

Forme testamentarie e libertà di testare: emergenza pandemica e transizione digitale

di Laura Vagni

Abstract: *Wills formalities and testamentary freedom: pandemic emergence and digital transition* - During the state of emergency due to the Covid-19 pandemic, the formal requirements for the validity of wills were under scrutiny in many legal systems, because of the difficulty to comply with these rules for people in isolation or quarantine. In this context, the use of digital technologies to make a will was questioned and some jurisdictions emended legislations about the will formalities. The Author analyses this phenomenon, from a comparative perspective, in order to evaluate how and to what extent the pandemic contributed to a digital transition of will formalities.

Keywords: Testamentary formalities, oral wills, digital wills, dispensing power, testamentary freedom

751

1. Emergenza pandemica e testamenti speciali

Le diffusione del contagio da coronavirus, lo stato di malattia, la condizione di paura per l'aggravarsi della propria salute che hanno colpito gran parte della popolazione mondiale hanno avuto come riflesso un aumento del desiderio di testare dei cittadini. Studi condotti in alcuni ordinamenti hanno rilevato che durante il 2020 la percentuale dei cittadini che ha fatto testamento è aumentata esponenzialmente rispetto agli anni precedenti¹. La pandemia, al contempo, ha avuto anche effetti negativi sull'accesso dei cittadini alle forme ordinarie di testamento: il rispetto dei requisiti formali, richiesti dalla maggior parte dei diritti nazionali, è stato difficile o impossibile in alcune circostanze, come la malattia o la quarantena. In

¹ Si tratta per lo più di studi di società private inglesi ed americane, cfr. ad esempio quanto riportato con riferimento al Regno Unito da *thegazette.co.uk*, www.thegazette.co.uk/wills-and-probate/content/103539, ultimo accesso 30-09-2022. Il trend nel 2020 è stato registrato anche in Italia dai vari consigli degli ordini notarili e riportato dalla stampa a livello nazionale; v. ad esempio www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/03/25/news/aumentano-le-richieste-di-testamento-i-notai-ci-chiamano-molti-parenti-di-malati-1.38635215. Così come è stato rilevato in Italia un aumento dei lasciti solidali, cfr. anche la ricerca per il 2020 effettuata da Welden lab per il Comitato testamento solidale, reperibile al sito web testamentosolidale.org/eventi/giornata-internazionale-del-lascito-solidale-2020, ultimo accesso 30-09-2022.

questo contesto, è emerso il problema di individuare delle basi giuridiche per consentire forme alternative di espressione della volontà testamentaria.

Parte della dottrina ha suggerito il ricorso a testamenti speciali, previsti in occasione di eventi eccezionali e straordinari². Si tratta di istituti che trovano precedenti già nel diritto romano classico: nella costituzione di Diocleziano del 290 si stabiliva che nel *testamentum tempore pestis confectum* i testimoni potevano essere dispensati dall'assistere simultaneamente al testamento (C.6.23.8). La norma derogava al principio dell'*unitas actum*, ovvero dell'assenza d'interruzione nel compimento dell'atto nelle sue varie fasi, ammessa per garantire il distanziamento in una situazione di pericolo di contagio³.

Il testamento speciale, redatto in luogo dove domina una malattia contagiosa, trova disciplina nella maggior parte dei codici civili dei Paesi di *civil law* ed è caratterizzato, da un lato, da un allentamento delle formalità previste per la validità delle forme ordinarie di testamento; dall'altro lato, da un'efficacia limitata nel tempo.

Il nostro codice civile, come è noto, disciplina la fattispecie all'art. 609 c.c., stabilendo che il testamento che non può essere redatto nelle forme ordinarie a causa della presenza nel luogo di una malattia contagiosa «[...] è valido se ricevuto da un notaio, dal giudice di pace del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa»⁴. Il testamento perde efficacia dopo tre mesi dalla cessazione della causa che ha impedito al testatore di avvalersi delle forme ordinarie (art. 610 c.c.). Trascorso il periodo di emergenza, il testatore deve confermare la volontà testamentaria nelle forme previste dalla legge.

² Nel nostro ordinamento, con riguardo alla difficoltà di conciliare la normativa d'emergenza emanata per il contenimento del virus e i doveri del notaio sulla base della legge notarile cfr. da ultimo A. Semprini, *Sulla ricevibilità dell'atto richiesto dal soggetto positivo al covid-19 o in isolamento fiduciario*, in *Notariato*, 2021, 2, 179 ss.; l'ipotesi di un ricorso ai testamenti speciali durante la pandemia è stata oggetto di particolare dibattito in Spagna, v. F. Ramón Fernández, *El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español*, in *Revista de derecho privado*, 2021, 40, 395 ss.; E. Serrano Chamorro, *Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos*, in *Revista de derecho civil*, 2020, 4, 287 ss.

³ Cfr. P. Vocì, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1963, II, 101 ss.; Cfr. M. Vinci, *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 2020, 283 ss.

⁴ Secondo la dottrina prevalente la norma ha natura eccezionale e disciplina un tipo particolare di testamento pubblico, con la conseguenza che a quest'ultima disciplina occorre far riferimento nel caso di lacune. Cfr. V.G. Branca, *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, in F. Galgano (cur.), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Libro II - delle successioni*, Roma, 1988, 17 ss.; A.A.V.V., *La successione testamentaria*, in G. Bonilini (cur.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, II, 1410 ss.; L. Bigliuzzi Geri, *Successioni - II*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, 1, 6, 185, che osserva come le disposizioni sui testamenti speciali del codice civile siano «[...] assai più di quante siano state le decisioni giurisprudenziali in materia»; S.M. Chiari, M. Di Marzio, P. Cendon, *Le successioni testamentarie*, in P. Cendon (cur.), *Trattati*, Milano, 2013, III, 310 ss.

Disposizioni simili all'art. 609 c.c. si rinvencono nei codici civili spagnolo e francese. L'art. 701 *código civil* stabilisce che, in caso di epidemia, si può ugualmente disporre per testamento senza intervento del notaio, alla presenza di tre testimoni maggiori di dieci anni⁵. L'articolo 700 disciplina invece il testamento redatto in pericolo di morte e stabilisce che in tal caso il soggetto «[...] può disporre per testamento davanti a cinque testimoni idonei, senza ricorrere al notaio»⁶. Dal canto suo, l'art. 985 del *code civil* francese stabilisce che, in un luogo nel quale ogni comunicazione è impossibile a causa di una malattia contagiosa, si può fare testamento davanti al giudice competente o davanti a un ufficiale del comune, alla presenza di due testimoni⁷.

In circostanze similari, gli ordinamenti dell'area germanica consentono di esprimere le ultime volontà oralmente, alla presenza di testimoni. La disciplina più risalente è prevista dal codice civile austriaco (ABGB), che fin dalla sua entrata in vigore riconosceva validità al testamento nuncupativo⁸. Il codice disciplinava specificamente il testamento in luogo “dove domina la peste o simili morbi contagiosi”⁹, stabilendo in queste ipotesi un ulteriore allentamento dei requisiti previsti per la validità del testamento orale. La norma è stata abrogata nel 2004¹⁰.

⁵ Art. 701 *código civil*: «En caso de pandemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años».

⁶ Art. 700 *código civil*: «Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse et testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario». [traduzione mia].

⁷ Art. 985 *code civil*: «Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication est impossible à cause d'une maladie contagieuse peuvent être faits par toute personne atteinte de cette maladie ou située dans des lieux qui en sont infectés, devant le juge du tribunal judiciaire ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins». L'articolo è stato da ultimo riformato dall'*Ordonnance* n. 2019-964 del 18 settembre 2019, entrata in vigore il 1-01-2020.

⁸ § 584 *Codice civile generale austriaco*: «Il testatore che non possa o non voglia osservare le solennità richieste per il testamento scritto, può fare testamento nuncupativo», trad. it a cura della Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Cesarea Regia Stamperia, 1815, 2a ed., parte I. I paragrafi 585 e 586 prevedevano che il testamento orale fosse redatto alla presenza di tre testimoni, che dovevano confermare la disposizione testamentaria con una disposizione concorde giurata.

⁹ § 597 *Codice civile generale austriaco*, cit.: «Nelle disposizioni di ultima volontà che si fanno nei viaggi di mare o in luogo dove domina la peste o simili morbi contagiosi, anche i membri di ordini religiosi, gli adolescenti e le donne che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età sono validi testimoni»; §598: «In queste disposizioni di ultima volontà si richiedono soltanto due testimoni, uno dei quali può scrivere il testamento. In caso di pericolo di contagione non è nemmeno necessario che ambedue siano presenti allo stesso tempo»; § 599: «Scorsi sei mesi dopo terminato il viaggio di mare o cessato il contagio, le disposizioni privilegiate di ultima volontà cessano di essere valide».

¹⁰ K.C.G Reid, M.J. de Wall, R. Zimmermann, *Comparative succession law: testamentary formalities*, Oxford, 2011, I, 226. Successivamente in Austria è intervenuta la legge n. 87 del 2015, tra le cui finalità vi è una più ampia tutela della libertà di testare. La legge non ha apportato modifiche sostanziali al testamento speciale, ma ha modificato il testamento alografo, scritto in tutto o in parte da un testimone e sottoscritto dal testatore alla presenza di tre testimoni (§ 579 ABGB). La legge ha anche ridotto i soggetti che possono testimoniare, escludendo ad esempio i coabitanti del testatore, beneficiari delle disposizioni testamentarie (§ 588 ABGB). Cfr. G. Christandl, K.

L'attuale disciplina prevede generalmente che il testatore, che si senta in pericolo di vita o abbia un fondato timore di perdere la capacità di testare, possa redigere testamento per mano di terzi o oralmente, alla presenza di due testimoni. Il testamento perde efficacia se non confermato trascorsi tre mesi dalla cessazione del pericolo (§ 584).

Il testamento orale alla presenza di due testimoni o il testamento in forma audiovisiva è ammesso dal codice civile svizzero quando il testatore, a causa di un'epidemia, non possa ricorrere alle forme ordinarie di testamento (§ 506 ZGB). Il § 2250 BGB, ispirato alla regola svizzera¹¹, disciplina più generalmente il testamento redatto in circostanze straordinarie, tali da impedire o rendere difficoltoso al testatore di recarsi dinanzi a un notaio, riconoscendo la validità del testamento orale ricevuto da tre testimoni¹².

Le disposizioni sui testamenti speciali sopra richiamate sono state formulate dai legislatori nazionali in contesti molto diversi da quello contemporaneo. Il ricorso ad esse, per ovviare alla difficoltà di relazione e alle limitazioni della libertà di movimento durante l'emergenza pandemica, sembra piuttosto artificioso. Occorre considerare che alcuni requisiti formali per la validità dei testamenti speciali, quali quello della presenza dei testimoni, appaiono difficili da rispettare da parte di chi si trovi in condizioni di isolamento, mentre permane sempre la possibilità per il testatore di redigere un testamento olografo. Volgendo lo sguardo oltre Manica, ci si avvede che la presenza dei testimoni, che è prevista dalla legge ai fini della validità del testamento, è stata in effetti uno dei principali impedimenti alla libertà di testare dei cittadini durante la pandemia, tanto che richiedere una modifica della legge per consentire al testatore di servirsi dei mezzi di comunicazione digitale per rispettare il requisito. È emerso così un dibattito sull'uso delle tecnologie digitali in sostituzione di uno o più requisiti formali del testamento.

2. Legislazioni d'emergenza e nuove forme di testamento nei paesi di *common law*

In ambito europeo, il principale esempio di modifica legislativa dei requisiti formali previsti per la validità del testamento durante l'emergenza pandemica è rappresentato dall'ordinamento giuridico inglese, dove la successione testamentaria è regolata ancor oggi da una legge delle prime decadi dell'ottocento. Il *Wills Act* 1837 distingue tra una forma ordinaria unica di testamento e testamenti speciali, ma non disciplina l'ipotesi del

Nemeth, *Austrian succession law rewritten: a comparative analysis*, in 1 *European review of private law*, 151 (2020).

¹¹ K.C.G Reid, M.J. de Wall, R. Zimmermann, *Comparative succession law: testamentary formalities*, cit., 217-218.

¹² Nel progetto preliminare del codice civile del 1942 era stata inserita una norma simile (art. 166), che consentiva il testamento orale alla presenza di due testimoni nel caso in cui il testatore si trovava in un luogo dove dominava una malattia contagiosa. La norma è stata esclusa dal progetto definitivo. Nella relazione del Guardasigilli si poneva in risalto il rischio di fraintendimento di disposizioni di ultima volontà effettuate oralmente, cfr. C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2a ed., Milano, 1953, I, 111.

testamento redatto in luogo dove domina una malattia contagiosa¹³. Il testamento ordinario, a pena d'invalidità, deve essere redatto per iscritto, sottoscritto dal testatore alla presenza di due o più testimoni, che attestino la provenienza della sottoscrizione da parte del testatore e sottoscrivano la scheda testamentaria¹⁴.

Nel 2020, il Parlamento ha modificato l'art. 9 del *Wills Act* 1837, consentendo il testamento 'a distanza', con testimoni collegati con il testatore tramite videoconferenza o altri mezzi di trasmissione virtuale¹⁵. L'intervento legislativo è stato annunciato dal Governo come una risposta all'esigenza di testare di molta parte della popolazione e, allo stesso tempo, una soluzione alla difficoltà dei testatori in isolamento o in quarantena di rispettare le forme stabilite dalla legge¹⁶.

La riforma ha efficacia temporanea e retroattiva, essendo applicabile ai testamenti redatti dal 31 gennaio 2020 al 31 gennaio 2022. Quest'ultimo termine è stato successivamente modificato e prorogato fino al 31 gennaio 2024¹⁷.

Durante l'emergenza pandemica anche altri ordinamenti di *common law* hanno riformato per via legislativa la disciplina del testamento. Così, gli Stati australiani del Nuovo Galles del Sud¹⁸ e del Queensland hanno introdotto specifiche norme per consentire ai testimoni di assistere alla sottoscrizione del testamento in video collegamento. In Nuova Zelanda sono stati modificati i requisiti formali stabiliti dal *Wills Act* 2007, prevedendo la possibilità di testare con testimoni a distanza o anche per

¹³ Sec. 11, *Wills Act* 1837, che richiama il *Wills (Soldiers and Sailors) Act* 1918, volto a disciplinare il testamento redatto da soldato o marinaio in servizio effettivo o da marinaio imbarcato che si trovi in situazioni eccezionali e di pericolo di vita. I testamenti speciali prevedono una semplificazione dei requisiti formali stabiliti a pena d'invalidità. Sul tema v. diffusamente A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, 205 ss.

¹⁴ A. Miranda, *op. ult. cit.*, 189 ss.

¹⁵ *The Wills Act 1837 (electronic communications) (emendment) (Coronavirus) order* 2020, n. 952, sec. 2. Nella vicina Scozia il *Requirement of Writing (Scotland) Act* 2005 consente già ai testimoni di assistere alla redazione del testamento in collegamento video.

¹⁶ Ministry of Justice, UK Government, *Guidance of making wills using video-conferencing*, luglio 2020, consultabile al sito www.gov.uk/guidance/guidance-on-making-wills-using-video-conferencing, ultimo accesso 30-09-2022: «An increasing number of people have sought to make wills during the Covid 19 pandemic, but for people shielding or self-isolating it is extremely challenging to follow the normal legalities of making a will - namely it being witnessed by two people. In response to this The law (the Wills Act 1837) will be amended to state that whilst this legislation is in force, the 'presence' of those making and witnessing wills includes a virtual presence, via video-link, as an alternative to physical presence».

¹⁷ *The Wills Act 1837 (Electronic Communications) (Amendment) Order* 2022, n. 18, sec. 2.

¹⁸ Per il Nuovo Galles del Sud v. *Electronic Transactions Amendment (COVID-19 Witnessing of Documents) Regulation* 2020 (NSW), per il Queensland v. *Justice Legislation (COVID-19 Emergency Response - Documents and Oaths) Regulation* 2020 (Qld), part. 12b; v. il regolamento con cui in Nuova Zelanda è stato modificato il *Wills Act* 2007, introducendo la possibilità del testatore di fornire istruzioni ad un'altra persona in collegamento audiovisivo che sottoscrive la scheda testamentaria a suo posto o di redigere il testamento alla presenza di testimoni in video collegamento, *Epidemic Preparedness (Wills Act 2007 - Signing and Witnessing of Wills) Immediate Modification Order* 2020, sec. 4.

mano altrui, fornendo istruzioni ad una persona di fiducia in collegamento audiovisivo, che scrive e sottoscrive la scheda testamentaria. Una simile legislazione d'emergenza è stata emanata in alcuni Stati americani¹⁹.

Le norme menzionate intervengono essenzialmente sul requisito c.d. della “*line of sight*” richiesto per la validità del testamento, ossia la necessità che vi sia una linea di visuale non interrotta tra il testimone e il testatore²⁰.

Nella tradizione di *common law* e, in particolare, nel diritto inglese, il significato di “*line of sight*” è stato oggetto d'interpretazione giurisprudenziale e da tempo risalente è emerso che il suo rispetto non è incompatibile con il distanziamento sociale. Senza poter indagare compiutamente il tema, ci si limita a richiamare il precedente *Casson v. Dade* deciso dalla *Court of Chancery* nel 1781²¹. Nel caso di specie, una signora asmatica aveva redatto testamento restando seduta in carrozza, fuori dallo studio dell'avvocato, mentre il testimone guardava a distanza l'attività di scrittura, dalla finestra dello studio. La Corte, chiamata a giudicare la validità del testamento, rispose positivamente, essendo presente una “*line of sight*” tra il testatore e il testimone. Si riconosceva così il principio della ‘linea di vista visiva’ (*visual sightline*), ancor oggi applicato nel diritto inglese e in altri ordinamenti di *common law*: la regola consente la scrittura della scheda testamentaria a persone in isolamento, purché l'attività sia visibile dai testimoni²². La riforma legislativa del 2020, pertanto, si è limitata ad adeguare il requisito della “*line of sight*” allo sviluppo tecnologico, includendo nel significato di “linea di vista visiva” anche quelle ipotesi in cui la visuale è garantita da mezzi di tecnologia digitale. Il requisito non è rispettato se, ad esempio, il testatore pre-registra il video della scrittura della scheda o dà le spalle alla telecamera mentre scrive il testamento, interrompendo la visuale ‘virtuale’ dei testimoni.

La modifica del *Wills Act* 1837 durante la pandemia e gli interventi simili avvenuti in altri ordinamenti di *common law* sembrerebbero rispondere ad un problema avvertito solo in questi Paesi, dove è prevista la redazione del testamento alla presenza di testimoni²³. Ciò non di meno, queste legislazioni d'emergenza hanno posto in risalto la necessità di un

¹⁹ V. ad esempio *New York Executive Order* 202.14 (7 April 2020), che consente ai testimoni di partecipare in video collegamento alla redazione del testamento. Cfr. K. Purser, T. Cockburn, B. Crawford, *Wills formalities beyond COVID-19: an Australian-United States perspective*, in 5 *University of New South Wales Law Journal Forum* 1 (2020).

²⁰ Cfr. R. Kerridge, A.H.R. Brierley, *Parry and Kerridge: the law of succession*, London, 2016, 13a ed., 49 ss.; B. Sloan, *Borkowski's law of succession*, 3a ed., Oxford, 2017, 127 ss.

²¹ *Casson v. Dade*, 28 E.R. 1010; [1781] 6 WLUK 25 (*Ct. of Chancery*), sul quale v. di recente il commento di B. Rich, *Succession: Honora Jenkins and her legacy: coronavirus and the validity of wills in England and Wales*, in 4 *Private Client Business* 182 (2020).

²² Ministry of Justice, *UK Government, Guidance of making will using video-conferencing*, cit., *Distanced witnessing - 'clear line of sight'*, dove si porta l'esempio del testimone che assiste alla scrittura del testamento dalla finestra, stando in altra stanza rispetto al testatore, attraverso la porta aperta o in giardino a distanza debita.

²³ In Spagna l'associazione dei professori di diritto civile ha proposto una modifica delle norme del codice così da consentire soluzioni simili per la redazione del testamento in luogo dove domina una pandemia, cfr. F. Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 417 ss.

ripensamento della forma ordinaria di testamento, aprendo un dibattito d'interesse comparatistico sull'adeguamento delle forme di testamento alla società contemporanea, largamente digitalizzata. Il tema, in verità, era emerso prima della pandemia, tanto che la *English Law Commission* nel 2017 aveva emanato un *Consultation Paper* dal titolo *Making a will*, auspicando un ammodernamento della forma ordinaria di testamento, con lo scopo di offrire una maggiore tutela alla libertà testamentaria²⁴. Un capitolo del *Consultation paper* è dedicato agli “*electronic wills*” e analizza l'ipotesi di una disciplina legislativa del testamento digitale²⁵. In questa prospettiva, sono indagati i rischi e i benefici di una sostituzione dei requisiti della presenza dei testimoni, della sottoscrizione e della scrittura, rispettivamente con testimoni ‘a distanza’, forme di firme elettroniche della scheda e finanche testamenti espressi tramite registrazioni audio o audio-video.

Questa strada è stata intrapresa anche in alcuni ordinamenti degli Stati Uniti d'America, che hanno introdotto per legge forme digitali di testamento alternative alla forma ordinaria, richiedendo il rispetto di requisiti specifici a pena d'invalidità²⁶.

Nel 2019 la *Uniform Law Commission* degli Stati Uniti d'America ha emanato una legge modello – *Uniform Electronic Wills Act 2019* – che prevede specifici requisiti ai fini del riconoscimento di un documento elettronico come testamento: il documento deve presentarsi nella forma di un testo al momento della sottoscrizione da parte del testatore, la firma apposta elettronicamente deve essere leggibile e ci deve essere la presenza e la sottoscrizione di almeno due testimoni, nelle modalità stabilite dalla legge. Sulla base di questo modello, leggi sui testamenti digitali sono al vaglio dei Parlamenti di altri Stati della Federazione²⁷. L'approccio sembra comunque improntato ad un formalismo, tendendo al riconoscimento da parte dell'ordinamento di un *vestmentum* della volontà testamentaria alternativo alle forme ordinarie, basato su requisiti che tengano conto dello sviluppo tecnologico.

Nei sistemi di *common law*, soprattutto a seguito della situazione d'emergenza pandemica, è emerso anche un dibattito sulla possibilità di utilizzare le nuove tecnologie come mezzi di prova della volontà

²⁴ English Law Commission, *Making a will, Consultation Paper*, 2017, n. 231, paragr. 1.30, 13, dove tra gli obiettivi della riforma si individua: «[...] supporting testamentary freedom, including reform aimed at encouraging and facilitating will-making and reform aimed at supporting testators' intentions».

²⁵ *Ibidem.*, paragr. 6.1, 105: «[...] the increasing prevalence of digital technology in many aspects of our lives raises the question of whether and how that technology can be applied in relation to wills». La *Law Commission* sottolinea l'imprecisione dell'espressione “*electronic wills*” che può essere utilizzata, indifferentemente, per l'uso di tecnologie digitali a vari livelli: per la preparazione della scheda testamentaria, per l'esecuzione del testamento o per la prova della volontà testamentaria. *Ibidem.*, paragr. 6.2.

²⁶ Leggi in materia sono state emanate in Arizona, Florida, Nevada, Indiana. Sul tema cfr. D. Horton, R. Weisbord, *COVID-19 and Formal Wills*, in 73 *Stanford Law Review Online* 18 (2020), 28 ss.

²⁷ Hanno adottato leggi sul modello del *Uniform Electronic Wills Act 2019* gli Stati del Colorado, Nord Dakota, Utah e Washington, cfr. G.W. Beyer, *Electronic wills: the changing future of the estate practice*, Texas, 2021, 6 ss.

testamentaria, piuttosto che come *vestmentum* della volontà. Questa seconda ipotesi vede nella tecnologia digitale, ormai di comune uso da parte dei cittadini, la possibilità di una più ampia tutela della libertà testamentaria, in ogni modo espressa. In quest’ottica, la transizione digitale del testamento aprirebbe al riconoscimento del testamento informale.

3. Volontà testamentaria espressa in forma digitale e ‘validazione’ del giudice

Nel *Consultation paper* precedentemente menzionato, la *Law Commission* afferma che la forma del testamento dovrebbe essere considerata come un mezzo per tutelare l’autonomia del testatore e non un fine in se stessa²⁸. In questa prospettiva, propone d’introdurre nel diritto inglese il c.d. potere di dispensa del giudice dal rispetto dei requisiti formali del testamento, allo scopo di realizzare una più ampia tutela dell’autonomia negoziale.

Attraverso l’esercizio del potere di dispensa, il giudice può dare esecuzione ad un testamento carente delle forme previste dalla legge, qualora sia provata la paternità e la serietà della volontà del testatore²⁹. Queste ultime possono essere accertate con diversi mezzi, assumendo rilevanza probatoria anche scritture non datate o carenti di sottoscrizione, registrazioni di comunicazioni orali o audiovisive, scritture redatte per mano di terzi o su dispositivi digitali o tramite Apps³⁰. Attraverso un allentamento della regola probatoria, si riconosce una volontà informalmente espressa, sulla base di una valutazione effettuata dal giudice *ex post* e relativamente al caso concreto. Il potere di dispensa del giudice, quindi, costituisce un varco attraverso cui realizzare la ‘validazione’ del testamento informale digitale.

Questa tendenza, in effetti, sembra registrarsi in quegli ordinamenti di *common law* che riconoscono il potere di dispensa, dove le corti in alcune decisioni hanno ammesso sms o messaggi postati sui social o comunicati tramite Apps come prove della volontà testamentaria, dando esecuzione a testamenti informali.

²⁸ Così la *Law Commission, Making a will, Consultation Paper*, cit., p. 97, paragr. 5.86, citando J.G. Miller, *Substantial compliance and the execution of wills*, in 36 *International & Comparative Law Quarterly* 559 (1987).

²⁹ Si parla in tal caso di *intention-based dispensing power*, ossia una dispensa dal rispetto delle forme basata sull’accertamento della volontà del testatore. Diversamente, il potere di dispensa può essere utilizzato quando la forma del testamento, benché non pienamente conforme a quanto previsto dalla legge, risponde generalmente alla *ratio* della norma che prevede i requisiti formali. Cfr. *Law Commission, Making a will, Consultation Paper*, cit., 94, paragr. 5.82.

³⁰ La *Law Commission* porta l’esempio di una scheda testamentaria redatta da un cittadino del New Jersey mentre era in ospedale gravemente malato. Il testatore aveva fornito per iscritto all’avvocato istruzioni per modificare il testamento, chiedendo all’infermiera di attestare la propria volontà. La Corte riteneva valido il testamento, anche se non redatto nella forma richiesta dalla legge, considerando il documento probatorio della volontà di testare (*Newman v. Brinkgreve; The Estate of Floris Verzijden*, [2013] NSWSC 371), *Making a will, Consultation Paper*, 96, paragr. 5.85.

Nel 2017, per esempio, la Corte Suprema del Queensland³¹ ha dato esecuzione alle ultime volontà espresse dal signor Mark Nichols tramite un sms indirizzato al fratello, memorizzato nel telefono e mai inviato, con cui lasciava i suoi averi ai nipoti e stabiliva che la moglie poteva riprendersi il proprio mobilio nella casa di comune abitazione. Il messaggio non terminava con il nome e cognome dell'autore, ma con la data e la scritta “*my will*”³².

La Corte ha ritenuto che il testo del messaggio, unito ad altre circostanze del caso, quali la difficile relazione del testatore con la moglie e con altri familiari non menzionati nel ‘testamento’, costituisce una prova sufficiente della paternità della scrittura e della serietà dell'intento di disporre. Ciò sulla base dell'art. 18 del *Queensland Succession Act* 1981, come modificato nel 2006, che riconosce al giudice il potere di dispensare dal rispetto dei requisiti formali del testamento se ci sia la prova che il documento esprima la volontà testamentaria della persona³³. Altre decisioni hanno riguardato messaggi testuali o vocali composti prima del suicidio dal testatore o video-messaggi contenenti le ultime volontà, a cui le corti hanno dato esecuzione come testamenti³⁴.

Casi simili sono stati decisi dalle Corti del Sud Africa e degli ordinamenti degli Stati Uniti dove è regolato per via legislativa il potere di dispensa del giudice. In Sud Africa la regola è prevista dal *Wills Act* 1953, come modificato nel 1992. L'art. 2(3) della legge impone alla *High Court* il dovere di ‘validare’ un documento come testamento, anche se carente delle formalità previste dalla legge, se sia raggiunta la prova che il documento è stato scritto dal *de cuius* ed esprime la sua volontà testamentaria³⁵. I giuristi

³¹ *Nichol v. Nichol & Anor*, [2017] QSC 220.

³² *Ibidem*, il testo del messaggio era il seguente: «Dave Nic you and Jack keep all that I have house and superannuation, put my ashes in the back garden with Trish Julie will take her stuff only she's ok gone back to her ex AGAIN I'm beaten. A bit of cash behind TV and a bit in the bank Cash card pin 3636. MRN190162Q. 10/10/2016. My will».

³³ *Queensland Succession Act* 1981, sec. 18: «Court may dispense with execution requirements for will, alteration or revocation: (1) This section applies to a document, or a part of a document, that – (a) purports to state the testamentary intentions of a deceased person; and (b) has not been executed under this part. (2) The document or the part forms a will, an alteration of a will, or a full or partial revocation of a will, of the deceased person if the court is satisfied that the person intended the document or part to form the person's will, an alteration to the person's will or a full or partial revocation of the person's will».

³⁴ V. ad esempio il caso *Re Quinn*, [2019] QSC 99, dove la Corte suprema del Queensland riconosce la validità di un video registrato sul proprio iPhone dal signor Leslie Quinn, quattro anni prima di togliersi la vita.

³⁵ S. 2(3), *Wills Act* 1953, n. 7: «(3) If a court is satisfied that a document or the amendment of a document drafted or executed by a person who has died since the drafting or execution thereof, was intended to be his will or an amendment of his will, the court shall order the Master to accept that document, or that document as amended, for the purposes of the Administration of Estates Act, 1955, as a will, although it does not comply with all the formalities for the execution or amendment of wills referred to in subsection (1)». Per i primi riferimenti cfr. F. du Toit, *The proposed dispensing power regarding formally-irregular wills: lessons from the South African experience with testamentary rescue*, in 136 *Law Quarterly Review* 191 (2020), che sottolinea come, a differenza di quanto stabilito da regole simili di altre

si riferiscono alla norma come alla “regola del condono”, proprio perché ha consentito alle corti di sanare testamenti invalidi, espressi anche in forme digitali non sempre convertibili in un testo scritto.

Volgendo lo sguardo agli Stati Uniti d’America, in Michigan, sulla base dell’art. 700.2503 del *Michigan Estates and Protected Individuals Code* (MCLA)³⁶, le corti hanno dato esecuzione a disposizioni testamentarie contenute in sms o messaggi WhatsApp o registrate sul telefono. Così, ad esempio, nel caso *In re estate of Horton*³⁷, il sig. Horton, prima di togliersi la vita, aveva lasciato un biglietto indicando che il suo testamento era registrato nel proprio iPhone. La madre del *de cuius*, diseredata, riteneva che il documento elettronico costituisse solo una prova della volontà del *de cuius* di redigere un testamento olografo, che poi non aveva potuto portare a termine³⁸. Il documento, non avendo i requisiti formali dell’autografia e della sottoscrizione stabiliti dalla legge, era nullo, né il giudice poteva validarlo, aggirando la norma sul testamento olografo, riconosciuto in Michigan. La Corte d’appello del Michigan ha respinto la domanda della signora, stabilendo al contrario che l’art. 700.2503 MCLA consente in ogni caso di validare un testamento informale, purché ci sia una chiara prova della volontà di testare³⁹.

Il diffondersi del coronavirus e il conseguente stato di emergenza dovuto alla pandemia hanno riaperto il dibattito sull’opportunità di riconoscere un potere di dispensa al giudice anche nell’ordinamento inglese, consentendo alle corti di validare *ex post* molti testamenti redatti durante l’isolamento o lo stato di malattia, carenti delle formalità previste

giurisdizioni, il legislatore sudafricano pone un dovere di validare il testamento in capo alla Corte.

³⁶ *Sec. 700.2503 Michigan Estates and Protected Individuals Code*: «Writings intended as wills. Although a document or writing added upon a document was not executed in compliance with section 2502, the document or writing is treated as if it had been executed in compliance with that section if the proponent of the document or writing establishes by clear and convincing evidence that the decedent intended the document or writing to constitute any of the following: (a) The decedent's will. (b) A partial or complete revocation of the decedent's will. (c) An addition to or an alteration of the decedent's will. (d) A partial or complete revival of the decedent's formerly revoked will or of a formerly revoked portion of the decedent's will». La norma è basata sul §2-503 dello *Uniform Probate Code*, che regola la c.d. *harmless error rule*, con lo scopo di sanare errori di scarsa rilevanza nella redazione del testamento. Nel commento alla regola si aggiunge che essa ha l’ulteriore finalità di ridurre un divario tra le formalità richieste per la validità del testamento olografo e i più stringenti requisiti formali stabiliti dal testamento redatto alla presenza di testimoni.

³⁷ *In re Estate of Horton*, 925 N.W. 2d 207 (Mich. Ct. App. 2018).

³⁸ *Sec. 700.2052 Michigan Estates and Protected Individuals Code*: «[...] (2) A will that does not comply with subsection (1) is valid as a holographic will, whether or not witnessed, if it is dated, and if the testator's signature and the document's material portions are in the testator's handwriting. (3) Intent that the document constitutes a testator's will can be established by extrinsic evidence, including, for a holographic will, portions of the document that are not in the testator's handwriting».

³⁹ Sul caso e altre decisioni simili cfr. in senso critico A.A. May, K.L. Ringler, *Electronics and Estate Planning*, in 38(1) *Michigan Probate & Estate Planning Journal* 44 (2018), che sottolinea come quest’orientamento prevalso nella giurisprudenza dello Stato possa consentire la validazione di testamenti orali, con pericolo di compromissione della serietà dell’intento.

dalla legge. L'esigenza sottesa ad una riforma del genere non trova soddisfazione nella modifica del *Wills Act* 1837 del 2020, sopra esposta. Molte disposizioni di ultima volontà, espresse attraverso mezzi di comunicazione entrati oramai nell'uso comune dei cittadini, restano irrilevanti giuridicamente, in contrasto con il principio della più ampia tutela della volontà negoziale, da sempre accolto nel diritto inglese⁴⁰. La regolazione del potere di dispensa sembrerebbe allora avvicinare il diritto ai modi di relazionarsi e comunicare e alle abitudini di vita della società contemporanea.

La proposta della *Law Commission* ha incontrato il favore dell'organo rappresentativo dei *solicitors*, la *Law Society*, che in un recente comunicato ha evidenziato che circa il 40% della popolazione non fa testamento nella forma ordinaria⁴¹. Il potere di dispensa potrebbe consentire il riconoscimento di rilevanza giuridica alle effettive volontà testamentarie delle persone, espresse informalmente. Nello stesso tempo, occorre considerare la libertà anche di non testare e, quindi, la necessità che la regola non finisca per determinare il riconoscimento di disposizioni testamentarie al di là delle reali intenzioni del soggetto.

In questo contesto, il ruolo del giudice e la possibilità di suoi interventi d'equità anche in materia testamentaria emergono come questioni centrali.

Il potere di dispensa del giudice, nei casi di uso delle tecnologie digitali per esprimere le ultime volontà, sembra rispondere a ragioni di equità del caso concreto: non si tratta del riconoscimento di forme digitali come *vestmentum* della volontà, ma della decisione del giudice di dare esecuzione, per evidenti ragioni d'equità, ad una volontà non espressa nelle forme indicate dalla legge, quando si possa rinvenire *aliunde* la serietà dell'intento. Le forme digitali di comunicazione costituiscono, in tal caso, un elemento rilevante di una più ampia valutazione fattuale operata dal giudice. Il riconoscimento di testamenti informali digitali sembra realizzarsi, per questa via, attraverso un ampliamento dello spazio d'intervento del giudizio d'equità.

Il tema assume interesse non solo nella tradizione *common law*, ma anche in quella di *civil law*, seppure in un contesto estraneo ad un'idea di diritto a formazione casistico-giurisprudenziale, facendo interrogare sulla possibilità che il giudice riconosca e tuteli disposizioni di ultima volontà espresse informalmente. Con riguardo al nostro ordinamento, simili problematiche sono evocate dall'interpretazione dell'art. 590 c.c. sulla conferma del testamento. L'articolo, come è noto, impedisce di esercitare l'azione giudiziale volta a far valere la nullità del testamento a colui che ha posto in essere atti di esecuzione della volontà testamentaria. La norma ha un ambito di applicazione affatto diverso rispetto alle regole sulla dispensa dalle forme di testamento conosciute in *common law*, ma è ugualmente ispirata a ragioni di equità, consentendo un intervento *ex post* del giudice

⁴⁰ Cfr. A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, cit., 5 ss.

⁴¹ Law Society, *Reform of the law of making a will*, 14 aprile 2021, consultabile al sito internet www.lawsociety.org.uk/topics/private-client/reform-of-the-law-on-making-a-will, ultimo accesso il 30-09-2022, ha ribadito di apprezzare le proposte formulate dalla *Law Commission* per «far entrare il diritto dei testamenti nel 21° secolo».

sul testamento, volto a ‘sanare’ i vizi d’invalidità⁴². La giurisprudenza di legittimità, sulla base dell’art. 590 c.c., ritiene confermabile anche il testamento che presenti vizi di forma e il testamento nuncupativo⁴³. Non si vedono allora ostacoli alla confermabilità nel nostro ordinamento di disposizioni testamentarie effettuate tramite registrazioni audio-video, messaggi telefonici o altri documenti digitali, qualora ci sia stato un principio di esecuzione della volontà del *de cuius*. Norme simili disseminate nei codici civili dei sistemi giuridici continentali⁴⁴, che hanno avuto scarsa applicazione nella prassi, potrebbero offrire una base giuridica per tutelare forme digitali di espressione della volontà, con l’esito di riconoscere al giudice un ruolo niente affatto secondario nella transizione digitale delle forme di testamento, anche negli ordinamenti di *civil law*. L’ipotesi non appare così peregrina se si pensa al proliferare nella rete di proposte a scopo commerciale finalizzate ad accompagnare gli utenti nella redazione di testamenti in piena autonomia. Si tratta dei c.d. Testamenti fai da te (*DIY wills*), che offrono soluzioni standard e non sempre conformi alle norme imperative dei diritti nazionali, potendo quindi indurre un soggetto a formulare disposizioni di ultima volontà in una forma non considerata valida dal diritto nazionale applicabile. Non sembra allora improbabile che anche le corti italiane si trovino in un prossimo futuro a giudicare la confermabilità di testamenti del genere.

4. Emergenza pandemica e transizione digitale: tra formalismo legislativo e discrezionalità giudiziale

L’emergenza pandemica ha impresso un’accelerazione al processo di digitalizzazione della società, con riflessi anche sulle modalità con cui i cittadini esprimono le ultime volontà, dando impulso ad un dibattito sulla riforma delle forme di testamento già esistente in diversi ordinamenti.

Nei sistemi di *common law*, le restrizioni attuate dai legislatori per contenere la diffusione del virus sono state di sovente accompagnate da interventi legislativi, volti a introdurre eccezioni al rispetto dei requisiti formali stabiliti dalla legge per la validità del testamento. Si è aperta una discussione sulla permanenza di questa legislazione d’emergenza anche

⁴² Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Proprietà e tutela dell’affidamento: note a margine di alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Liber Amicorum* Moccia, Roma, 2020, 505 ss. e riferimenti *ivi*.

⁴³ Cfr. Cass. Civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9091, consultabile in *dejure*; Cass. Civ., sez. III; 11 luglio 1996, n. 6313, sulla quale v. il commento di L. Scalia, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*, in *Rivista del Notariato*, 1997, 1-2, 64 ss.; S. Landini, *Testamento nuncupativo e nuove tecnologie*, in *Le corti fiorentine*, 2019, 3, 126 ss.

⁴⁴ Cfr. ad esempio il previgente art. 1340 *code civil* francese, recentemente abrogato dalla riforma introdotta con *Ordonnance*. n. 2016-131, e ora l’art. 931-1 *code civil*. Sul rapporto tra l’art. 1340 *code civil* (*abr.*) e l’istituto italiano della conferma cfr. N. De Crescenzo, *La dottrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma secondo il codice civile italiano*, Napoli, 1885, *passim*. In Spagna, la conferma del testamento nullo è possibile, a condizioni simili, sulla base di una *doctrina legal* stabilita dal *Tribunal Supremo*, cfr. A.G. Ballesteros, *La confirmación*, in *Anuario de derecho civil*, 1960, 1195 ss.

successivamente al termine della pandemia e, più in generale, sulla reversibilità di un processo di adeguamento delle forme di testamento ai nuovi mezzi di comunicazione digitale, ormai di comune uso da parte dei cittadini. In questo contesto, si colloca il problema della riconoscibilità anche di testamenti informali, redatti mediante l'uso delle nuove tecnologie, attraverso l'esercizio da parte del giudice del potere di dispensa dal rispetto delle forme previste dalla legge.

Il tema, oggetto di maggiore attenzione negli ordinamenti di *common law*, si è posto anche negli ordinamenti di *civil law*. Nel nostro ordinamento, in particolare, la dottrina ha evidenziato come nella società attuale, caratterizzata da un abbandono dell'autografia come modalità comunicativa e da una vera e propria "crisi della sottoscrizione"⁴⁵, il rispetto di alcuni requisiti formali per la validità del testamento rappresenta più una limitazione della libertà testamentaria che una garanzia posta a presidio della certezza della paternità e della serietà della volontà.

In questo scenario, di cui è stato possibile fornire un quadro estremamente sommario, ci sembra di poter individuare due tendenze principali, in apparenza opposte, conseguenti alla digitalizzazione della società e al diffondersi di forme digitali di espressione e comunicazione della volontà testamentaria.

Una prima tendenza è orientata ad una sorta di "formalismo digitale", e va nella direzione di proporre la modifica delle discipline legislative sulle forme ordinarie di testamento, al fine d'introdurre specifici requisiti per redigere validamente un testamento digitale, in alternativa a quelli già previsti per i testamenti ordinari. In tal caso, la digitalizzazione del testamento è maggiormente improntata al principio di certezza, ma non necessariamente si accompagna a una maggiore facilità di redazione da parte dei cittadini. Non è detto, infatti, che le nuove tecnologie siano più accessibili rispetto ad altre forme ordinarie di testamento e consentano una più ampia tutela della libertà di testare.

Un'altra tendenza è invece improntata ad una prevalente tutela dell'autonomia negoziale, anche se informalmente espressa. Secondo quest'impostazione, le tecnologie digitali consentono un ampliamento del quadro probatorio che può essere messo a disposizione del giudice per accertare l'esistenza di una volontà di testare e tutelarla. Il potere di dispensa del giudice dalle formalità del testamento, attualmente al centro di un vivace dibattito nella tradizione di *common law*, è in linea con questa prospettiva, facendo emergere con più evidenza la dimensione fattuale del diritto testamentario e, inevitabilmente, il ruolo del giudice.

Questi orientamenti richiamano esigenze da sempre avvertite come fondamentali: da un lato, tutelare la libertà testamentaria e non ostacolarla impedendo che sia espressa attraverso forme di comunicazione divenute abituali; dall'altro lato, garantire la certezza della paternità delle disposizioni testamentarie e della volontà testamentaria. La transizione digitale delle forme di testamento si può realizzare solo nella cornice di un adeguato bilanciamento di questi interessi.

⁴⁵ S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 5, 994, citando N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 25.

In quest'ottica e con riguardo al nostro ordinamento, mentre un'introduzione per via legislativa di forme digitali di testamento sembra un'ipotesi attuabile⁴⁶, la percorribilità di soluzioni assimilabili alla dispensa giudiziale dal rispetto delle forme appare quantomeno dubbia. La regola, infatti, presume un potere del giudice di dispensare dal rispetto della legge per realizzare l'equità e la giustizia nel caso concreto che non trova riconoscimento nel nostro ordinamento e negli altri sistemi di *civil law*, dove il ricorso all'equità costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale e limitata ai soli casi specificamente previsti dalla legge. Ciò ancor più in una materia, come quella del testamento, dove i requisiti formali hanno sempre rappresentato il presidio invalicabile della certezza del diritto. Allo stesso tempo, occorre considerare che la trasformazione sociale e culturale impressa dall'innovazione tecnologica ha gradualmente modificato il modo di relazionarsi e comunicare di gran parte della popolazione, realizzando anche una sorta di omologazione dei comportamenti e del linguaggio nella rete, che investe in modo trasversale i cittadini dei diversi Stati nazionali ed è destinata a riflettersi sui modi di espressione delle ultime volontà. L'innovazione del diritto testamentario, arginata dalla disciplina legislativa delle forme di testamento, potrebbe allora trovare un fertile laboratorio nelle aule di giustizia anche dei paesi di *civil law*, dove i giudici saranno inevitabilmente chiamati a valutare la riconoscibilità di testamenti redatti secondo nuovi linguaggi e modi di comunicare, confrontandoli con categorie e principi della legge nazionale.

Seppur in un contesto diverso, il diffondersi nella società di modi di redazione informale di testamenti, attraverso l'uso delle tecnologie digitali, porrà il quesito della rilevanza giuridica e della qualificazione da parte del giudice di queste nuove fattispecie. L'istituto della conferma del testamento costituisce in questo senso un potenziale pertugio, attraverso il quale potrebbe filtrare l'innovazione digitale nel diritto testamentario, per interpretazione del giudice, anche nel nostro ordinamento.

Laura Vagni
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Macerata
laura.vagni@unimc.it

⁴⁶ Riforme in tal senso sono auspicate anche da quella parte della dottrina secondo la quale il testamento olografo nella società contemporanea non garantisce più la certezza, essendo facilmente falsificabile, v. S. Patti, *ult. op. cit.*, 1008 e s. che si esprime in favore del riconoscimento di un "testamento (olografo) informatico", proponendo una modifica dell'art. 602 c.c. Diversi autori sostengono che la redazione di un testamento digitale dinanzi al notaio sia possibile sulla base dell'art. 21 del Codice dell'Amministrazione Digitale, che equipara la firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, al requisito della sottoscrizione della scrittura privata previsto dall'art. 1350 c.c. L'apposizione della firma digitale, in ogni caso, è possibile solo dinanzi al notaio. Sul punto cfr. per i primi riferimenti F. Cristiani, *Testamento e nuove tecnologie*, Torino, 2012, *passim*; Id., *Nuove Tecnologie e testamento: presente e futuro*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 562, che tuttavia si esprime in senso critico, ritenendo la firma digitale più soggetta a contraffazione rispetto alla firma autografa.