informazione"*, Roma, 25-26 settembre 2008, p. 1 ss.; M. NASTRI, *Le opportunità dell'atto pubblico informatico*, in *Notariato*, 2010, pp. 566-569; M. MIRRIONE, *L'atto notarile informatico*, in *Contratti*, 7, 2011, pp. 731-747.

⁴² Al riguardo, si veda la Direttiva UE 2019/1151 del 20 giugno 2019, recante modifica della Direttiva (UE) 2017/1132, per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario, attuata in Italia con d.lgs. 8 novembre 2021, n. 183.

stamento»), di videoregistrare la manifestazione del proprio consenso all'inizio/prosecuzione di un trattamento sanitario oppure delle disposizioni anticipate di trattamento (per tutti coloro che siano affetti da gravi disabilità e difficoltà di comunicazione). È bene precisare, d'altro canto, che siffatte dichiarazioni non costituiscono disposizioni non patrimoniali contenute in un testamento, stante il fatto che l'atto che le contiene presenta natura di negozio giuridico unilaterale tra vivi; in ogni caso, non può negarsi la radicale innovazione introdotta dal legislatore in materia di manifestazione di volontà.

Sicché, nella logica *de iure condendo*, e quindi ai fini della introduzione di testamenti digitali e/o videofilmati, è chiaro che occorrerà ben ragionare sul perimetro operativo e disciplinare dei medesimi⁴³, al fine di trovare il giusto contrappeso tra le istanze di libertà e modernità da un lato, e le (contrapposte) esigenze procedurali e probatorie dall'altro. Le resistenze⁴⁴ e gli ostacoli, in questo percorso, saranno numerosi. Immediate, innanzitutto, saranno le preoccupazioni sulla autenticità delle schede testamentarie e delle sottoscrizioni digitali, nell'ottica di evitare falsificazioni e intromissioni da parte di terzi⁴⁵. Si tratta di preoccupazioni ragionevoli, le quali però riproducono esattamente quelle oggi relative ai testamenti olografi cartacei: occorrerà, evidentemente, un impianto normativo regolatore in grado di garantire certezza sulla paternità del documento. In un tale percorso riformatore, inoltre, non dovrà trascurarsi nemmeno la veloce obsolescenza degli strumenti informatici in generale: questa, infatti, a distanza di pochi anni, potrebbe rendere i testamenti digitali redatti su tali supporti sostanzialmente incomprensibili (o comprensibili solo previ grandi esborsi economici connessi all'utilizzo di idonea attrezzatura)⁴⁶. Anche in questo senso, occorrerà prospettare soluzioni efficienti ed al contempo durevoli.

Ritornando ai presupposti di partenza di tali riflessioni, peraltro, occorre precisare che un intervento normativo in materia di testamenti elettronici e/o

⁴³ Cfr. S.S. BODDERY, *Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand Against their Validity*, in *Real Property, Trust & Estate L. Journ.*, 47, 2012, p. 197 ss.

⁴⁴ Oltre alla naturale resistenza al cambiamento, molto forte nel campo del diritto (in particolare, in quello successorio), si consideri la presumibile ostilità rispetto a tali innovazioni da parte della categoria notarile, sul presupposto che dall'introduzione di efficienti soluzioni digitali di testamento ne potrebbe teoricamente risultare ridotta la relativa fetta di mercato (di testamenti pubblici). Si tratta, in verità, di corollario non confermabile, poiché un meccanismo digitale di espressione delle ultime volontà potrebbe presentare diverse varianti, l'una realizzabile in completa autonomia (affiancandosi in questo senso al testamento olografo), l'altra da svolgersi con l'ausilio del pubblico ufficiale (e, in quest'ultimo caso, occorrerebbe egualmente l'intervento del notaio).

⁴⁵ Cfr. A. D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020, pp. 149-150.

⁴⁶ Sul punto, M. GRONDONA, *Il testamento filmato negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 237, e ivi ulteriore bibliografia.

videofilmato sembrerebbe poter risolvere solamente le criticità «formali» sopra evidenziate (relative alla vetustà delle forme testamentarie, ai frequenti abusi connessi alla forma olografa, e così via); permarrebbero, di converso, tutte le criticità di natura «sostanziale» (sulla instabilità dello strumento testamentario, in ragione dei rimedi spettanti ai legittimari ad esempio), sulle quali si discute da anni, e rispetto alle quali occorrerebbe un più corposo intervento *de iure condendo*⁴⁷.

Al riguardo, adottando un approccio più settoriale, si potrebbe in verità procedere ad una rivisitazione delle tecniche di pianificazione *mortis causa* della ricchezza, mettendo in discussione, così, il *monopolio* del testamento⁴⁸ e l'imperativa logica binaria delineata dall'art. 457 cod. civ.; sicché, riconoscendo e disciplinando forme alternative di trasmissione della ricchezza a causa di morte potrebbero essere superate molte delle problematiche ancora oggi esistenti nel passaggio generazionale di un patrimonio.

4. Il divieto di patti successori: il persistente limite all'autonomia privata del *de cuius*

L'impatto della citata logica binaria di cui all'art. 457 cod. civ., d'altro canto, nell'impianto normativo vigente, è perfezionato dall'art. 458 cod. civ., il quale sancisce il divieto di patti successori, limitando espressamente l'autonomia privata del *de cuius* (ovvero l'autonomia testamentaria); questo, in breve, vieta tutte quelle convenzioni istitutive, dispositive o rinunziative (in quest'ultimo caso, anche con veste unilaterale) con le quali si disponga della successione propria o di altro soggetto, o si rinunci ai diritti su di essa spettanti. Di tale divieto, però, in questa sede, si analizzeranno solamente i tratti utili ai fini della presente indagine, la quale mira a valorizzare un corretto utilizzo di costruzioni negoziali fiduciarie *post mortem* realizzate mediante atti tra vivi: a tal fine, rilievo preminente assumono: (a) la determinazione della *ratio* del divieto; (b) il suo perimetro operativo; e (c) il *trend* di progressiva erosione del divieto, ulteriormente alimentato

⁴⁷ Mentre la modernizzazione delle forme testamentarie potrebbe avvenire anche con limitate modifiche normative – la dottrina (S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., p. 1009), ad esempio, propone di riscrivere il testo del comma 1 dell'art. 602 cod. civ. come segue: il testamento olografo deve essere «[...] scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, anche mediante strumenti informatici» – al contrario, la risoluzione delle problematiche sostanziali evidenziate imporrebbe di riformare ampiamente il quadro normativo vigente in materia di successioni a causa di morte, con riferimento, in particolare, alla successione necessaria ed alle tutele spettanti ai legittimari.

⁴⁸ Discute esattamente di «*monopoly theory*» autorevole dottrina angloamericana (v. J.H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, in *Harvard Law Review*, 97, 1984, p. 1129), in relazione alla posizione del testamento nella produzione di effetti giuridici a causa di morte.

dalle disposizioni introdotte dal recente Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni a causa di morte. Sarà di converso solo nell'ultimo capitolo che verranno effettuate ampie riflessioni sulla compatibilità delle tecniche fiduciarie di interposizione reale *inter vivos* con effetti *post mortem* e l'art. 458 cod. civ.

Quanto al primo dei citati temi su cui riflettere, deve rilevarsi che sono ben note le difficoltà nella ricostruzione del fondamento razionale del divieto dei patti successori. Questo, infatti, ispirato agli insegnamenti di Pomponio⁴⁹, ed esistente nei codici preunitari e nel Codice civile del 1865 (all'interno del quale risultava espresso da più disposizioni: artt. 1118, 954, 1380, 1460)⁵⁰, è stato accorpato in un unico articolo all'interno del codice vigente (art. 458 cod. civ.), seppur comprensivo di più fattispecie operative. L'eterogeneità dei fini di tale disposizione, pertanto, ha suscitato un grande dibattito sulla individuazione delle rispettive *rationes* del divieto⁵¹, variamente individuate: nella violazione del principio della libertà di disporre⁵², nell'esigenza di consentire la revoca delle proprie disposizioni a causa di morte⁵³, e nel rilievo esclusivo della volontà del *de cuius*⁵⁴, per quanto riguarda i patti istitutivi; nell'esigenza di impedire la prodigalità o l'auspicio della morte altrui (cc.dd. *votum captandae mortis* o *votum corvinum*)⁵⁵, per quanto invece attiene i patti dispositivi e rinunciativi.

⁴⁹V. Fr. 1, Dig., XVIII, 4, *De hereditate vel actione vendita*: «*si hereditas venierit eius, qui vivat, aut nullus sit, nihil esse actum, quia in rerum natura non sit, quod venieret*».

⁵⁰Per una ricostruzione storica della proibizione, si rinvia a G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (ed *ivi* ulteriore bibliografia), il quale contesta che «il diritto romano abbia provato quella assoluta ripugnanza verso i patti successori, che dalla moderna dottrina si è voluto sostenere»; d'altronde, la prospettazione di un contratto ereditario, sconosciuta nel diritto romano, ma con radici nell'Alto medioevo, sembra debba attribuirsi alle teorie canonistiche (cfr. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune [Contratti, successioni, diritti di famiglia]*, Padova, 1939, p. 188).

⁵¹Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, *passim*. Per una ricostruzione ragionata delle opinioni, v. V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., pp. 77-88. Tra gli altri, v. inoltre F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 53 ss.; F. GERBO, voce *Patti successori*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 2009, p. 1 ss.

⁵²*Ex multis*, v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, IX ed., Milano, 1962, p. 104 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, p. 40 ss.; C. CECERE, voce *Patto successorio* (agg. 2003), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 2004, p. 1101 ss.

⁵³Cfr. M. VIGNALE, *Il patto successorio, la «donatio mortis causa» e la conversione dei negozi illeciti*, in *Dir. e giur.*, 1962, p. 305.

⁵⁴Cfr. C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 25 ss.; F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1418 ss.

⁵⁵*Ex plurimis*, v. L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Libro II* –

È altresì vero che le numerose interpretazioni della disposizione sono state variamente declinate nella giurisprudenza; il pensiero di quest'ultima, però, da qualche tempo, sembra essersi consolidato nella individuazione e specificazione di una serie di parametri utili per distinguere un patto successorio vietato (anche in modalità indiretta) da una convenzione patrimoniale invece ammessa⁵⁶. Così, con logica uniformante, si è diffusa nella giurisprudenza una lettura del divieto fondata su più elementi e caratteri, tra i quali il cd. *vinculum iuris*, che dovrebbero essere evitati per non incorrere nella violazione dell'art. 458 cod. civ., determinando una sorta di «perimetro operativo» del divieto: in particolare, si è stabilito che, indipendentemente dalla classificazione tra patti istitutivi, dispositivi o rinunciativi, «per poter stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui al cit. art. 458 occorre accertare: 1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose 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 od in parte alla propria successione, privandosi, così, dell'*ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato»⁵⁷.

Il citato «pentologo» di condizioni per la valutazione di ammissibilità ai sensi

Delle successioni, sub art. 458, Bologna-Roma, 1980, p. 98, secondo il quale la *ratio* del divieto di patti dispositivi e rinunciativi troverebbe fondamento «sulla duplice esigenza di tutelare giovani inesperti e prodighi che, mal consigliati da persone di pochi scrupoli, sarebbero portati a dilapidare in anticipo le sostanze che avrebbero dovuto ereditare dai loro parenti, e di impedire il formarsi di convenzioni immorali e socialmente pericolose per il *votum captandae mortis* o *votum corvinum* che vi inerisce».

⁵⁶ Con frequente richiamo, *ex multis*, alle pronunce del 1974 (Cass., 22 febbraio 1974, n. 527, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Successione ereditaria*, n. 20) e del 1971 (Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Foro it.*, I, 1972, c. 700), seppur il principio di diritto fosse già stato abbozzato nel 1953 (Cass., 26 maggio 1953, n. 1559, in *Giur. it.*, I, 1, 1953, c. 548) in chiave conforme all'opinione di C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, in *Comm. cod. civ.*, Libro II – *Delle successioni*, t. 1, Torino, 1964, p. 20. Più recentemente, v. Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Giust. civ.*, I, 1995, p. 1501, ma soprattutto Cass., 23 marzo 2022, n. 9415, in *www.dejure.it*.

⁵⁷ Così Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, cit. Sulla pronuncia, si veda anche il commento di G. CASSIBA, *In tema di collegamento di negozi giuridici*, in *Giust. civ.*, I, 1971, p. 1536. Secondo logiche perlopiù analoghe a quest'ultima, v. Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, p. 582 ss.; Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in *Giust. civ.*, I, 1995, p. 1501. Escludono espressamente una violazione del divieto di patti successori, in caso di operazioni negoziali (*trusts* successori e vitalizi assistenziali) immediatamente traslative, Cass., Sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18831, in *Mass. Giust. civ.*, 2019 e Cass., 2 settembre 2020, n. 18198, in *Mass. giust. civ.*, 2020, meglio analizzate nel capitolo II.

dell'art. 458 cod. civ. non consente però di trarre risposte universali per tutte le possibili fattispecie di patti successori, né chiarisce la loro *ratio*. Di converso, nella medesima logica uniformante, può evidenziarsi la più convincente ricostruzione dottrinale⁵⁸, la quale individua l'unitario fondamento razionale dell'art. 458 cod. civ. nel divieto di disposizione della delazione: il corollario è che dovranno risultare vietati i soli atti *inter vivos* di disposizione della delazione⁵⁹, con esclusione di quelli che invece regolano *post mortem* specifiche situazioni esistenziali oppure che non incidono sulla stessa delazione⁶⁰. Ebbene, questo sarà il presupposto concettuale accolto nella presente indagine, e conseguentemente anche la chiave di lettura mediante la quale analizzare la compatibilità degli schemi fiduciari *post mortem* con l'art. 458 cod. civ.; non può d'altro canto negarsi come l'accoglimento di una lettura differente sul punto potrebbe condurre a risultati differenti sulla loro potenziale violazione del divieto di patti successori (a questo tema, ad ogni modo, saranno dedicati più paragrafi di indagine all'interno della sezione II del capitolo II).

Nello sviluppo di tali analisi, infine, come anticipato sopra, occorre anche evidenziare la diffusa tendenza ad un progressivo ripensamento dell'art. 458 cod. civ. Da un lato, in una logica *de iure condendo*, è rilevabile tra gli interpreti un ampio orientamento favorevole all'abolizione o al parziale superamento del divieto di patti successori⁶¹, nell'ottica di riconoscere maggiore autonomia al testatore nella pianificazione del proprio passaggio generazionale. Da un altro la-

⁵⁸ Cfr. V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., *passim*.

⁵⁹ Infatti, sembra possibile ritenere che «per diverse ragioni, ora legate all'esigenza di affidare all'esclusiva volontà del soggetto la sorte della propria successione, ora per evitare speculazioni economiche sulla morte altrui, ora per evitare il compimento di atti avventati dei quali non si comprenda la reale valenza economico-patrimoniale, il legislatore abbia inteso vietare ogni atto tra vivi [...] di disposizione della delazione, reputata, quest'ultima, nel suo senso più ampio e comprensivo sia dell'offerta di una quota ereditaria, sia dell'acquisto a causa di morte di un diritto particolare. Il punto di rilevanza ermeneutica della disciplina sul patto successorio non sembra, allora, la successione, quanto, e soprattutto, la delazione, ossia quel profilo della successione che, com'è noto, si lega, più strettamente, al suo aspetto patrimoniale-attributivo» (*ivi*, pp. 181-182).

⁶⁰ Per un chiarimento sui corollari di tale ricostruzione, *ivi*, pp. 183-184.

⁶¹ Tra i tanti, v. G. BONILINI, *Attualità del «divieto dei patti successori»?*, in *Dir. succ. fam.*, 2, 2015, pp. 343-360; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 1209 ss.; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, p. 1281 ss.; ID., *Attualità e destino dei patti successori*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, cit., p. 1; ID., *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1941; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 6 ss.; C. CACCAVALE-F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74 ss.; M.A. IANNICELLI, *Il divieto dei patti successori: prospettive di revisione legislativa*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 361 ss.; G. ZANCHI, *Percorsi di diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto di patti successori*, in *Jus civile*, 2013, p. 729.

to, peraltro, è già rilevabile una significativa tendenza alla rivisitazione del divieto, con sua progressiva erosione⁶². A fondamento di questa *trend*, senza soffermarsi sui numerosi disegni di legge di revisione del divieto proposti in questi anni⁶³, devono segnalarsi le ampie *aperture* effettuate dal legislatore nell'ultimo ventennio, tra le quali: (a) l'introduzione del patto di famiglia, a mezzo di legge 14 febbraio 2006 n. 55, mediante il quale si è espressamente disposta la deroga all'art. 458 cod. civ., consentendo la trasmissione *inter vivos* dell'azienda o di partecipazioni sociali a titolo di successione anticipata, e con cristallizzazione del valore del bene trasferito al momento della stipula del contratto; (b) la riforma dell'azione di restituzione di cui agli artt. 561 e 563 cod. civ., effettuata con d.l. 14 marzo 2005 n. 35 conv. in l. 14 maggio 2005 n. 80, a mente della quale, da una parte, si è introdotto il cd. ventennio dalla trascrizione della donazione, decorso il quale il legittimario non può più ottenere una tutela reale dei propri diritti, da un'altra parte si è riconosciuta la possibilità di rinunciare all'azione di opposizione alla donazione con il *de cuius* ancora in vita (elemento che viene talvolta utilizzato come argomento per ammettere anche una rinuncia all'azione di restituzione verso i terzi acquirenti); (c) la ratifica della Convenzione dell'Aja sui *trusts*, la quale esclude la caduta nella successione del disponente dei beni trasferiti al *trustee*; e via dicendo.

5. (Segue) *La nuova perimetrazione del divieto alla luce del Regolamento UE 2012 n. 650*

Nella logica di una progressiva rideterminazione dei confini del divieto, inoltre, devono segnalarsi anche le innovazioni introdotte in ambito europeo⁶⁴ me-

⁶² Cfr. F.M. GAZZONI, *Patti successori: conferma di un'erosione (nota a Cass. 9 maggio 2000, n. 5870)*, in *Riv. not.*, II, 2001, p. 239. *Contra* L. BERTINO, *I patti successori nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2003, p. 197 ss.

⁶³ Tra gli altri, e soffermandosi sui più recenti, si vedano: il disegno di legge n. 1251, d'iniziativa del senatore Panizza, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 21 gennaio 2014 (XVII Legislatura), ed intitolato *Modifiche al codice civile in materia di divieto di patti successori*; e il disegno di legge n. 1151, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Conte), di concerto con il Ministro della giustizia (Bonafede), comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 19 marzo 2019 (XVIII Legislatura), avente ad oggetto la delega al Governo per la revisione del codice civile.

⁶⁴ Per alcuni profili comparativi sul divieto di patti successori, si veda A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., pp. 155-187; R. BANDI, *Alcune questioni in materia successoria alla luce della riforma del diritto internazionale privato*, in *Vita not.*, 1998, p. 1198; M. DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, II, Padova, 1994, p. 17. Quanto ai profili comparativi, si tengano in considerazione le *aperture* sul punto ravvisabili negli ordinamenti di numerosi Paesi europei, tra i quali la Germania (nel quale si ammettono i patti istitutivi e rinunciativi, ex § 2274 BGB, anche con riferimento alla legittima ex

dian­te l'emanazione del Regolamento UE n. 650 del 4 luglio 2012 (il quale sem­bra porsi esattamente in linea con tale tendenza). Seppur infatti tra i Paesi membri all'Unione Europea possa individuarsi un'ampia varietà di vedute sull'utilizzabilità di patti successori, il citato Regolamento, agli artt. 21, 22 e 25, ha introdotto una disciplina peculiare, la quale consente al cittadino (in questo caso italiano) di adottare la regolamentazione successoria del Paese in cui abbia la residenza abituale al momento della redazione dell'atto rilevante ai fini della propria successione (in questo caso, Paese che ammette i patti successori), senza che rilevi la conservazione di siffatta residenza fino al tempo della morte⁶⁵. Si tratta, in sostanza, di importare apertura sul punto. In altri termini, la nuova formulazione degli artt. 21, 22 e 25 del Regolamento, *prima facie*, sembrerebbe ammettere per il cittadino italiano la realizzabilità di patti successori semplicemente: (a) effettuando, ai sensi dell'art. 22 Regolamento UE n. 650/2012, la scelta convenzionale della legge straniera (in presenza della cittadinanza di quello Stato)⁶⁶, oppure (b) spostando la propria residenza (abituale), ai sensi dell'art. 21 Regolamento UE n. 650/2012, nello Stato che ammette la validità di tali accordi⁶⁷. Si potrebbe asserire, da ciò, l'introduzione di una rilevante deroga al divieto ancora oggi vigente, facilmente strumentalizzabile dai cittadini più motivati. In realtà, tale ultima fattispecie (lett. b), per quanto molto attrattiva per il cittadino italiano interessato a superare il divieto in oggetto, è destinata a non soddisfare interessi meramente strumentali dei cittadini (delegittimando al contempo la realizzazione di abusi sul punto): infatti, il Regolamento n. 650/2012 introduce anche una serie di norme di carattere sostanziale, completate nel loro

§2346 BGB) e la Francia (nel quale, anche alla luce delle recenti riforme, sono oggi ammesse le *donation-partage*, anche *transgénérationnelle*, la *renonciation anticipée à l'action en réduction*, ex art. 929 ss. *cod. civ. fr.*, etc.), e la Confederazione svizzera (nella quale sono ammessi il contratto successorio, ex art. 512 CC, e le convenzioni su una eredità non ancora aperta, ex art. 636 CC).

⁶⁵ In altri termini, tale disciplina sembra ammettere, «per citare il caso più semplice, che un cittadino italiano possa stipulare, durante un periodo di abituale residenza in Germania, un valido *Erbverträge*, destinato a valere e regolare la sua successione, ancorché al tempo della sua morte questi sia tornato a risiedere abitualmente in Italia» (in questi termini, V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., p. 190).

⁶⁶ Regolamento UE n. 650/2012, art. 25, comma 3: «*Notwithstanding paragraphs 1 and 2, the parties may choose as the law to govern their agreement as to succession, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, the law which the person or one of the persons whose estate is involved could have chosen in accordance with Article 22 on the conditions set out therein*».

⁶⁷ Regolamento UE n. 650/2012, art. 25, comma 1: «*An agreement as to succession regarding the succession of one person shall be governed, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of that person if he had died on the day on which the agreement was concluded*».

contenuto dai considerando introduttivi dello stesso⁶⁸, il cui combinato disposto disinnescava eventuali pratiche preordinate ad arte per evitare l'applicazione della legge nazionale del *de cuius* mediante un momento di collegamento espressamente costituito allo scopo⁶⁹.

Chiariti tali profili, e confutati in questo senso i rischi di un diffuso utilizzo strumentale delle relative disposizioni, dal Regolamento indicato possono comunque trarsi importanti indizi sulla tendenza europea di *apertura* verso pianificazioni successorie differenti dalla tipica modalità testamentaria. Invero, si tratta di tecniche citate, e dunque implicitamente riconosciute dal Regolamento UE n. 650/2012, il quale le ha però espressamente escluse dal suo ambito applicativo ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. g)⁷⁰; deve peraltro rilevarsi, come evidenziato da un recente pronunciamento della giurisprudenza comunitaria in materia di donazione *mortis causa*, che siffatta esclusione dovrà intendersi in senso restrittivo, sicché «[...] quando una disposizione contenuta in accordo relativo a una successione consiste, al pari di una “donazione”, ai sensi di detto articolo 1, paragrafo 2, lettera g), in un atto di liberalità, ma produce effetti solo al decesso del *de cuius*, essa rientra nell'ambito di applicazione del medesimo regolamento»⁷¹ (ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b, Regolamento UE n. 650/2012, dedicato ai patti successori⁷²).

In conclusione, precisati i principali profili di criticità del testamento, evi-

⁶⁸ Si vedano, al riguardo, nel Regolamento UE n. 650/2012, i considerando nn. 24 e 25 («*With regard to the determination of the law applicable to the succession the authority dealing with the succession may in exceptional cases – where, for instance, the deceased had moved to the State of his habitual residence fairly recently before his death and all the circumstances of the case indicate that he was manifestly more closely connected with another State – arrive at the conclusion that the law applicable to the succession should not be the law of the State of the habitual residence of the deceased but rather the law of the State with which the deceased was manifestly more closely connected. [...]»*) e 26 («*Nothing in this Regulation should prevent a court from applying mechanisms designed to tackle the evasion of the law, such as fraude à la loi in the context of private international law»*).

⁶⁹ Per più ampie riflessioni sul punto, v. V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., pp. 195-196.

⁷⁰ Questo, infatti, all'art. 1(2)(g), precisa che, tra le materie escluse dal perimetro del regolamento, vi sono «[...] *property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession, for instance by way of gifts, joint ownership with a right of survivorship, pension plans, insurance contracts and arrangements of a similar nature, without prejudice to point (i) of Article 23(2)*».

⁷¹ Corte di Giustizia UE, 9 settembre 2021, causa C-277/20, ECLI:EU:C:2021:708, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0277&from=IT>.

⁷² Viene infatti precisato che «l'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento Successioni deve essere interpretato nel senso che un contratto in forza del quale una persona prevede il trasferimento futuro, alla sua morte, della proprietà di un bene immobile ad essa appartenente ad altre parti contraenti costituisce un patto successorio, ai sensi di tale disposizione» (Corte di Giustizia UE, 9 settembre 2021, causa C-277/20, cit.).

denziata la vigenza (seppur declinante) del divieto di patti successori, e rilevata la tendenza ad un suo progressivo ripensamento, è possibile a questo punto occuparsi di quelle che vengono definite tecniche alternative di pianificazione successoria, realizzate mediante atto tra vivi, e ricomprese sotto le qualificazioni di contratti *post mortem* o «transmorte».

6. Il fenomeno dei cd. «will-substitutes» nel dibattito giuridico internazionale

Prima però di focalizzarsi sul panorama italiano, deve precisarsi come la ricerca di soluzioni alternative al testamento (per pianificare il passaggio generazionale del patrimonio di un soggetto) sia molto forte anche nel dibattito giuridico europeo ed internazionale⁷³; è chiaro, peraltro, che le considerazioni sul punto variano profondamente tra i vari ordinamenti, in ragione della presenza o meno di un divieto analogo a quello italiano sui patti successori. Evidenza diretta di questo interesse è il filone di ricerca ricompreso sotto la locuzione «*will-substitutes*», con la quale si fa riferimento a meccanismi giuridici alternativi al testamento per raggiungere i medesimi obiettivi successori⁷⁴. Occorre precisare che tale sintagma viene diffusamente utilizzato nella presente opera (anche nel titolo del presente capitolo), non tanto per deferenza al mondo anglosassone, o perché il sistema italiano non conosca locuzioni ad esso alternative (tra le tante, con significati parzialmente differenti: istituti alternativi al testamento, tecniche

⁷³ Si veda, al riguardo, la conferenza internazionale svoltasi ad Oxford nei giorni 27 e 28 marzo 2015, avente lo scopo dichiarato di «*understanding of the scope of the proliferation of 'will-substitutes' and to obtain a better picture of the types of mechanism employed in practice. It was also to shed light on the underlying rationale of will-substitutes, to establish and promote a scholarly debate across a number of different jurisdiction, and to generate comparative knowledge, which has so far been unavailable*» (così A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Introduction*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, 2016, pp. 1-2). Sulle differenze tra i sistemi, si veda Y.H. LELEU, *La transmission de la succession en droit compare*, Brussels, 1996. Nella letteratura italiana, sugli strumenti di delazione alternativi al testamento in diritto comparato, per tutti, A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., pp. 189-223.

⁷⁴ In breve, si fa riferimento «*to all types of instruments or mechanisms that are functionally equivalent to wills in that they can be used to identify the beneficiary of wealth to be passed with effect on death*» (così A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Introduction*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, cit., p. 3), tra i quali possono essere inclusi «*[...] life insurance, various pensions and retirement plans, bank and savings accounts, trusts, foundations, forms of joint ownership with right of survivorship etc.*» (ivi, p. 1), nonché *modes of passing real property on death, gifts mortis causa, clauses in partnership agreements, powers of attorney and mandates*, etc. (cfr. A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Exploring Means of Transferring Wealth on Death: A Comparative Perspective*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, cit., pp. 327-338).

alternative di pianificazione successoria, negozi *post mortem*, negozi trasmorte, fenomeni parasuccessori, e via dicendo), quanto perché questo evidenzia, in modo chiaro, nella comunità giuridica internazionale, l'oggetto delle presenti riflessioni, agevolando dunque indirettamente quel flusso di idee che sta alla base di ogni attività di ricerca⁷⁵.

Ad ogni modo, tale terminologia («*will-substitutes*») proviene dal mondo anglosassone, e precisamente dagli Stati Uniti d'America⁷⁶, nei quali le citate tecniche alternative di pianificazione successoria vengono definite come «*arrangement respecting property or contract rights that is established during the donor's life, under which the right to possession or enjoyment of the property or to a contractual payment shifts outside of probate to the donee at the donor's death; and substantial lifetime rights of domination, control, possession, or enjoyment are retained by the donor*»⁷⁷. Negli USA, infatti, siffatti strumenti sono molto utilizzati nella prassi; al contempo, su di essi può trovarsi ampia letteratura⁷⁸ e numerosi interventi regolatori (sebbene, come noto, la materia risulti di competenza statale⁷⁹, e le presenti considerazioni si fondino su un ragionevole parametro di ge-

⁷⁵ D'altro canto, però, deve anche evidenziarsi come il termine medesimo, evocando una idea di sostituzione del testamento, possa apparire fuorviante, stante il fatto che tali strumenti operano più efficacemente in complemento ad un testamento.

⁷⁶ «*The term 'will-substitutes' was coined in the American context where it takes a very specific meaning. In the 1930s Thomas Atkinson dedicated a chapter of his handbook of the Laws of Wills to will-substitutes, examining devices that were used to obviate the execution of a will or the judicial administration of a person's estate*» (così A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Introduction*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, cit., p. 2).

⁷⁷ American Law Institute, *Restatement Third of Property: Wills and Other Donative Transfers*, § 7.1 (a), Philadelphia, 2003.

⁷⁸ In particolare, tra i tanti, si vedano sul punto J.H. LANGBEIN *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, cit., p. 1109 ss.; ID., *Major Reforms of the Property Restatement and the Uniform Probate Code: Reformation, Harmless Error, and Nonprobate Transfers*, in *American College of Trust and Estate Counsel Law Journal*, 38, 2012, p. 1 ss.; ID., *Restatement Third of Property: Wills and Other Donative Transfers*, 7.1 (a), in *American Law Institute*, Philadelphia, 2003; G.M.P. MCCOUCH, *Probate Law Reform and Nonprobate Transfers*, in *University of Miami Law Review*, 62, 2008, p. 757; ID., *Will Substitutes under the Revised Uniform Probate Code*, in *Brooklyn Law Review*, 58, 1993, p. 1123 ss.; D.J. FEDER-R.H. SITKOFF, *Revocable Trusts and Incapacity Planning: More than Just a Will Substitutes*, in *Elder Law Journal*, 24, 2016, pp. 1-48; S.E. STERK-M.B. LESLIE, *Accidental Inheritance: Retirement Accounts and the Hidden Law of Succession*, in *New York University Law Review*, 89, 2014, p. 165 ss.; ID., *Revisiting the Revolution: Reintegrating the Wealth Transmission System*, in *Boston College Law Review*, 56, 2015, p. 61 ss.; T.P. GALLANIS, *Will-substitutes: a US Perspective*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, Oxford e Portland, 2016, pp. 9-29.

⁷⁹ «*The laws of succession and trusts, the law of property, the law of the family, the law of insurance [...], even the law of debtor and creditor: these are all areas of state law. This means that each of the 50 states, plus the District of Columbia has its own law on point. Having so many jurisdictions within the US makes it complicated to generalise about 'the US law' of will-substitutes. Any general statement may not be true for each of these 51 jurisdiction*»; così T.P. GALLANIS, *Will-substitutes: a*

neralizzazione). In altri termini, in quell'ordinamento, gli operatori e la dottrina hanno ampliato e sdoganato il fenomeno, rendendolo di uso comune, alla stregua di una diffusa modalità di devoluzione *mortis causa* della ricchezza⁸⁰. Tre, in particolare, sono le ragioni che hanno reso attrattive tali modalità (informali): la prima attiene alla semplicità (ed economicità) dei *will-substitutes* in rapporto ai testamenti⁸¹ (trattasi, invero, di aspetto diametralmente opposto a quello che avviene nell'ordinamento italiano, nel quale siffatti schemi risultano molto complessi e particolarmente onerosi, venendo di converso utilizzati solo per pianificazioni relative a grandi patrimoni); la seconda riguarda la possibilità di evitare, mediante *will-substitutes*, la procedura di *probate* (trattasi del procedimento giudiziale finalizzato a dare riconoscimento ad un testamento e a determinare chi amministrerà e attribuirà i beni ereditari ai beneficiari), la quale, oltre che controllata giudizialmente⁸², si è rivelata lenta e costosa; la terza ragione, infine, concerne i differenti diritti spettanti a creditori, coniuge e figli superstiti, in genere riconosciuti e tutelati in misura minore laddove la devoluzione patrimoniale avvenga mediante *will-substitutes*⁸³. Sicché, si tratta, approssimativamente, delle analoghe finalità e vantaggi⁸⁴ che ispirano tale tendenza in gran parte degli altri ordinamenti. Unitamente alle citate ragioni, inoltre, non può negarsi come, nella scelta di utilizzare *will-substitutes* (in luogo del testamento) per pianificare

US Perspective, cit., p. 9). Al riguardo, è possibile però prendere come riferimento la *uniform law* promulgata dalla *Uniform Law Commission* sul tema (*Uniform Probate Code – UPC; Uniform Trust Code – UTC*), adottata da numerosi Stati. A mero titolo di chiarezza, si precisa che «[t]he *Uniform Law Commission* is best described as a legislative drafting consortium of the state governments, operating in fields of law in which multi-state contacts or multi-state concerns make uniformity desirable» (in questi termini, J.H. LANGBEIN, *Major Reforms of the Property Restatement and the Uniform Probate Code: Reformation, Harmless Error, and Nonprobate Transfers*, cit., p. 3).

⁸⁰ Questo avviene, in particolare, per mezzo di sette principali fattispecie: «(1) *revocable trust instruments*; (2) *life insurance beneficiary designations*; (3) *pension and retirement account beneficiary designations*; (4) *multiple-party and POD bank account registrations*; (5) *TOD registrations of securities or automobiles*; (6) *deeds creating joint tenancies and tenancies by the entirety in land*; and (7) *TOD deeds of land*. Also meriting mention are *gifts causa mortis* (8)»; così T.P. GALLANIS, *Will-substitutes: a US Perspective*, cit., p. 12.

⁸¹ *Ivi*, p. 11.

⁸² V. J.H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, cit., p. 1128 ss.

⁸³ Cfr. T.P. GALLANIS, *Will-substitutes: a US Perspective*, cit., p. 21.

⁸⁴ In particolare, «[w]ill-substitutes may, for instance, be used in order to obtain and provide family member and dependants with higher yields, to exercise control over future generations, to preserve wealth within the family, and to avoid the dissipation of assets as well as the potential fragmentation of businesses. They might be also used to guarantee confidentiality and privacy, to allow a freer choice of government laws, or to promote family values and dynastic identity»; così A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Exploring Means of Transferring Wealth on Death: A Comparative Perspective*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, cit., p. 342.

il passaggio generazionale del proprio patrimonio, sia parimenti determinante anche la volontà di evitare il tragico rituale del testamento: sicché, anche nell'ordinamento italiano, mediante i negozi *post mortem* (tra i quali anche gli schemi fiduciari oggetto della presente indagine) sembrerebbe potersi evitare lo spiacevole senso di fine evocato dalla redazione di un testamento⁸⁵.

D'altro canto, però, deve anche rilevarsi come l'utilizzo di *will-substitutes*, in chiave alternativa al testamento, determini al contempo alcune criticità. In termini generali, infatti, può precisarsi: da un lato, il limitato campo di applicazione di tali strumenti, ristretto a specifici beni (con l'eccezione del *trust*, nel quale potrà conferirsi anche l'intero patrimonio); e dall'altro lato, la diffusa difficoltà nel distinguere la loro natura giuridica (*mortis causa* oppure *inter vivos*⁸⁶), valutazione dalla quale derivano profili disciplinari differenti. In particolare, peraltro, il principale profilo problematico connesso all'utilizzo di *will-substitutes* – negli Stati Uniti d'America, come in altri ordinamenti – si ravvisa nell'effetto di maggiore opacità nel passaggio generazionale del patrimonio.

Non può negarsi, infatti, come i contraenti, mediante tali tecniche, perseguano obiettivi talvolta poco leciti, tra cui: (i) l'occultamento, ai creditori dell'eredità, dei beni trasferiti in chiave successoria⁸⁷; (ii) la sottrazione dei beni disposti con *will-substitutes* dal conteggio dei diritti spettanti ai membri della famiglia (seppur si tratti di problematica che concerne principalmente i sistemi di *civil law*, nei quali tutti i beni di cui si sia disposto – *inter vivos* a titolo liberale – sono ricompresi nel calcolo di riunione fittizia); (iii) l'elusione della ordinaria imposizione fiscale prevista dall'ordinamento di riferimento. Le conseguenze di tale *modus operandi* sono particolarmente negative, sia in ragione della disapplicazione di alcune protezioni e tutele generali spettanti ai soggetti coinvolti in una successione *mortis causa*⁸⁸, sia con riguardo alla conseguente incertezza sull'effettivo raggiungimento dei risultati della pianificazione prefissati (vista la possibile applicazione imperativa dei principi e divieti vigenti).

Volgendo ora lo sguardo ad altri ordinamenti (differenti dagli USA), sarebbe stato lecito aspettarsi una analoga diffusione di tale prassi operativa (ovvero l'utilizzo di *will-substitutes*) anche in tutti quegli altri Paesi nei quali sia presente la lenta e costosa procedura (giudiziaria) di *probate*, operante all'apertura della successione; in realtà, però, deve rilevarsi come siffatta prassi si sia sviluppata diversamente, da ordinamento ad ordinamento. In particolare, in Inghilterra,

⁸⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta*, cit., pp. 1080-1081; D. CLARK (ed.), *The Sociology of Death: Theory, Culture, Practice*, Oxford, 1993.

⁸⁶ Cfr. A. BRAUN-A. RÖTHEL, *Exploring Means of Transferring Wealth on Death: A Comparative Perspective*, in A. BRAUN-A. RÖTHEL (ed.), *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, cit., p. 364.

⁸⁷ *Ivi*, pp. 350-351.

⁸⁸ *Ivi*, p. 355 ss.