

*Interferenze tra testamento e contratto: spunti dal common law***

SOMMARIO: 1. Tra testamento e contratto: emersione dei *will substitutes*. - 2. Tipologie di *will substitutes* e loro tratti distintivi. - 3. Spunti sistematici dall'esperienza statunitense. - 4. Rilievi conclusivi.

1. Nuova linfa agli studi di diritto comparato sembra poter derivare dall'approfondimento dell'interconnessione tra testamento e contratto, materia cui hanno contribuito in modo innovativo recenti indagini assai accurate sul versante civilistico¹.

Nel nostro codice, sulla scorta del *Code Napoléon*², la materia poggia sulle architravi del testamento, nei limiti della quota disponibile, e della successione legittima (art. 457), nonché sul corollario del divieto di patti successori (art. 458 c.c.)³. Insomma, la possibilità

* Professore associato presso l'Università di Padova.

** Il presente saggio è una rielaborazione della relazione dal medesimo titolo tenuta al Convegno "Testamento e Contratto", Camerino 19 febbraio 2025.

¹ Cfr., in particolare, R. CALVO, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Napoli, 2024, *passim* ed anche, seppur con diversa impostazione, gli studi seminali di A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, *passim*; Id., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.* diretto da P. Perlingieri, VIII, 1, Napoli, 2003, p. 10 ss. Più in generale, si veda anche G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 187 ss.

² Si tratta dell'archetipo degli ordinamenti che realizzano una delazione ereditaria diretta, in virtù di una vicenda essenzialmente privata, che ricorre all'intervento giudiziale solamente in casi patologici, laddove, in altri contesti, segnatamente il *common law*, il modello è quello della mediazione burocratico-giudiziale nel trasferimento *mortis causa*. Cfr. Y.H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Antwerpen-Bruxelles, 1996, pp. 507 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. SACCO), Torino, 2002; impostazione metodologica confermata da J. TARABAL BOSCH, *Will Substitutes in the U.S. and in Spain*, in *Iowa Law Rev.*, 2018, 103, 2293, p. 2294. Sulla differenziazione tra modello francese e Germania, che offre una soluzione favorevole ai patti sulle successioni, A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 3, pp. 354 ss.; nonché S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I divieti di patti successori nel sistema di civil law*, Napoli, 2019, 36, p. 11 ss.

³ "Ove il privato abbia validamente disposto per testamento, la legge si rimette alla sua indicazione, mentre provvede essa stessa quando in tutto o in parte manchi la successione testamentaria; le disposizioni testamentarie, alla loro volta, «non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari» (art. 457, 3° comma)". Così, circa la tipicità degli atti *mortis causa*, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1992, p. 90. Sul divieto dei patti successori non sono mancate critiche dottrinali e ipotesi di riforma,

di disporre del proprio patrimonio per dopo la morte è consegnata, di regola, al testamento, escludendo, o limitando fortemente, alternative pattizie. Così, la materia contrattuale è apparsa tradizionalmente distante da quella successoria, senza alcuna concessione a interferenze e contaminazioni di sorta.

Tuttavia, tale impostazione è da tempo oggetto di riflessioni critiche e vi è una crescente curiosità verso soluzioni alternative, improntate ad una maggior rilevanza dell'istituto contrattuale, sollecitata anche da una prospettiva sempre più europea e globale di pianificazione successoria⁴. Il proposito di queste pagine è di trarre qualche spunto analitico utile dal panorama di *common law*.

Occorre subito chiarire come non si possa trattare quest'ultimo come un monolite. Basti pensare a quanto esso propenda tanto per la *freedom of testation* negli U.S.A., quanto per la *forced heirship* in Scozia, molto più vicina, quest'ultima, alla realtà di *civil law* nel riconoscere espressamente la categoria dei legittimari con relative tutele *ad hoc*⁵. Se le differenze sono notevoli già all'interno della famiglia di *common law*, divengono, come vedremo, più profonde rispetto al nostro codice civile.

C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 25 ss.; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 7; R. CALVO, *I patti successori*, in Id. e G. PERLINGIERI, *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, Napoli, 2013, p. 19 ss.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 32 ss.; G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 97 ss. (tenuto conto che il divieto dei patti successori non viene più ritenuto dalla giurisprudenza così insormontabile, e non assurge più a principio di ordine pubblico economico, si sottolinea l'opportunità di abrogarlo, accompagnandovi coerentemente una riforma per consentire la tassazione degli strumenti utilizzati in alternativa al testamento) ed, ivi, anche A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali fra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, 17 ss.; S. DELLE MONACHE, *La libertà di disporre mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 475 ss. Cfr., in ottica di *critical legal studies*, M.R. MARELLA, *Critical Family Law*, 2, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, (2011), 721-754 che, evidenziando una costante erosione del divieto da parte della giurisprudenza attraverso una valorizzazione della formula degli atti *post mortem* (morte come elemento meramente temporale dell'attribuzione e non causale-attributivo, attinente, quest'ultimo, al lemma *mortis causa*), ne rileva un ruolo ormai residuale, come crittotipo in grado di essere riesumato occasionalmente a tutela di istanze patriarcali.

⁴Vedi, ad esempio, F. VOLPE, *Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio* (pp. 15-55); G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici* (57-91); E. BERGAMINI, *Agreements between Spouses and Partners, and Agreements as to Successions* (pp. 93-115); L. RUGGERI, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border* (pp. 117-136) in S. LANDINI (ed.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, 2020.

⁵ Sulla figura dei "legal rights", D. CARR, *Will-Substitutes in Scotland*, in A. BRAUN, A. RÖTHEL (eds.), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, 2016, p. 103, nt. 178.

Oltre all'approccio più casistico, e meno sistematico, fondato sul diritto dei precedenti, si possono subito evidenziare alcuni tratti distintivi che condizionano necessariamente l'analisi sul piano metodologico. Guardando al sistema giuridico più rappresentativo, quello statunitense, possiamo subito sottolineare - in opposizione alla centralità del codice civile - la molteplicità e l'intrecciarsi di diverse fonti: legislazioni statuali, norme federali, *case law*, *Restatements* ed *Uniform Codes*. Quando pensiamo agli *Uniform Codes* statunitensi, ma lo stesso discorso vale per i *Restatements*, non si tratta di fonti codicistiche o legislative come noi le intendiamo, ma di autorevoli raccolte, commentate ed ordinate per materia, di principi derivanti dal *case law*⁶. Seppur prive di forza vincolante, sono spesso ricalcate in tutto o in parte dalla legislazione statale.

Nel modello statunitense, vale ricordare che non esiste la categoria dei legittimari, almeno nella nostra accezione, né trova spazio alcuno la figura dei patti successori, con relativo divieto. Sono, invece, i cosiddetti *will substitutes* ad aver acquisito un ruolo centrale⁷. Si tratta di strumenti giuridici attivati durante la vita del disponente che permettono trasferimenti patrimoniali alla propria morte, senza dover passare per il *will*, figura assimilabile al nostro testamento, ed essere assoggettati al *probate*. A differenza dei sistemi di *civil law*, dove la gestione dell'iter successorio è demandata alla figura del notaio, negli USA tale passaggio è affidato all'autorità giurisdizionale ed al *probate process*, meccanismo processuale attraverso cui il *will* viene validato e i beni del *de cuius* distribuiti. Tale sistema, sebbene volto a garantire certezza e tutela ai soggetti coinvolti, è stato spesso

⁶ Cfr. *amplius*, A.L. GOODHART, *Restatement of the Law of Torts, Volume IV: A Comparison between American and English Law*, in *Pennsylv. L. Rev.*, 91, 1943, n. 6, 487 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 4ª ed. Torino, 2018, p. 146.

⁷ Cfr. A. BRAUN, A. RÖTHEL, *Introduction*, in Id. (eds.), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, cit. p. 2, ricordano come l'espressione risalga ad uno scritto di ATKINSON (*Handbook of the Laws of Wills*, vol. 1, St Paul MN, West Publishing Co, Ch. 4) del 1930, dove si descrivono le alternative all'esecuzione del testamento (*will*) o per ovviare alla gestione giudiziaria del patrimonio ereditario, ma abbia guadagnato popolarità con il contributo di J.H. LANGBEIN del 1984 (*The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 97, *Harv. L. Rev.*, 1108), che guarda agli strumenti atti ad evitare la procedura di *probate*: "non-probate transfer", interrogandosi in maniera più sistematica sulle ragioni della loro proliferazione. Altra denominazione utilizzata, in ottica comparatistica, è quella di *succession substitutes*, come emerge dagli studi di J. A. TALPIS, *Succession Substitutes*, Nijhoff, 2011, *passim*, e più di recente, Id., *Managing and preventing cross-border disputes arising with the increasingly popular use of succession substitutes*, in *Trusts & Trustees*, 2023, 3, pp. 234-247, dove si indagano le questioni connesse all'assenza di convenzioni internazionali dirette ad uniformare il trattamento giuridico dei *will substitutes* e al possibile conflitto tra leggi applicabili nel diritto internazionale privato.

criticato per la sua lentezza e i costi elevati⁸. La tradizione anglosassone prevede infatti che il *will* debba essere sottoposto a una verifica giudiziaria, con l'intervento di un *executor* o di un *administrator*, che ha il compito di gestire il patrimonio ereditario e distribuire i beni ai beneficiari. Questo processo può risultare particolarmente oneroso in termini di tempo e spese legali, specialmente quando la successione venga contestata. Già nel XIX secolo, Charles Dickens descriveva in *Bleak House* gli effetti devastanti di un sistema eccessivamente burocratizzato, nel quale i costi processuali finivano per erodere interamente il valore dell'eredità⁹.

Negli USA, la normativa può variare da Stato a Stato, data la competenza pressoché esclusiva, demandata per tale materia. Nonostante le riforme intervenute per snellire il procedimento, a partire dall'*Uniform Probate Code* (UPC) del 1969, e successive modifiche¹⁰, la tendenza, specie presso le classi più abbienti, è stata inequivocabilmente quella di cercare soluzioni utili ad aggirare il *probate* stesso. Di conseguenza, l'evoluzione più significativa è stata la crescente diffusione dei *will substitutes*.

Muoviamo su un terreno il cui humus è caratterizzato da alcuni fattori economici e sociali come: a) l'aumento dell'aspettativa di vita e dunque il ricorso a contratti finalizzati a forme di risparmio assicurativo o pensionistico privato, i quali godono di benefici fiscali. Ciò fa da *pendant* al progressivo ridimensionamento delle pensioni pubbliche per via delle riforme e dei tagli alla spesa previdenziale, associati al calo demografico; b) la crescente domanda di istituti che affrontino la necessità di vincolare alcuni beni al soddisfacimento, nel caso di premorienza, di specifiche esigenze di terzi superstiti (es. *caregivers*, figli avuti da precedenti matrimoni); c) un più efficiente passaggio intergenerazionale di asset idiosincratici come l'impresa su base familiare; d) un avvicinamento tra i diversi sistemi giuridici facilitato dalla progressiva diffusione dell'istituto del *trust*¹¹ anche nei paesi di *civil law*.

⁸ Si tratta di un sistema successorio sostanzialmente indiretto e mediato, pertanto contrapposto al modello francese ed ai derivati di quest'ultimo, tra cui quello italiano. Cfr. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 25.

⁹ La prima edizione risale al 1852, per l'edizione *Bradbury and Evans*. Cfr., per notazioni di *Law and Literature*, M.C. NUSSBAUM, *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, trad. it. G. Bettini, Milano, 2012, pp. 57 ss.

¹⁰ Vedi, in particolare, Unif. Probate Code, § 1-102(b)(3) (*Uniform Law Commission* 2010) e l'introduzione (§ 3) di varie opzioni dirette a graduare diversi tipi di intervento giudiziale a seconda delle caratteristiche di ciascun patrimonio ereditario. Cfr. E. F. SCOLES, *Succession Without Administration: Past and Future*, 48 *Modern L. Rev.* 371, n.63 (1983), p. 387.

¹¹ Cfr. D. S. GORDON, *Forfeiting Trust*, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 455 (2015), p. 474, ed ivi ulteriore bibliografia, che evidenzia come, negli USA, il *trust inter vivos* abbia ormai superato il *will* come principale

2. La crescente standardizzazione di soluzioni contrattuali a favore di terzi beneficiari da nominare (polizze assicurative vita, previdenza privata, depositi bancari), considerata l'ascesa delle attività di intermediazione finanziaria, ha attratto un pubblico sempre più vasto¹². Ciò ha spostato una quantità crescente di risorse fuori dal processo di *probate*, garantendo anche benefici fiscali, come confermato dal boom del sistema pensionistico privato negli Stati Uniti. Perciò si è parlato, con espressione calzante, di una *nonprobate revolution*, cioè di un'ostilità al *probate* socialmente diffusa, attuata per mezzo di strumenti alternativi al testamento¹³. Queste soluzioni permettono di sottrarre i beni al *probate*, garantendo comunque al disponente il pieno controllo sui propri asset fino alla morte. Tra i principali tipi di *will substitutes* possiamo menzionare: *insurance policy benefits*, *mortgages*, *promissory notes*, *securities*, *deposit agreements*, *deeds or gift*, *pension and retirement plans*, *foundations*, e *inter vivos trusts*¹⁴.

In via esemplificativa, osserviamo:

- *Revocable inter vivos trust*: se il *settlor* trasferisce asset a un *trustee* in vita, esso è considerato come atto *inter vivos* non testamentario. Con ciò il *settlor* si riserva il diritto di usare e sfruttare il patrimonio in questione, così come il diritto di nominare e cambiare i beneficiari che lo riceveranno alla sua morte. Spesso lo stesso *settlor* agisce come suo stesso *trustee*, come in un contratto con se stesso, fenomeno conosciuto come *trust* autodichiarato (*self declared trust*). La notevole diffusione di tali strumenti ha fatto coniare l'espressione "*revocable trust alternatives*" per indicare gli altri *will substitutes*, come delle seconde scelte rispetto al più ampiamente diffuso *revocable trust*.

veicolo di trasmissione di ricchezza alla morte. Sulla crescente attenzione verso tali strumenti nel panorama italiano, V. PUTORTÍ, *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 3, pp. 799 ss.

¹² In tema, tra le prime analisi: S. KIMBALL, *The Functions of Designations of Beneficiaries in Modern Life Insurance: U.S.A.*, in J. HELLNER e G. NORD (eds.), *Life Insurance Law in International Perspective*, Stockholm, 1969, pp. 74-76.

¹³ Secondo J. H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 97 *Harv. L. Rev.* 1108 (1984), il ruolo del *will*, come mezzo esclusivo di trasferimento della ricchezza alla morte, è stato fortemente ridimensionato proprio dall'emergere dei *will substitutes*. Più di recente, M. J. DE WAAL, *Comparative Succession Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, p. 1066, evidenzia l'importanza di tali soluzioni alternative al testamento, quali "instruments passing wealth outside the traditional structure and rules pertaining to the law of succession".

¹⁴ Cfr., oltre al più risalente lavoro già citato, J. LANGBEIN, *Major Reforms of the Property Restatement and the Uniform Probate Code: Reformation, Harmless Error, and Nonprobate Transfers*, 38 *American College of Trust and Estate Counsel L.J.* (2012), pp. 1 ss.; nonché S. E. STERK, M. B. LESLIE, *Accidental Inheritance: Retirement Accounts and the Hidden Law of Succession*, 89 *New York University L. Rev.* (2014), pp. 165 ss.

- Con la *Life insurance beneficiary designation* (cioè contratti di assicurazione sulla vita con beneficiario designato) assistiamo ad una polizza assicurativa dove il trasferimento *post mortem* si può effettuare con apposita previsione a favore di specifico beneficiario da parte del disponente. Simile meccanismo, di designazione di terzo-beneficiario, opera nei fondi pensione privati (*pension and retirement account beneficiary designation*) che convogliano una massa notevole di patrimoni di una larga parte della società.

- Nel *payable-on-death account*, o *POD account* osserviamo l'accensione di conti bancari con clausola di trasferimento delle somme residue a un beneficiario alla morte del titolare¹⁵. Inoltre, nel cosiddetto *transfer on death deed*, cioè *TOD*, l'*Uniform Probate Code*, come emendato nel 1989, riconosce anche la possibilità di effettuare il passaggio a titolo gratuito con efficacia *post mortem* relativamente agli strumenti finanziari e, in alcuni Stati, la formula viene estesa anche alle automobili ed ai diritti sugli immobili (*real estate*): cosiddetto *transfer on death deeds of land*.

Sotto un profilo tassonomico, tutti questi strumenti sono considerati *nonprobate transfers*, vale a dire trasferimenti che rimangono fuori dal *probate*. Ma, in quanto *will substitutes*, da un lato il disponente può sempre revocarli, dall'altro non soggiacciono ai requisiti del *will*. Affinché tali strumenti non fossero equiparati a testamenti e non dovessero sottostare ai requisiti formali più stringenti di questi ultimi, la giurisprudenza aveva elaborato il *present (transfer) interest test*¹⁶. Secondo questo criterio, affinché un *will substitute* sia considerato valido e non ricada sotto la disciplina testamentaria, il beneficiario deve acquisirvi un interesse giuridico qualificato prima della morte del disponente (*nonpossessory future interest or contract right*)¹⁷, seppur la piena disponibilità e il godimento siano rinviati alla morte di quest'ultimo. In mancanza di tali requisiti, le corti

¹⁵ Tale figura origina dal cosiddetto *Totten trust* (dal caso pionieristico *In re Totten*, 71 N. E. 748, 1904). Si trattava di un deposito in banca e a beneficio di terzo da designare. Il depositante mantiene tipicamente il controllo esclusivo sul conto, seppur come patrimonio protetto con un *trust*; alla sua morte, il relativo patrimonio passa direttamente al beneficiario.

¹⁶ La vicenda è ripercorsa da J. H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, cit., 1128, mentre la pietra miliare nel *case law* è: *Farkas v Williams*, 125 NE 2d 600 (Illinois Supreme Court 1955).

¹⁷ Vedi il principio come recepito nel *Restatement Third of Property*, § 7.1 Comment b, ed affermato dalla giurisprudenza nel caso emblematico *Farkas v Williams*, 125 NE 2d 600 (Illinois Supreme Court 1955) e, con specifico riferimento al *revocable trust*, la legislazione dell'Ohio, Rev Code § 5804.02 (E) (originariamente numerato come § 1335.01 C), che ha superato il precedente giurisprudenziale di segno diverso che annullava lo strumento sostitutivo del testamento, come lesivo della disciplina successoria, *Mathias v Fantine*, 1990 WL 21446 (Ohio App 5 Dist.). Su tutto ciò, ampiamente, T. P. GALLANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, in A. BRAUN, A. RÖTHEL (eds.), *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, cit., p. 20, nota 34.

hanno qualificato l'atto come *testamentary disposition*, dichiarandolo nullo se non conforme alle regole del *probate*. Questa impostazione è stata successivamente criticata dalla più autorevole dottrina, che aveva sottolineato come si trattasse di un *escamotage* meramente formalistico, o, come direbbe il *civil lawyer*, una *fictio iuris*¹⁸. In una certa misura, ciò riecheggia il lavoro della più recente dottrina, insieme ad una parte della giurisprudenza, quando distinguono due possibili qualificazioni dell'evento morte, *rectius* causa dell'attribuzione patrimoniale e mero elemento accidentale, in modo da poter superare le rigidità del divieto di patti successori¹⁹. Tale argomentazione, che si accompagna alla distinzione tra acquisti *mortis causa* e *post mortem*, non sembra trovare riscontro nell'esperienza statunitense, se non su un piano latamente funzionale²⁰. Una soluzione più lineare del *present interest test* – osservava Langbein – sarebbe stata semplicemente quella di consentire di effettuare un trasferimento al momento della morte garantendo libera scelta tra *will* con annesso *probate* (cioè la via istituzionale), da un lato, e *will substitutes* (cioè la via contrattuale-privatistica), dall'altro. Accogliendo tale visione, anche il § 6-101 dell'UPC, inserito con le modifiche del 2008, permette di trattare gli strumenti alternativi come sostanzialmente equivalenti al *will*, rimettendo la scelta al disponente²¹.

¹⁸ Ne descrive efficacemente l'operare in termini di *legal fiction*, J. H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, cit., 1109, ed efficacemente sul punto anche T. P. GALLANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, cit., pp. 19-20.

¹⁹ Il dibattito è ricostruito dettagliatamente da R. CALVO, *Testamento e contratto*, cit., p. 21, dove si richiama anche il pensiero di R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, ora in Id., *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1993, p. 198, secondo cui le attribuzioni *post mortem* trovano nella morte non l'elemento causale dell'acquisto, ma «solo un riferimento che riguarda i motivi dell'atto, le modalità e il momento in cui certi effetti vengono ad operare». Cfr. anche G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, rist. Napoli 2010, p. 40 ss.e, in chiave critica, M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 68. Nella più recente giurisprudenza, si veda Cass. II sez. civ., n. 34858 del 13 dicembre 2023, a proposito della donazione con condizione *si premoriar* (in *N.G.C.Comm.*, 2024, 4, 792 ss., nota di G.B. FERRI Jr., *Donazione con condizione "si premoriar": "ratio" del divieto dei patti successori e natura degli atti "mortis causa"*).

²⁰ In tal senso, potremmo parlare di atti *mortis causa* per il *will* e il *trust* testamentario (*probate transfers*), mentre, per i *will substitutes*, si tratterebbe di atti *inter vivos* con effetto *post mortem*. Ma – giova rimarcare – i *will substitutes* sarebbero di per sé ritenuti validi strumenti di pianificazione patrimoniale (*governing instruments*), senza che tali qualifiche vi spieghino alcuna rilevanza. Cfr. R.H. SITKOFF, *Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition*, 58 *Saint Louis Univ. L. J.*, 2014, p. 652, secondo cui "Trusts may be testamentary, created by will and arising in probate. Or they may be inter vivos, created during the settlor's life by declaration of trust or by deed of trust, often as a will substitute to avoid probate".

²¹ Dove troviamo la seguente disposizione: "A provision for a nonprobate transfer on death in an insurance policy, contract of employment, bond, mortgage, promissory note, certificated or uncertificated security, account agreement, custodial agreement, deposit agreement, compensation plan, pension plan,

3. Osserviamo, inoltre, come caratteristica essenziale di ogni *will substitute* sia quella di essere concepito per favorire il trasferimento di un tipo di asset predeterminato. Tale strumento sostitutivo, in quanto consiste in un atto di disposizione specifico ed attuale, è inadatto a trasferire ricchezze confluite nel patrimonio del disponente dopo che lo strumento stesso sia stato istituito. Di conseguenza, il *will* vero e proprio continuerebbe a svolgere un'autonoma funzione nel trasmettere gli asset "residualmente acquisiti" e, perciò, si potrebbe ritenere che i *will substitute* costituiscano sostituti incompleti del testamento, o siano ad esso, al più, complementari²². Ciò spiega anche perché uno dei più diffusi metodi di pianificazione successoria sia quello di combinare un *trust inter vivos* revocabile con un cosiddetto *pour-over will*, cioè un testamento che serve per aggiungere *post mortem* al *trust* tutti quegli asset che non vi siano confluiti durante la vita del disponente²³. Così la diffusione dei *will substitutes* in Nordamerica ha mantenuto vivo, accanto a sé, un ruolo di chiusura per il *will*: quello di veicolo per i trasferimenti di asset residuali.

Il diritto statunitense prevede anche forme di contitolarità in cui il *co-owner* superstite acquisisce automaticamente la quota del defunto (*ius accrescendi*). In particolare, si pensi al *deed creating joint tenancies* per quanto riguarda gli immobili. Questi strumenti vengono anche denominati *will substitute* imperfetti²⁴. Ciò perché, nonostante permettano di disporre di asset per dopo la morte, bypassando il sistema ordinario delle successioni, sono basati su un atto *inter vivos* irrevocabile.

Sul piano della distanza rispetto al nostro sistema, per quanto attiene al divieto dei patti successori, è importante segnalare un istituto assai significativo. Si tratta dei *contracts*

individual retirement plan, employee benefit plan, trust, conveyance, deed of gift, marital property agreement, or other written instrument of a similar nature is nontestamentary". Cfr. T.P. GALLANIS, op. cit., p. 20.

²² In tal senso, A. SEMPRINI, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, Torino, 2022, 23, nota 75.

²³ Cfr. il *Restatement (third) of Property: Wills and Donative Transfers* § 3.8(a), Am. Law Inst. 1999, che recita: "A 'pour-over' devise is a provision in a will that (1) adds property to an inter vivos trust or (2) funds a trust that was not funded during the testator's lifetime but whose terms are in a trust instrument that was executed during the testator's lifetime.". Vedi anche lo *Uniform Probate Code*, § 2-511(a) dove si statuisce: "A will may validly devise property to the trustee of a trust established or to be established (i) during the testator's lifetime by the testator (. . .) if the trust is identified in the testator's will and its terms are set forth in a written instrument, other than a will, executed before, concurrently with, or after the execution of the testator's will or in another individual's will if that other individual has predeceased the testator, regardless of the existence, size, or character of the corpus of the trust.". Cfr. J. TARABAL BOSCH, *Will Substitutes in the U.S. and in Spain*, cit., pp. 2300-2301.

²⁴ Cfr. J.H. LANGBEIN, *The Nonprobate Revolution*, op. cit., pp. 1109-1115.

to make or not to revoke a will (testualmente ‘contratti per redigere e rendere irrevocabile un testamento’) che consistono nel vincolare pattizamente la libertà testamentaria²⁵. La loro prova è soggetta a requisiti formali e l’eventuale violazione dà luogo solamente e responsabilità risarcitoria a differenza dei più incisivi rimedi in *equity*, propri del *trust*. Il *contract to make a will* può essere, inoltre, preordinato alla successiva redazione di *joint and mutual wills* (cioè testamenti congiunti e reciproci), da noi, invece, oggetto di divieto ex art. 589 c.c., proprio in quanto esecutivi di un patto successorio istitutivo ex art. 458 c.c.²⁶. Di solito, simili formule sono utilizzate per beneficiare il coniuge superstite e, nei secondi o terzi matrimoni, per salvaguardare i figli, rispettivamente di primo o di secondo letto, dell’altro coniuge. Se il coniuge superstite disattende questi impegni, revocando o modificando il *will*, i soggetti pretermessi potrebbero ricorrere a rimedi, come il *constructive trust*, diretti a recuperare direttamente i beni a loro destinati. Tuttavia, per la complessità di simili casi, un *inter vivos trust* sembra uno strumento più sicuro a raggiungere lo stesso obiettivo²⁷.

Nel prendere atto della diffusione e del successo di tali strumenti alternativi, un passaggio fondamentale è stato costituito dalla revisione dell’*UPC* e del *Restatement third on property*. Come è stato affermato in quest’ultimo (par. 7.2, comment a)), i *will substitutes* hanno proliferato e sono divenuti strumenti alternativi nel passaggio intergenerazionale dei patrimoni. Quindi, nonostante la sottrazione alle formalità del *probate process* sia confermata, vi è una recente tendenza ad armonizzare la disciplina dei *will substitutes* ad alcune norme inderogabili del diritto successorio.

²⁵La questione, da sempre sottesa al variegato *case law*, è quindi se si possa escludere pattizamente la naturale ambulatorietà del testamento; questione cui il *common law* sembra aver dato, seppur con una serie di ritrosie, risposta positiva. Cfr. C. CLARK, *Testamentary contracts and irrevocable wills*, 27 *Yale L. J.* 542, p. 545; K. M. O'DONNELL, *Trusts and Estates Law: Contracts to Make Joint or Mutual Wills*, 55 *Marq. L. Rev.* 103 (1972), p. 114. Per un affresco storico-comparatistico della travagliata *doctrine*, R. CROUCHER, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, in *M.U.L.R.*, 2005, 29, pp. 390 ss.

²⁶Cfr. Cass., 2 settembre 2020, n. 18197, su cui, ex multis, M. ZICCARDI, *Testamenti simultanei e divieto di patti successori istitutivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 3, p. 1160 ss. Di recente si mette in evidenza come, ormai, il divieto dei patti successori istitutivi sia utilizzato dalla giurisprudenza limitatamente ad ipotesi in cui il contenuto del contratto si presenti analogo a quello del testamento, “ossia ipotesi in cui si disponga per un tempo successivo alla propria morte mediante un atto revocabile”, richiamando l’attenzione sulla discussa equiparazione del *trust* con effetti *post mortem* ad una donazione indiretta. Cfr. F.P. PATTI, *Pianificazione ereditaria e divieto dei patti successori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 4, 916 (nota a Cass. civ. II, sez. ord. 9 gennaio 2024, n. 722).

²⁷Cfr. C. L. DESSIN, *The Troubled Relationship of Will Contracts and Spousal Protection: Time for an Amicable Separation*, 45 *Cath. U.L. Rev.* 435 (1996). In generale, v. inoltre, M. LUPOI, *I testamenti concordati nel diritto inglese e del Commonwealth*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 1, pp. 5-16.

In particolare, utilizzando la formula onnicomprensiva dei *governing instruments*, si sono estese ai *will substitutes* norme di default tipiche del diritto delle successioni²⁸. Si pensi al problema del *vulnus* recato dal ricorso ai *will substitutes* rispetto ad interessi altrimenti tutelabili all'interno del *probate*, come quelli dell'*elective share* del coniuge (la forma più rilevante di *forced heirship*, ovvero successione necessaria), dei creditori del *de cuius* e della imposizione fiscale federale²⁹. Un caso che ha fatto discutere è quello della designazione del coniuge (in polizze vita e piani pensionistici privati) fatta antecedentemente al divorzio, che rimanga immutata, nonostante il sopravvenuto divorzio, fino alla morte del disponente. Può accadere, infatti, che la legislazione statuale disponga in favore del coniuge superstite, rimuovendo la designazione che si riferisca al coniuge divorziato, ciò in quanto presume che vi sia stata una dimenticanza del disponente. Per certi aspetti si tratta di un fenomeno omogeneo, ma bisogna considerare che le competenze legislative statuali, normalmente esclusive in materia successoria, sono, proprio per la natura ibrida dell'oggetto (a metà tra contratto e successioni), suscettibili di subire interferenze dalle fonti federali. Vi è, ad esempio, un *case law* abbastanza consolidato negli Stati Uniti, secondo cui i *federal insurance programs* prevalgono sulla legislazione statuale³⁰. In particolare, la Corte Suprema riconosce che se, da un lato, la legge della Virginia prevede la rimozione automatica della designazione del coniuge divorziato in favore del coniuge superstite, quale beneficiario della polizza vita, d'altra parte la libertà di scelta dell'assicurato è protetta a livello federale e dunque la volontà formale di beneficiare il coniuge divorziato prevale sulla capacità dello Stato di imporre il cambio di designazione³¹. In particolare, secondo la *Supreme Court*³² occorre ritenere prevalente la legislazione federale sulla previdenza dei lavoratori dipendenti (*Employee Retirement Income Security Act* del 1974) che mantiene ferma tale designazione, rispetto alla

²⁸ Si tratta dell'importante previsione dell'UPC § 2-706, su cui puntualmente T.P. GALLANIS, op. cit., p. 26 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

²⁹ Cfr. E.H. GAGLIARDI, *Remembering the Creditor at Death: Aligning Probate and Nonprobate Transfers*, 41 (2007) *Real Property Probate and State Journ.* 819.

³⁰ Cfr. D. REESE, *The story behind Hillmann v. Maretta: The daughter talks about the widow and the ex-wife*, in *Washington Post*, 25 aprile 2013. A proposito del *Federal Employees' Group Life Insurance Act* (1954), *Hillman v. Maretta*, 569 U.S. 483 (2013).

³¹ *Ibidem*. Il leading case in tema di definizione del contratto di assicurazione sulla vita è *Prudential Insurance Company v. Commissioners of Inland Revenue* [1904] 2 KB 658 at 663-664: occorre che, in cambio di una *money consideration*, cioè il pagamento del premio, un soggetto (l'assicuratore) si obblighi a pagare una certa somma ad un altro (l'assicurato o un terzo designato quale beneficiario), in dipendenza di uno o più specificati eventi.

³² Caso *Egelhoff v. Egelhoff*, 532 US 141 (2001).

disciplina statale che opta solitamente per una sua revoca implicita ed automatica (salvo esplicita volontà contraria). Tale contrasto rappresenta un rilevante ostacolo al processo di armonizzazione³³. Altro aspetto che ha destato preoccupazione in ambito statunitense è la designazione, nei *will substitutes* per persona da nominare, in caso di morti simultanee o quasi simultanee del disponente e del beneficiario, ed anche di premorienza del beneficiario con conseguente incertezza sulla effettiva volontà del disponente. Il processo di armonizzazione ha comportato che, se il beneficiario è un parente stretto del contraente, la somma può andare automaticamente ai suoi discendenti³⁴.

Per quanto riguarda il rapporto con i creditori del disponente, si può notare che una delle funzioni principali del *probate* è sempre stata la protezione dei creditori: i debiti del testatore vanno imputati al suo patrimonio, prima che il residuo sia trasferito ai successori. In linea generale, i *will substitutes* costituiscono un agevole strumento per poter sfuggire a tale principio, cioè all'aggressione dei creditori. Per esempio, un *trust* revocabile non era soggetto alle azioni dei creditori del disponente a meno che il disponente non fosse anche il beneficiario. Il modello statunitense si è, poi, evoluto in modo tale da stabilire che il potere di revocare un *trust* lo renda equivalente al potere di un proprietario e, quindi, comporta l'assoggettamento del relativo patrimonio alle azioni dei creditori del disponente³⁵. Per esempio, nel *Restatement third on Trust* par. 25 Comment e) e anche nell'*Uniform Trust Code* (par. 505) si provvede in tal senso. Comunque, in molti casi i diritti dei creditori rispetto ai patrimoni trasferiti con *will substitutes* rimangono ancora sguarniti di tutela, come, in alcune giurisdizioni, lo è la quota di legittima del coniuge superstite. Solo pochi Stati hanno introdotto previsioni equivalenti a quella dell'UPC § 6-102 (b), che prevede che il destinatario di un *nonprobate transfer* è soggetto alla responsabilità alla stregua di qualsiasi bene del deceduto per azioni consentite contro lo stesso patrimonio del deceduto sottoposto a *probate*, nella misura in cui tale patrimonio sia insufficiente a soddisfare queste richieste³⁶. Nonostante la posizione del coniuge superstite sia tutelata in molti Stati, è esiziale verificare se questa tutela possa estendersi oltre il patrimonio soggetto al *probate* fino a raggiungere i *will substitutes*, perché in molti

³³ T.A. GALLIANIS, *ERISA and the Law of Succession*, in *Ohio State Law Journ.*, (2004) 65, 185.

³⁴ T.A. GALLIANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, cit., pp. 20-21.

³⁵ Diffusamente, su questi aspetti, G. TERRANOVA, *La contrattualizzazione della successione nella disciplina statunitense e i confini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano*, in *DSF*, 2021, 3, pp. 1219 ss. e 1233 dove propone, per il sistema italiano, di risolvere, attraverso l'introduzione di sistemi di pubblicità dei *will substitutes*, il problema della carente tutela dei creditori e dei legittimari eventualmente lesi da questi ultimi dispositivi.

³⁶ T.A. GALLIANIS, *Will Substitutes: A U.S. Perspective*, cit., p. 21.

casi il patrimonio consistente viene convogliato in questi ultimi, più che nel *will*. Al giorno d'oggi molti Stati hanno integrato la disciplina della *elective share* per applicarla ad una serie di *will substitutes*. Già nel caso pionieristico *Newman v. Dore*, la Corte d'appello di New York (1937) aveva deciso che il coniuge superstite poteva contestare i trasferimenti patrimoniali ad un *trust*, previa dimostrazione che quest'ultimo costituiva un mezzo finalizzato esclusivamente ad eludere (*illusory transfer test*) la *elective share* del coniuge, quando ancora le pratiche di divorzio non fossero state completate³⁷.

4. Se volessimo, in ottica di sistema, verificare la compatibilità e il ruolo dei *will substitutes* nel nostro contesto di *civil law*, potremmo delinearne i tratti come: strumenti volontari e liberamente revocabili che consentono trasferimenti gratuiti *post mortem* senza assumere la forma di un testamento. Applicando questi parametri al diritto italiano, alcune fattispecie si avvicinano pienamente alla nozione di *will substitutes*, in particolare quelle caratterizzate da revocabilità e operatività *post mortem*, come le polizze vita con beneficiario designato, i piani pensionistici e i depositi bancari a favore di terzi. In Common law, l'assicurazione sulla vita è tradizionalmente ritenuta uno strumento di pianificazione patrimoniale per garantire il trasferimento di denaro a beneficiari designati in modo diretto, semplice e fuori dall'asse ereditario. Si tratta di uno strumento sostitutivo del testamento (*will substitute*) in quanto con esso l'assicurato predispone in vita un trasferimento per l'evento morte in favore di un beneficiario da lui designato, senza dover ricorrere al testamento. Il capitale verrà versato direttamente dall'assicuratore al terzo beneficiario, in forza del contratto di assicurazione vita. Ciò si spiega essenzialmente con l'esigenza di far transitare a terzi una parte delle sostanze del *de cuius*, libere dai vincoli del *probate* (*nonprobate transfers*) e dalle pretese dei creditori sul patrimonio ereditario³⁸. In questi casi, il beneficiario non acquisisce un diritto effettivo

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cfr., per una trasposizione del problema, e delle sue soluzioni, nel contesto italiano, Cass. Sez. Un. del 30 aprile 2021, n. 11421 in *Foro it.*, 2022, I, c. 425, che afferma «la natura *inter vivos* del credito attribuito per contratto agli "eredi" designati quali beneficiari dei vantaggi dell'assicurazione esclude l'operatività riguardo ad esso delle regole sulla comunione ereditaria, valevoli per i crediti del *de cuius*, come anche l'automatica ripartizione dell'indennizzo tra i coeredi in ragione delle rispettive quote di spettanza dei beni caduti in successione. La qualifica di "eredi" rivestita al momento della morte dello stipulante sopperisce, invero, con valenza meramente soggettiva, alla generica determinazione del beneficiario, in base al disposto dell'articolo 1920 c.c., comma 2, che funziona soltanto al fine di indicare all'assicuratore chi siano i creditori della prestazione, ma non implica presuntivamente, in caso di pluralità di designati, l'applicazione tra i concreditori delle regole di ripartizione dei crediti ereditari. Al contrario, il silenzio serbato dal contraente sulla suddivisione del capitale assicurato tra gli eredi potrebbe spiegarsi come indizio

durante la vita del disponente, ma una mera aspettativa, essendo la designazione sempre revocabile fino alla morte. Solo con il decesso del contraente il beneficiario diventa titolare del diritto di ottenere la prestazione direttamente dall'assicuratore o dall'istituto bancario, senza che il valore trasferito rientri nell'asse ereditario.

Per inciso, vale segnalare la profonda differenza con gli Stati Uniti che approntano, per tali fattispecie, *antilapse statutes*: in assenza di specifiche indicazioni, il beneficiario è considerato alla stregua di un erede vero e proprio, in linea con la tendenza ad una piena armonizzazione giuridica delle successioni e dei *will substitutes*³⁹.

Giova sottolineare come siano esclusi dall'analogia con i *will substitutes* altri strumenti, che non ne presentano le già menzionate caratteristiche strutturali. Si pensi ai trasferimenti legalmente previsti e non volontari, tra cui il diritto di subentro in un contratto di locazione, i benefici previdenziali e assistenziali spettanti ai superstiti e i diritti successori che operano automaticamente, come il diritto di abitazione nella casa familiare ex art. 540 c.c. o le ipotesi di accrescimento di cui agli artt. 674, 678 c.c. Non rientrano nella categoria nemmeno i negozi *inter vivos*, come le donazioni effettuate in anticipazione della successione, che pur potendo concorrere a integrare la quota di legittima restano, tecnicamente e in tutto e per tutto, atti di disposizione in vita. Altri strumenti, non revocabili e operanti *inter vivos*, esulano dalla nozione di *will substitute*,

della sua volontà di utilizzare l'assicurazione sulla vita per il caso morte con finalità indennitaria, o come alternativa al testamento comunque sottratta al divieto ex articolo 458 c.c., in maniera da beneficiare tutti indistintamente senza soggiacere alle proporzioni della successione ereditaria". E, ancora: "A differenza di quanto gli studiosi sostenevano nella vigenza del Codice Civile del 1865, ed in parallelo con l'evoluzione delle più generali riflessioni sullo schema del negozio *mortis causa*, nel quale l'elemento morte incide non già sul piano effettuale, quanto su quello causale dell'attribuzione, può dirsi ormai del tutto preponderante l'esegesi che ravvisa nell'atto di designazione del beneficiario dei vantaggi di un'assicurazione sulla vita, quale che sia la forma prescelta fra quelle consentite dell'articolo 1920 c.c., comma 2, un negozio *inter vivos* con effetti post mortem: la morte dell'assicurato segna, cioè, il riferimento cronologico di differimento dell'esecuzione della prestazione assicurativa e di consolidamento del diritto già acquistato dal beneficiario in forza della designazione, restando la somma assicurata comunque estranea al patrimonio del de cuius che cade in successione (come può desumersi altresì dell'articolo 1920 c.c., comma 2, ultimo periodo)». Inoltre, la «premorienza di uno degli eredi del contraente, già designato tra i beneficiari dei vantaggi dell'assicurazione, comporta, quindi, non un effetto di accrescimento in favore dei restanti beneficiari, ma, stando l'assenza di una precisa disposizione sul punto e in forza dell'assimilabilità dell'assicurazione a favore di terzo per il caso di morte alla categoria del contratto a favore di terzi, un subentro per "rappresentazione" in forza dell'art. 1412, comma 2, c.c. (senza che la comune denominazione delle fattispecie obliteri le evidenti differenze di ambito soggettivo ed oggettivo correnti tra detta norma e l'istituto previsto dall'art. 467 c.c.). Beninteso, il contraente potrebbe avere altrimenti espresso in sede di designazione una diversa volontà per il caso di premorienza di uno dei beneficiari, come potrebbe, a seguito della stessa, revocare il beneficio con le forme e nei limiti di cui all'art. 1921 c.c.».

³⁹ Cfr. UPC § 2-706 e v. GALLANIS, op. cit., p. 26, anche in nota

come la donazione della proprietà con riserva di usufrutto, i patti successori, le clausole c.d. “tontinarie” con effetti analoghi alla *joint tenancy* del *common law*⁴⁰, ovvero patti di accrescimento, diffusi anche in ambito societario per limitare o condizionare il trasferimento agli eredi ed istituire diritti di prelazione a favore dei soci superstiti⁴¹. Quanto al patto di famiglia, giova qualche considerazione sulla sua valenza sistematica, assumendo che la figura disciplinata dall’art. 768-bis c.c. sia un contratto *inter vivos* irrevocabile, salvo accordo tra tutte le parti coinvolte. Stipulato tra il disponente e i beneficiari quando il disponente è ancora in vita, non si tratta di un atto *mortis causa* consustanziale al testamento, né realizza un acquisto *post mortem*. Nonostante ciò, sembra rilevare funzionalmente sul piano successorio, dal momento che serve a stabilizzare il passaggio generazionale dell’impresa e a prevenire contestazioni future. Tanto è vero che incide sulle quote di legittima: i soggetti non assegnatari dell’azienda ricevono un compenso per bilanciare il trasferimento. Anche qui un’incursione nel *common law* può aiutare a chiarire qualche aspetto in chiave sistematica.

Se paragoniamo il patto di famiglia ai *will substitutes* del *common law* che più spesso sono utilizzati con le medesime finalità, la mente va ai *revocable living trusts*. Ci avvediamo, tuttavia, di una differenza fondamentale che mostra le più ampie ed efficienti potenzialità della soluzione di *common law*⁴². Il *revocable trust* è modificabile unilateralmente fino alla morte del disponente. Il patto di famiglia, una volta stipulato, diventa vincolante e irrevocabile, salvo accordo tra le parti. Il *revocable living trust*, con queste caratteristiche, parrebbe non trasponibile nel nostro ordinamento, a meno che non sia reso irrevocabile, in modo da realizzare una separazione patrimoniale effettiva in vita, e, comunque, strutturato in modo da rispettare i diritti dei legittimari.

⁴⁰ Cfr., per uno sguardo pratico all’esperienza internazionale-privatistica, A. MARCOZ e N. READY, *I rapporti patrimoniali tra coniugi e nelle unioni registrate nel diritto internazionale privato: i nuovi regolamenti UE 1103/2016 e 1104/2016 e il sistema di Common Law*, in *Federnotizie*, 8 febbraio 2019, «il modello più diffuso di “joint tenancy”, cioè di comproprietà con diritto di accrescimento nel caso di decesso di uno dei coniugi a favore del superstite. In questo modo la parte del coniuge deceduto rimane esclusa dalla massa ereditaria. A tal fine le coppie britanniche che hanno comprato una casa secondaria in Francia hanno sovente utilizzato la cosiddetta clausola tontinaria (“la tontine”) che produce gli stessi risultati.».

⁴¹ Cfr., con maggior restrizione dell’autonomia privata nelle società per azioni, artt. 2469, 2355-bis, 2471 c.c. In giurisprudenza, v. Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Società*, 2010, 7, pag. 797. In dottrina, *ex multis*, M. TAMPIERI, *Contratto a favore di terzi e patti successori: alcuni orientamenti a confronto*, in *Vita not.*, 2011, p. 1796 ss.

⁴² Una prospettiva di analisi della disciplina successoria statunitense, attenta al profilo economico, è offerta da D.B. KELLY, *Toward Economic Analysis of the Uniform Probate Code*, 45 *U. Mich. J. L. Reform* 855 (2012).

Un ulteriore profilo di interferenza tra successione e contratto emerge dal destino della proposta contrattuale in caso di morte del proponente. Nel diritto statunitense, la regola generale prevede che l'offerta si estingua automaticamente con la morte dell'offerente, salvo il caso in cui l'offerta sia irrevocabile. Tuttavia, a partire da alcuni importanti precedenti, diverse giurisdizioni hanno adottato un approccio più flessibile, riconoscendo la validità della proposta fino a quando l'accettante non sia venuto a conoscenza del decesso⁴³. In Italia, il regime giuridico degli effetti della proposta *post mortem* è apparso tradizionalmente restrittivo in tal senso (art. 1330 c.c.). Tuttavia, la dottrina più recente ha ipotizzato ulteriori forme di integrazione tra proposta contrattuale e testamento. Valorizzando, in ottica sistematica, il negozio costitutivo della fondazione⁴⁴, si è teorizzata la possibilità di ricondurre al testamento la produzione di effetti negoziali *post mortem*, propri della proposta contrattuale. Analoghe finalità risultano perseguite nel *common law* attraverso l'utilizzo di strumenti *ad hoc*, come il trust testamentario (il quale è però soggetto al *probate*), confermando come l'interferenza tra strumenti successori e vicenda contrattuale possa, anche su questo versante, apparire degna di interesse e di rinnovato approfondimento.

5. In conclusione, proprio perché in *common law* si è tradizionalmente seguito un modello pubblicistico-processuale di successione, con un ruolo centrale delle Corti, il sistema ha elaborato- sia consentita la metafora- “un anticorpo privatistico più efficiente”, che ben presto ha trovato anche un riconoscimento nel diritto positivo; ciò che Langbein ha chiamato, emblematicamente, la *nonprobate revolution*⁴⁵.

Invece da noi il percorso è stato diverso. Il meccanismo successorio testamentario è apparso tradizionalmente, ed appare ancor oggi, tendenzialmente meno permeabile ad alternative negoziali. Ciò non solo per l'assenza storica di istituti come il *trust*, assenza che di per sé spiega troppo o troppo poco, ma in quanto è presidiato da una disciplina, risalente al *Code Napoléon*, fondamentalmente inderogabile e limitativa dell'autonomia privata (successione necessaria, divieto di patti successori, limitazione della sostituzione fedecommissaria etc.).

⁴³Precedente ineludibile è costituito dal caso *Davis v. Davis*, 9 So. 736, 737 (Ala. 1891), su cui approfonditamente, V.D. RICKS, *The Death of Offers*, 79, *Indiana Law Journ.* (2004), p. 679 ss.

⁴⁴ Cfr. R. CALVO, *Testamento e contratto*, cit., p. 39 ss.

⁴⁵ Cfr. *supra* nota 13.

Si aggiunga che l'accertamento della volontà testamentaria, e dei sottesi rapporti e situazioni soggettive, proprio perché affidato, almeno in prima battuta, all'ambito privatistico-notarile, può svolgersi in modo più agevole e senza eccessivi costi, rispetto al *probate*. Questo spiegherebbe perché il diritto italiano non abbia dovuto confrontarsi con la cosiddetta *nonprobate revolution* e come mai una dottrina generale sui *will-substitute* sia ancora poco sviluppata.

Ecco quindi che un'intuizione come quella di far germinare contratti dal testamento, senza dubbio pregnante nel nostro diritto civile, potrebbe apparire meno comprensibile nella dimensione di *Common law*⁴⁶. La corrispondente esigenza, come abbiamo visto, viene soddisfatta prevalentemente con un *will-substitute*, cioè “scansando” il testamento, grazie ad un *trust* in vita, o *living trust*, con effetti *post mortem*. Quest'ultimo è stato anche definito “il principale strumento di trasmissione intergenerazionale della ricchezza alternativo al testamento”⁴⁷. Come autorevolmente osservato, “No European legal system has a planning tool for multigenerational wealth transfer that can rival a well designed Anglo-American estate plan, which combines the managerial strengths of the trust with the flexibility that our property law permits through future interests and powers of appointment.” (“nessun europeo dispone di uno strumento di pianificazione della trasmissione multi generazione della ricchezza che possa competere con il sistema angloamericano di pianificazione ereditaria adeguatamente organizzato, che combina la forza organizzativa del trust con la flessibilità del diritto di proprietà e si realizza attraverso la disposizione degli interessi futuri e il potere di designazione”)⁴⁸.

Uno sguardo comparatistico alle figure descritte aiuta a riflettere sulla notevole diversità di prospettive. Per esempio, schemi che pianificano contrattualmente trasmissioni intergenerazionali di ricchezza rappresentano soluzioni ordinarie oltreoceano, mentre da noi rischiano di forzare un impianto codicistico ancora, in parte, ostile a queste soluzioni. Tuttavia, vi sono fattori socioeconomici, al pari degli Stati Uniti, che spingono il nostro sistema verso un crescente ricorso a meccanismi simili al concetto di *will substitutes*. In particolare, penso ai prodotti bancassicurativi con terzo beneficiario

⁴⁶ Esplicative, in tal senso, le riflessioni di J.H. LANGBEIN, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L. J.* 105 (1995), 625, p. 668: «when we ask how the Europeans function without the trust, we find that they achieve mostly by means of contract what the Anglo-American systems do through trust».

⁴⁷ Così, A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 205.

⁴⁸ Cfr. J. H. LANGBEIN, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, cit., p. 671 (trad. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 205). L'osservazione che il *trust* possa atteggiarsi a surrogato funzionale delle disposizioni testamentarie si trova anche in A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, pp. 449 ss., 459.

designato, visto anche il loro importante ruolo complementare rispetto al sistema previdenziale pubblico.

Roma, marzo 2025

Abstract

In Italia è in corso negli ultimi decenni una rivisitazione critica dei principi in materia di successioni *mortis causa*, con particolare riferimento ai limiti imposti all'autonomia privata. Di recente, si è fatta strada l'ipotesi di riconoscere un ruolo attivo all'istituto del contratto, in combinazione con il testamento, ipotesi che può trarre spunti anche dall'esperienza di *common law*, in special modo statunitense. Alcune utili indicazioni, in ottica sistematica, possono derivare dall'analisi di strumenti alternativi al testamento e contratti capaci di modellarne i contenuti. Nonostante, alla luce di questa comparazione, permangano profonde differenze, emerge una significativa convergenza di soluzioni in certi ambiti.

In Italy, in recent decades, a critical review of the principles on succession *mortis causa* has been underway, with particular reference to the limits imposed on private autonomy. Recently, the hypothesis of recognizing an active role to the institution of the contract, in combination with the will, has been theorized. Such hypothesis can also draw useful insights from the experience of common law, especially in the United States. Some indications, in a systematic key, can derive from the analysis of alternative instruments to the will and contracts aimed at shaping their contents. Although profound differences remain in the light of a comparative law perspective, a significant convergence of solutions emerges in some respects.

Keywords

Testamento, contratto, will substitutes, contracts to make a will, contracts not to revoke a will, Trust.

Will, contract, will substitutes, trust, contracts to make a will, contracts not to revoke a will.