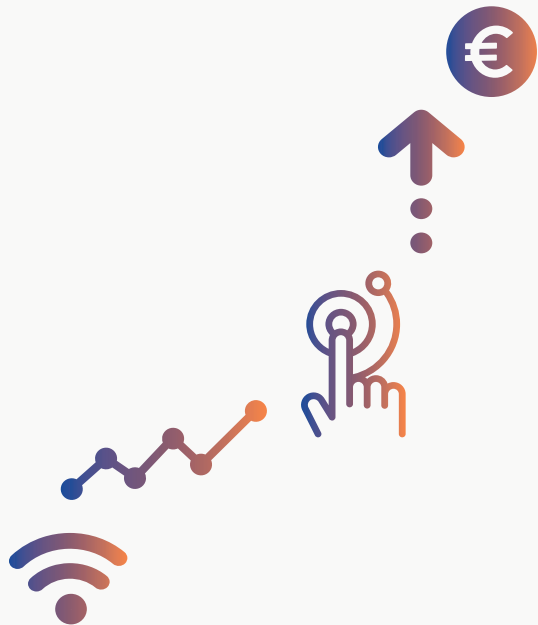


**EDITORS**

Rita Lobo Xavier  
Nuno Sousa e Silva  
Marta Rosas

# ESTATE, SUCCESSION AND AUTONOMY

New assets and new trends



© Authors  
© UCP Press

**Title** Estate, Succession and Autonomy  
New assets and new trends

**Editors** Rita Lobo Xavier | Nuno Sousa e Silva | Marta Rosas

**Collection** Colóquios

**Cover** Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS

**Proofreading** Ana Cunha | Francisco Silva Pereira

**Graphic Design** Magda M. Coelho

**Printing and Binding** Papelmunde

**Legal Deposit**

**Date** february 2024

**Print run** 250

**ISBN** 9789725409923

**DOI** <https://doi.org/10.34632/9789725409923>

Universidade Católica Editora,  
Sociedade Unipessoal, Lda.  
Palma de Cima 1649-023 Lisboa  
Tel. (351) 217 214 020  
[uceditora@ucp.pt](mailto:uceditora@ucp.pt) | [www.uceditora.ucp.pt](http://www.uceditora.ucp.pt)

# ESTATE, SUCCESSION AND AUTONOMY

## New assets and new trends

Editors

Rita Lobo Xavier

Nuno Sousa e Silva

Marta Rosas

**UCP**   
**PRESS**



# General Introduction

The International Conference “Estate, Succession and Autonomy – new assets and new trends” took place at the Catholic University in Porto on 13 and 14 April 2023, in association with the 5th ADFAS International Congress 2023.

This conference had been scheduled for 24 and 25 April 2020, but was cancelled a month earlier due to the difficult situation we were all experiencing due to covid-19.

The event brought together distinguished international and national guest speakers as well as those resulting from a call for papers.

The pressure of cultural, economic and technical forces, the impact of phenomena such as ‘globalization’, ‘digitalization’ and ‘dematerialization’, the development and application of artificial intelligence, the markets and financial products and free movement of persons and goods have brought about new dimensions for ancient legal problems. A reflection on the traditional approach methods to Citizenship, Solidarity and Social Inclusion is warranted, particularly with regard to the complexity of regulation of access to goods and rights over goods.

In this context, some attempts at theoretical renovation have appeared, which seek to build ways of relating goods and the social collective and allowing the fruition by all of the goods meant for all, beyond public and private property.

Indeed, the attitude of persons in what regards wealth mirrors the nature of current ways of life and of both intra- and intergenerational solidarity. The reversal of the age pyramid defies the sustainability of public protection systems for old age and sickness created after World War II, generating the need to accumulate (individually or within a

family) enough wealth to ensure a reasonable level of welfare in old age or in sickness.<sup>1</sup>

The lack of social support activity by the State and the regrettable observation of an increase in the number of spontaneous non-compliance with help and mutual assistance within a family constitute opportunities for the renovation of legal solutions such as social benefits and alimony.

Autonomy in the formation of individual and complementary welfare schemes should be reinforced to keep up with the inevitable transition to a diversified social protection system in view of Social Security's sustainability problems. A legal framework that permits solutions that allow the profits of family businesses to be invested locally in programmes that support and value intermediate communities, of which these companies are part, can be an instrument that contributes towards intragenerational justice.<sup>2</sup>

Therefore, the discussion concerning the free assignment of private property should not be restricted to a political level; instead, it should be extended and include topics such as the protection of fundamental rights. The extent to which the State interferes in the individual choices of the wealth holder, namely through the taxation system, reflects the fundamental values of a society. The role of reducing inequalities should not be limited to the State, rather it should include each one of us.<sup>3</sup> Society should make wealth holders aware of the social function of private property, providing them with autonomy on 'how' to perform such social function and which communities and needs they will assist. Today, Society demands that private wealth must somehow benefit communities, promoting intragenerational solidarity and preventing intergenerational transmission of poverty.

As far as Succession Law is concerned the question arises as to whether and to what extent the State should, or can, limit private autonomy, namely by imposing mandatory heirs. Special mention is warranted here to the legal framework resulting from Regulation (EU) 650/2012,

---

<sup>1</sup> This challenge is part of the set of Sustainable Development Goals established by the United Nations General Assembly, which represent "a common vision for humanity", also accepted in the context of the European Union (see SDG 3).

<sup>2</sup> Cf. SDG 17.

<sup>3</sup> Cf. SDG 10, 11.

which transforms cross-border succession planning models and underlines the differences between national legal orders.

Up until the last decades, succession issues concerned only a small part of the population, a group with the capacity to accumulate goods to leave to others. Today – and insofar as Inheritance Law can establish connections between the fundamental institutions of Family and Property – it has become generally accepted that succession issues concern each one of us. The demanded renewal of Inheritance Law extends the debate to other contemporary issues, such as those related to advances in reproductive medicine or the prevalence of affections.

The Law has to find new ways to address the challenges of each citizen's relationship with goods, without excluding others, positioning the holder of goods as a member of a wider community. The reflection over the question of private autonomy, in the sense that each citizen can determine the fate of his/her property *post mortem*, has to take place in the broader context of current problems regarding new goods, and of private property and collective goods.

This Congress will focus on all of the topics above, providing as well an overview on the state of the art of the legal frameworks from selected countries.

The core of the Conference focussed on all these issues, seeking to provide up-to-date information on a wide range of legal systems.

The topicality of the themes, the quality of the speakers involved, and the innovative nature of the interventions turned this Conference into an event with a high profile and impact, both on a scientific and academic level and among legal actors.

The Conference and the publication of its Proceedings would not have been possible without a number of prestigious sponsors, who joined us in the ancient, most noble, loyal and undefeated city of Porto!<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Wording of the City's crest.

# Introdução geral

A Conferência Internacional «Património, Sucessão e Autonomia – novos bens e tendências / Estate, Succession and Autonomy – new assets and new trends» decorreu na Universidade Católica, no Porto, nos dias 13 e 14 de abril de 2023, associada ao 5.º Congresso Internacional ADFAS 2023.

Esta Conferência tinha estado marcada para os dias 24 e 25 de abril de 2020, mas foi cancelada um mês antes, atendendo à situação difícil que todos vivíamos ligada ao Covid-19.

O evento congregou distintos oradores internacionais e nacionais convidados e também provenientes de um selecto *call for papers*.

A pressão de forças culturais, económicas e técnicas e o impacto de fenómenos como a «globalização», a «digitalização», a «desmaterialização», o desenvolvimento e aplicações da inteligência artificial, os mercados e produtos financeiros, a liberdade de circulação das pessoas e bens fizeram surgir novas dimensões para antigos problemas do Direito. Impõe-se uma reflexão sobre os tradicionais quadros de abordagem da *Cidadania, Solidariedade e Inclusão Social*, em particular, no que respeita à complexidade da regulação do acesso aos bens e aos direitos sobre os bens.

Neste contexto, têm surgido, recentemente, algumas tentativas de renovação teórica no sentido de construir formas de relacionar os bens e o coletivo, que permitam a fruição por todos dos bens que são destinados a todos, para além da clássica distinção entre propriedade pública e propriedade privada.

De facto, as atitudes das pessoas em relação ao património espelham a natureza das atuais formas de vida e de solidariedade intergeracional e intrageracional. A inversão da pirâmide etária desafia a sustentabilidade dos sistemas públicos de proteção na velhice e na doença

criados a partir do final da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, gerando a necessidade de acumulação (individual ou familiar) de património bastante que assegure a manutenção de um razoável nível de bem-estar em idade avançada ou na doença<sup>1</sup>.

A insuficiência da atividade assistencial do Estado e a lamentável verificação do aumento dos casos de incumprimento espontâneo das funções de socorro e auxílio mútuo intrafamiliar constituem oportunidades para a renovação de soluções jurídicas tradicionais como as prestações sociais e alimentares. A situação pandémica vivida nos últimos anos reforçou a consciência daquelas necessidades, intensificando a urgência de respostas eficientes para as situações de vulnerabilidade. Simultaneamente, surgiram novos desafios e possibilidades: reavivou a essencialidade das redes de apoio de proximidade, assentes na solidariedade familiar, comunitária e de vizinhança; abriu um novo espaço à «revolução digital» e aos novos bens; expôs as fragilidades de cada ser humano e o destino comum de todos, tornando premente o interesse de adequadas estratégias de natureza patrimonial para qualquer pessoa, independentemente da idade ou da composição dos patrimónios.

A autonomia na formação de esquemas individuais e complementares de previdência deve ser reforçada para acompanhar a inevitável transição para um sistema diversificado de proteção social em face dos problemas de sustentabilidade financeira da Segurança Social. O enquadramento legislativo de soluções que permitam que os lucros das empresas familiares sejam investidos localmente em programas de apoio e valorização das comunidades intermédias em que estão inseridas podem ser instrumentos dinamizadores da solidariedade intrageracional<sup>2</sup>.

A questão da livre transmissão da propriedade privada não é somente uma questão política, mas, igualmente, de proteção de direitos fundamentais. A extensão em que o Estado interfere com as escolhas individuais do titular do património, nomeadamente, através do sistema tributário, reflete os valores fundamentais de uma sociedade. A tarefa de diminuição das desigualdades não é apenas uma tarefa do Estado, mas

---

<sup>1</sup> Este desafio integra-se no conjunto dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS - estabelecidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas que representam «uma visão comum para a humanidade», acolhidos também no contexto da União Europeia (cfr. ODS 3).

<sup>2</sup> Cfr. ODS 17.

de todos<sup>3</sup>. A sociedade deve sensibilizar os titulares de património para a função social da propriedade, permitindo-lhes alguma autonomia quanto ao modo de a realizar e na escolha das necessidades das comunidades intermédias a satisfazer. Hoje o património deve estar ao serviço das pessoas: promover a solidariedade intrageracional para evitar a transmissão intergeracional da pobreza. No que respeita aos direitos da pessoa com deficiência, por exemplo, o entendimento contemporâneo é o de que estes apenas se realizarão no contexto de uma vida independente e integrada em sociedade. Para tanto, confluir coletividade e os membros da família, o que torna imperioso devendo ser repensados os institutos de Direito Privado, assentes na autonomia privada, que permitam aproveitamento dos bens por parte daqueles que mais precisam, reduzindo desigualdades.

No contexto sucessório, suscita-se a questão de saber se e em que medida o Estado deve ou pode limitar a autonomia privada, designadamente impondo herdeiros necessários. Merece, aqui, especial destaque o enquadramento jurídico saído do Regulamento (UE) n.º 650/2012, que transforma os modelos de planeamento sucessório transfronteiriço e sublinha as diferenças entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Até às últimas décadas, as questões sucessórias diziam respeito a uma pequena parte da população, a um grupo com capacidade de acumular bens para deixar a outros. Hoje – e na medida em que o Direito das Sucessões pode estabelecer ligações entre as instituições fundamentais da Família e da Propriedade – as questões sucessórias têm a ver com cada um de nós. A reclamada renovação do Direito sucessório alarga o debate a outras questões contemporâneas, como as relacionadas com os avanços da medicina reprodutiva ou com as da prevalência dos afetos.

O Direito tem de encontrar novas formas de responder aos desafios da relação de cada pessoa com os bens, sem excluir os outros, perspetivando o titular dos bens como membro de uma comunidade mais ampla do que a chamada «pequena família». A reflexão sobre a questão da autonomia privada, no sentido de cada cidadão poder determinar o destino do seu património após a morte, deve inserir-se no contexto mais amplo dos problemas atuais sobre os novos bens e sobre a propriedade privada e os bens coletivos.

---

<sup>3</sup> Cfr. ODS 10, 11.

O núcleo central do Congresso focou todas estas questões, procurando proporcionar informações atualizadas no âmbito de ordenamentos diversificados.

A atualidade dos temas, a qualidade dos oradores envolvidos e o carácter inovador das intervenções transformaram esta Conferência num evento com grande projeção e impacto, tanto no plano científico e académico como no plano dos operadores jurídicos.

A realização da Conferência e a publicação das suas Atas não teria sido possível sem um conjunto de patrocinadores de prestígio, que se juntaram a nós na *antiga, mui nobre sempre leal e invicta cidade do Porto*<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Dizeres do brasão da cidade do Porto.

International Conference  
«Estate, Succession and Autonomy -  
- new assets and new trends»  
&  
5<sup>th</sup> International Congress ADFAS 2023

April, the 13<sup>th</sup>  
8:45 a.m. - Reception and registration

**Opening Session**

9:15 a.m.

**Prof. Doutor Manuel Fontaine Campos**

*(Dean of the Faculty of Law - Porto School)*

**Prof. Doutora Sofia Oliveira Pais**

*(Católica Research Centre for the Future of Law - Director)*

**Prof. Doutora Rita Lobo Xavier**

*(Member of the Conference Executive Committee)*



### **Inaugural Conference**

Prof. Dott. Andrea Fusaro (Università di Genova)  
*Private law instruments in «Legge Dopodinoi» (Law N.º 112 of 2016)*

10:45 a.m.

Moderation: Prof. Doutor Manuel Fontaine

### **Inheritance and digital assets**

Prof. JUDr. Pavel KOUKAL (Faculty of Law - Masaryk University)  
*Digital Inheritance in relation to virtual worlds in computer games*

Prof. Doutor Nuno Sousa e SILVA (FDUCP-EP)  
*Digital Inheritance: does it require a different approach?*

### **Wealth Planning and protection**

Prof. Nadia COGGIOLA (Università di Torino)  
*Ensuring protection for people and communities from the risks of technological development - prevent damage and insurance solutions.*

**Prof. Doutora Marta ROSAS (FDUCP-EP)**

*Ensuring patrimonial protection for persons with disabilities:  
autonomy-based solutions and separate assets.*

12:00 - 12:00 Coffee-break

12:00 - 1:15 p.m.

Moderation: **Doutor Júlio Vieira Gomes**  
(Portuguese Supreme Court of Justice)

### **Autonomy and Wealth Planning**

**Prof. Mariusz ZALUCKI** (Polish Supreme Court Justice)

*Autonomy of mortis causa property dispositions versus legal formalities.  
Time for a new approach in Europe?*

**Prof. Doutor Pedro COUTINHO** (Universidade Lusófona  
e Universidade do Minho)

*Rethinking will and succession in light of private property*

### **Tax Aspects of International Wealth Planning**

**Dott. Mario TENORE** (University of Amsterdam; Pirola,  
Pennuto, Zei & Associati)

*Real estate investment and the Italian flat tax regime*

**Mestre Paulo da Rocha PICHEL** (Durham Agrellos)

*Taxation of fiduciary structures*

- Lunch - Almoço -

3:00 - 5:00 a.m.

Moderation: **Prof. Doutora Sofia Pais (FDUCP-ED)**

### **Cross boarder relations and European Union Law**

**Prof. Doutor Rui Moura Ramos (FDUC)**

*Sucessão Legitimária e Ordem Pública Internacional*

Prof. Doutor António Frada de Sousa (FDUCP-EP)  
*O Regulamento 650/2012 - Dez anos depois. Algumas questões*

### **Inheritance Law and autonomy**

Prof. Doutor Daniel Morais (FDUL)  
*Autonomia do maior acompanhado e substituição quase pupilar*

Prof. Doutora Cristina Araújo Dias (EDUM)  
*Liberdade de disposição e proteção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legitimária e da sucessão contratual*

Mestre Nuno Alonso Paixão (EDUCP-EP)  
*Posição jurídica do nascituro e indemnização pelo dano da privação da vida*

### **Assets and deals**

Prof. Doutor Rui Pinto Duarte (EDUCP-EL)  
*Transmissão e património*

Prof. Doutora Raquel Guimarães (FDUP)  
*Contratação na era digital: da autonomia privada à ‘autorregulação regulada’*

5:00 - 5:15 p.m. Coffee-break

5:30 - 7:00 p.m.

Moderation: Prof. Doutor Pedro Freitas (EDUCP-EP)

### **Dispute resolution in the digital era**

Doutor Ruben Juvandes (Juiz de Direito)  
*Justiça digital*

Prof. Doutor André Almeida Martins (FDUCP-EP)  
*Arbitragem e Justiça digital*

8:00 p. m. Dinner - 20.00h Jantar

**April, the 14<sup>th</sup>**  
**(5.º Congresso Internacional - ADFAS - Empresa familiar e  
sucessão; autonomia da vontade, solidariedade e novos desafios)**

**Family business succession**

Prof. Doutora Rita Lobo Xavier (FDUCP-EP)  
*Sucessão familiar na empresa e autonomia do disponente*

**Comunicações**

Moderação: Pavel Koukal (Faculty of Law - Masaryk University);  
Marta Rosas (FDUCP-ED)

Mestre Joana Ribeiro de Faria  
*The legal nature of blockchain wills in Europe*

Felipe Marquette de Sousa  
*Digital Evidence*

Moderação: Prof. Doutor André Almeida Martins (FDUCP-ED);  
Mestre Nuno Alonso Paixão (FDUCP-ED)

Mestre Berta Gonçalves  
*Bens comunitários: aproveitamento de bens não públicos por  
comunidades locais*

Mestre Blandina Soares  
*Contitularidade do direito de propriedade e solidariedade - o exercício  
dos direitos nas situações de comunhão*

Mestre Vitória Andrade e Silva  
*O novo pacto sucessório admitido na lei portuguesa e a função social do  
direito de propriedade privada: solidariedade intergeracional  
e solidariedade conjugal*

# Opening of the “International Conference Estate, Succession and Autonomy - New Assets and Trends”

RUI MOREIRA\*



It is with great pleasure and interest that I take part in the opening of this conference dedicated to estate, succession and autonomy.

I would therefore like to thank the Family and Succession Law Association and the Universidade Católica Portuguesa for their kind invitation.

Today's conference should be welcomed for its international dimension, for the public interest of the issues under discussion and for the scientific quality of the invited speakers.

It is, in fact, an initiative that reflects the academic commitment to the production of knowledge and its transfer to society.

---

\* Mayor of Porto

Considering the historical and cultural legacy that unites the two countries, Brazil is a natural partner for Portugal in academic, scientific and intellectual exchange. I am therefore pleased to see the cooperation between the Association for Family and Succession Law and the Faculty of Law of the Universidade Católica Portuguesa.

A cooperation based on a branch of law that is essential to defend the family as the core of society and to disseminate the values associated with the family institution.

The Association for Family and Succession Law is therefore to be congratulated for including this conference in its 5<sup>th</sup> congress programme. This is a unique opportunity to promote the legal study, scientific debate and public dissemination of Family and Succession Law in Portugal and Brazil.

Porto Municipality supports the holding of conferences with these characteristics and objectives, aware that the edifice of science is built, in all areas without exception, by the sharing of knowledge and the debate of ideas between specialists.

Ladies and Gentlemen,

The family as a social reality has undergone profound changes to this today.

It is therefore important to study the obligations and rights arising from family relationships considering the social, ethical-moral and legal developments of our time. We must ensure that, in an era marked by a lack of references and relativism, the Law is able to preserve and regulate family relationships.

In a city with strong bourgeois traditions such as Porto, the family is a primordial institution in the formation of local identity and the organization of life in society. Family relationships continue to strongly influence the way of being, acting and thinking of the people of Porto and are intertwined with the city's very own character.

The central role of the family in the city of Porto and the North region is visible, as we know, in the weight of family businesses in the local and regional economic structures.

According to our National Institute of Statistics, family businesses represent more than 80% of the Portuguese business sector and generate around 60% of employment in the private sector. This reality is

particularly notable in the North, where family businesses are the basis of the regional economy and its main source of wealth, employment, innovation and social cohesion.

But we are all aware that family businesses face unique challenges, such as succession and the transition of leadership from one generation to another. Management of family conflicts and separating personal and business interests are issues that affect family businesses and can compromise their survival in the medium to long term.

As a rule, family businesses dissolve in three generations. Therefore, it is necessary to find new ways of addressing the challenges of family businesses, by reflecting and debating the issues of estate, succession and autonomy.

The Law is fundamental to overcome the challenges of family businesses and preserve all the good things they represent for competitiveness, productivity, internationalization and growth of our economy.

Family businesses have several economic and social merits. But they stand out in particular for being closer to local communities, for assuming the social function of private property and for promoting intergenerational solidarity.

This is why it is said that family businesses are very much part of the so-called “capitalism with a human face”.

Ladies and Gentlemen,

With this intervention, I hope to have somehow contributed to the debate that this conference will promote around the issues of estate, succession and autonomy.

I take this opportunity to welcome international speakers and lecturers. I wish them a pleasant stay in Porto, a city renowned for its charm and warm hospitality.

I take my leave wishing you all a good conference, in the certainty that today’s work will be particularly productive and fruitful.

Thank you very much for your attention.

# Abertura da «Conferência Internacional: Património, Sucessão e Autonomia - Novos Bens e Tendências»

RUI MOREIRA\*

É com muito gosto e interesse que participo na abertura desta conferência dedicada ao património, sucessão e autonomia.

Quero por isso agradecer à Associação de Direito de Família e das Sucessões e à Universidade Católica Portuguesa o amável convite que me dirigiram.

A conferência de hoje deve ser saudada pela dimensão internacional que apresenta, pelo interesse público dos temas em debate e pela qualidade científica dos oradores convidados.

Trata-se, de facto, de uma iniciativa que traduz o compromisso académico com a produção de conhecimento e a sua transferência para a sociedade.

À luz do legado histórico-cultural que une os dois países-irmãos, o Brasil é um parceiro natural de Portugal no intercâmbio académico, científico e intelectual. Vejo por isso com agrado a cooperação entre a Associação de Direito de Família e das Sucessões e a Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Uma cooperação que tem por base um ramo do direito essencial para defender a família como núcleo central da sociedade e para difundir os valores que estão associados à instituição familiar.

Está, pois, de parabéns a Associação de Direito de Família e das Sucessões por incluir esta conferência no programa do seu 5.º congresso. Trata-se de uma oportunidade ímpar de promover o estudo jurídico, o debate científico e a divulgação pública do Direito de Família e das Sucessões em Portugal e no Brasil.

---

\* Presidente da CM Porto.

O Município do Porto apoia a realização de conferências com estas características e objetivos, consciente de que o edifício da ciência se constrói, em todas as áreas sem exceção, pela partilha de conhecimento e pelo debate de ideias entre especialistas.

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

A família enquanto realidade social sofreu profundas alterações até aos nossos dias.

Importa por isso estudar as obrigações e direitos que decorrem das relações familiares à luz da evolução social, ético-moral e jurídica do nosso tempo. Tudo isto para garantir que, numa época marcada pela falta de referências e pelo relativismo, o Direito é capaz de preservar e regular as relações familiares.

Numa cidade com fortes tradições burguesas, como é o Porto, a família é uma instituição primordial na formação da identidade local e na organização da vida em sociedade. As relações familiares continuam a influenciar fortemente a maneira de ser, agir e pensar das gentes do Porto e confundem-se com o carácter muito próprio da cidade.

O papel central da família na cidade do Porto e na região Norte é visível, como sabemos, no peso das empresas familiares no tecido económico local e regional.

De acordo com o INE, as empresas familiares representam mais de 80% do tecido empresarial português e geram cerca de 60% do emprego no setor privado. Esta realidade é particularmente notória no Norte, onde as empresas familiares são a base da economia regional e a sua principal fonte de riqueza, emprego, inovação e coesão social.

Mas todos temos consciência de que as empresas familiares enfrentam desafios únicos, como a sucessão e a transição de liderança de uma geração para outra. A gestão dos conflitos familiares e a separação dos interesses pessoais e empresariais são questões que afetam as empresas familiares, podendo pôr em causa a sua sobrevivência no médio/longo prazo.

Por norma, as empresas familiares dissolvem-se em três gerações. Daí que seja necessário encontrar novas formas de abordar os desafios das empresas familiares, através da reflexão e do debate em torno das questões do património, sucessão e autonomia.

O Direito é fundamental para que se superem os desafios das empresas familiares e se preserve tudo o que de bom estas representam para a competitividade, produtividade, internacionalização e crescimento da nossa economia.

As empresas familiares apresentam vários méritos económicos e sociais. Mas distinguem-se em particular por terem uma maior proximidade às comunidades locais, por assumirem a função social da propriedade privada e por promoverem a solidariedade intergeracional.

Por isso se diz que o chamado «capitalismo de rosto humano» está muito presente nas empresas familiares.

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Com esta intervenção, espero de alguma forma ter contribuído para o debate que a presente conferência vai promover em torno das questões do património, sucessão e autonomia.

Aproveito para dar as boas-vindas aos oradores e conferencistas internacionais. Faço votos de que tenham uma agradável estadia no Porto, cidade reconhecida pelo seu encanto e pela sua calorosa hospitalidade.

Despeço-me desejando a todas e a todos uma boa conferência, na certeza de que os trabalhos de hoje vão ser particularmente produtivos e proveitosos.

Muito obrigado pela vossa atenção.

# Opening speech to The International Conference “Estate, Succession and Autonomy: New Assets and New Trends” and 5<sup>th</sup> International Congress ADFAS 2023

MANUEL FONTAINE CAMPOS\*

I would like to start by giving a warm welcome to all the participants in this Conference.

A special welcome is due to the mayor of the city of Porto, Rui Moreira. Your presence is a true honour to us. We take it to be a consequence of the importance that the city of Porto and its municipality attach to this faculty of law, which was the first faculty of law in this city, and to the Portuguese Catholic University.

Thank you, mayor Rui Moreira for your presence here.

Special thanks are due to Professor Rita Lobo Xavier, Scientific Coordinator and head of the Executive Committee of this conference, made possible thanks her work.

Thank you, Professor Rita Lobo Xavier for your work.

I would also like to salute ADFAS and demonstrate our joy in holding your 5<sup>th</sup> international congress.

Finally, I want to thank all the sponsors of this Conference, who contributed to cover the many expenses that are always involved in this kind of organization.

I would like to read a small excerpt of the Bible that I think gives us some food for thought regarding the theme of this conference (Luke 16:19-26):

---

\* Dean of the Faculty of Law - Porto School

## The Rich Man and Lazarus

<sup>19</sup> “There was a rich man who was dressed in purple and fine linen and lived in luxury every day. <sup>20</sup> At his gate was laid a beggar named Lazarus, covered with sores and longing to eat what fell from the rich man’s table. Even the dogs came and licked his sores.

<sup>22</sup> “The time came when the beggar died and the angels carried him to Abraham’s side. The rich man also died and was buried. <sup>23</sup> In Hades, where he was in torment, he looked up and saw Abraham far away, with Lazarus by his side. <sup>24</sup> So he called to him, ‘Father Abraham, have pity on me and send Lazarus to dip the tip of his finger in water and cool my tongue, because I am in agony in this fire.’

<sup>25</sup> “But Abraham replied, ‘Son, remember that in your lifetime you received your good things, while Lazarus received bad things, but now he is comforted here and you are in agony. <sup>26</sup> And besides all this, between us and you a great chasm has been set in place, so that those who want to go from here to you cannot, nor can anyone cross over from there to us.’”

My interpretation of this passage of the Bible is not that every rich man is condemned to damnation, or that a person should reject the riches that he or she receives as heritage.

Rather, the crucial aspect is what we make with them to prevent that chasm between rich and poor to emerge. If those riches are used to attain the common good or simply for the selfish good of their owner. I hope the discussion that will unfold in this conference will allow a greater understanding of the ways in which riches may serve the common good.

I wish you a very fruitful discussion in this conference.

# The private law instruments in Law No. 112 of 2016 “Dopodinoi” (“After us”)

ANDREA FUSARO\*

**Abstract:** The objectives of Italian Law No. 112 of 2016 entitled “Provisions on assistance for persons with severe disabilities having no family support” are promoting the welfare, full social inclusion and autonomy of persons with disabilities”, in implementation of commitments of a constitutional level. Both public and private initiatives put into practice such purposes. This law became known as «*Legge Dopodinoi*”, which summarises parents’ concern with ensuring both assistance and economic resources for a disabled or otherwise weak child. In recent decades the Italian system has undertaken to refine instruments intended to meet the overall needs of the weak subject. The practice and legislation have also developed measures to overcome the rigidity of the system such as the trust, the deeds of assignment under Art. 2645-ter C.C and the fiduciary entrustment contract. The news brought by the law is that it expressly states the aim of facilitating the use of private law instruments in favour of persons suffering from “severe disability”. In order to allow the realisation of a “life programme” of the severely disabled person apt to satisfy his/her necessities and needs, tax advantages are recommended for instance for insurance policies, trusts, special funds – consisting of assets subject to constraint of allocation and governed by fiduciary entrustment contracts – also in favour of not-for-profit organisations operating mainly in the charity sector. However, the hermeneutical dispute involving the attribution of real effects to the fiduciary entrustment contract that threatens the achievement of the law's objectives efficiently.

---

\* Università di Genova.

**Key words:** *Legge Dopodinoi*; persons with disabilities; trust; fiduciary entrustment contracts; private law instruments

**CONTENTS:** 1. *The legislator's intention with Law 112/2016.* – 2. *Sphere of reference.* – 2.a. *Administration of support.* – 2.b. *Fiduciary substitution.* – 3. *The civil law instruments recently developed by practice and legislation.* – 3.1. *The trust.* – 3.2. *The deeds of assignment under Art. 2645-ter C.C.* – 3.3. *The fiduciary entrustment contract.* – 3.4. *Tax legislation.* – 4. *The private law instruments in favour of persons affected by 'severe disability'* – 4.1. *The fiduciary entrustment contract.*

## 1. The legislator's intention with Law 221/2016

The text of law No. 112 of 22 June 2016 entitled “Provisions on assistance for persons with severe disabilities having no family support” begins by specifying the objective of “promoting the welfare, full social inclusion and autonomy of persons with disabilities”, in implementation of commitments of a constitutional level. Both public and private initiatives put into practice such purposes.

The first front is identified in respect to “measures of assistance, care and protection in the greater interest of persons with severe disabilities not caused by natural ageing or by senility-related illness, having no family support because neither parent is present or because the parents are unable to provide adequate parental support, as well as in view of the ceasing of existence of family support, through the progressive taking charge of the person concerned already during the parents' lifetime.”

The second takes shape with the aim of “... facilitating disbursements by private subjects, the conclusion of insurance policies and the establishment of trusts, of constraints of allocation for the purposes as per Article 2645-ter of the civil code and of special funds, composed of assets subject to a constraint of allocation and governed by a contract of fiduciary entrustment also in favour of non-profit organisations of social utility...”

## 2. Sphere of reference

The sphere of reference is traditionally identified with the phrase “Dopodinoi”, which summarises parents’ concern with ensuring both assistance and economic resources for a disabled or otherwise weak child. Their aim is to provide for such child the necessary means after their demise or even before, should they become unable to attend to matters personally; to ensure a livelihood, care and protection from aggressive actions by third parties, even by their own initiative. Thus, it is not only the phase following the death of relatives in the ascending line that comes into play. In accordance with this, law 112, as has already been stated, contemplates the establishing of aid for the disabled, for both the ‘after us’ and the ‘during us’ periods (the latter in the case of parents being unable to provide aid).

The solutions devised over time – by legislation and by practice – have variously addressed the two aspects together or, more often, separately. Our civil code – an emulation of the French –, borrowing the economic logic involved, long gave preference to aspects of property, neglecting care and assistance. Disqualification and incapacitation were the measures taken to protect the weak subject from himself, voiding of effect any engagements that he/she might make: the removal of capacity to act – total or partial, graduated in a standardised manner – was a measure protecting the patrimony and only indirectly the person.

In recent decades, our system has undertaken to refine instruments intended to meet the overall needs of the weak subject.

### *2.a. Administration of support*

At the dawn of the third millennium there came into being an Italian regulation of the administration of support,<sup>1</sup> which broadened the perspective, aspiring to take charge of the overall needs of persons disadvantaged for mental or even only physical reasons, as indicated by the change in wording, which shifts from an emphasis on the legal removal

---

<sup>1</sup> By law No. 6 of 9 January 2004, the text of which opens by stating (Art. 1) that the support administration was born with the “aim of protecting, through temporary or permanent support and with the least possible limitation of capacity to act, persons lacking wholly or partly in autonomy in the performance of the functions of daily life.”

of capacity – intrinsic in incapacitation and disqualification – to an emphasis on support provided. The parent is enabled to request the appointment of a support administrator for a weak child having reached the age of majority. A minor is temporarily protected by such condition and under the legal care of the relatives in the ascending line, thus prior designation of the person towards whom the judge will orient himself is practicable (Art. 408 C.C.) With an adult – after ascertainment of the prerequisites – the administration will start, in a manner similar to that under existing provisions for the guardian (Art. 348 C.C.). The difference concerns the extent of the tasks entrusted to the administrator with respect to those assigned to caregivers and guardians, their definition being no longer abstract but rather functional to the specific needs, and the – corresponding – removal of the administrated person’s capacity.

Then general financial liability (Art. 2740 C.C.) – which exposes the whole of the debtor’s assets to the aggressive actions of the creditor – comes into play; reserving for the law the separation of a portion of the wealth intended for the pursuit of a certain end, or in favour of a subject: for this purpose, it is necessary to formalise a transfer to the person or entity that pursues such end. The stringency of the rule stated in Art. 2740 C.C. is, as is well known, the subject of some rethinking, prompted by the growth in number of separated assets.

### ***2. b. Fiduciary substitution***

There is a well-known hostility, reflected in the French Code Civil, towards the bequeathed fiduciary which re-emerged, a bit attenuated, in the Italian civil code of 1942.<sup>2</sup> With the reform of family law, the so-called welfare version has become consolidated: the new rules have modified incapacitation, introducing the exception in favour of subjects

---

<sup>2</sup> As is recalled, “the legislator of 1942... did not produce the rigorous incapacitation as per the repealed Art. 899 C.C. (which stipulated the nullity of ‘any provision whereby the heir or the legatee is bound with whatsoever expression to keep and restore to a third person’, although, in the following Art. 900, it excepted, contrarily to the provisions of the French code, the institution), but established that the person instituted could be a son or brother (or sister) of the testator and that a public body or all the children of the person instituted could be substituted, and that the object of the substitution could be the available share alone”: Cass. 18 September 1998, No. 9320, in *Corr. Giur.*, 1999, 577.

thereof. Articles 692 ff. C.C. stipulate its regulation, reserving use to the parents, to other relatives in ascending line and to the incapacitated person's spouse.<sup>3</sup> Its content is the traditional substance, consisting in the appointment respectively of the child, the descendant, the spouse with the duty to keep and to restore upon his/her death the assets – even those constituting the minimum statutory share of the estate – to the person or entities which, under the supervision of the guardian, have cared for the incapacitated person. The same provision applies in the case of a minor if his/her condition is of such constant mental infirmity as to lead to the presumption that, within the term stated by Art. 416 C.C., the ruling of incapacitation will be pronounced (Art. 692, Sect. 2 C.C.).

According to standing case law, dual vocation,<sup>4</sup> presence in line of inheritance<sup>5</sup> and obligation to keep so as to restore are essential to the party instituted.<sup>6</sup> The prevailing line of interpretation extends the invalidity to the *de residuo* deed of entrustment, the arrangement whereby the testator leaves to a subject the enjoyment of his property with full capacity to dispose of and sell it, at the same time prescribing the duty of such subject to transfer the property – upon the testator's death – to other subjects,<sup>7</sup> insofar as it would nonetheless amount to a constraint

---

<sup>3</sup> “Public order does not preclude the application of a foreign law which permits the fiduciary substitution of a subjective and objective scope larger than that within which the same substitution is permitted by Art. 692 C.C. On the one hand, the fiduciary substitution does not conflict with any constitutional rule. On the other hand, the narrow limits within which it is permitted under the current text of Art. 692 C.C., introduced by Law No. 151 of 19 May 1975, do not apply, merely the transitional rule contained in Art. 238 Sect. 2, of said law, regarding the fiduciary substitutions prior to the entry into force thereof, still governed by the original text of Art. 692 C.C., which permitted them within broader limits”: Cass., 5 April 1984, No. 2215, in *Riv. dir. internaz.*, 1985, 183.

<sup>4</sup> This occurs when the dual vocation concerns the same property or part thereof as a succession or as a legacy, the summoning of the substitute in the same capacity as the party instituted not being required.

<sup>5</sup> It occurs when the same property is bequeathed to two or more subjects, with the obligation for the first party instituted to keep it and to transmit it to the next, who must, however, deliver it as the deceased's successor.

<sup>6</sup> Cass. 18 September 1998, No. 9320, cit..

<sup>7</sup> In the sense that it constitutes an invalid deed of entrustment as per Art. 692 C.C.. App. Cagliari, 15 July 1998, in *Riv. giur. Sarda* 1999, 68, with note by Curtu.

on testamentary freedom.<sup>8</sup> Since, as has been noted, the ‘welfare’ version of the deed of entrustment limits its use in favour of the incapacitated descendant, it proves unusable not only with respect to the weak but legally capable child but even as regards the administrated person, absent express mention in the assistance ruling, as per Art. 411 Sect. 4 C.C.

Established practice has sought to overcome such blockage by means of bequests designed to separate the usufruct from the bare ownership, so as to allocate only the former to the incapable or otherwise weak descendant. The sanction borne by the deed of entrustment has been the subject of a case law examination concerning instances where there emerged generic intents of succession planning, implemented by prescribing the leaving of the bare ownership and the usufruct of inherited property to distinct subjects.<sup>9</sup> A will whereby the usufruct and the bare ownership of the same property are left to different persons does not constitute fiduciary substitution when: the provisions are direct and simultaneous and not in order of succession; the beneficiaries do not succeed one another but rather the testator directly; the consolidation between usufruct and bare ownership constitutes an effect not of the succession but rather of the expansive view of the ownership.<sup>10</sup>

The validity of the provision whereby the parent of an incapable child left her property to her cousins on condition that they assist the child, whilst providing that they enter into possession of the property after the child’s death, has been recognised,<sup>11</sup> since dual vocation in the line of succession and obligation for the child to keep and restore were

---

<sup>8</sup> On the deed of entrustment *de residuo*: Benedetti, G., op. cit., 221 ff.; Talamanca, op. cit., 324 ff.

<sup>9</sup> On the subject, Trapani, G., “Divieto di sostituzione fedecommissaria e attribuzione disgiunta di usufrutto vitalizio e nuda proprietà”, note to Court of Venice, 9 October 2001, in *Familia*, 2002, 2, 575.

<sup>10</sup> Cass., 10 January 1995

<sup>11</sup> The following is the content of the will, which is contained in the holdings of Cass. 18 September 1998, No. 9320, cit.: “I the undersigned, in the fear of my sudden death, dispose of my property in the following manner: I leave to my cousins Rosa and Maria Greco, daughters of a sister of my mother, my property on condition that they assist my daughter either at her house in Via P. Umberto or at that in Via Caracciolo and take care of her with love and Christian charity. My cousins shall enter into possession of the property after my daughter Elisa’s death. I hope that God will give me health for a more detailed will”.

absent; the case in question was deemed to be one not of a fiduciary substitution but rather of the said cousins’ institution as heirs to the bare ownership and of a bequest of usufruct to the incapable offspring.<sup>12</sup>

### 3. The civil law instruments recently developed by practice and legislation.

Only in recent times has the development of measures to overcome the rigidity of our system intensified: practice attended to the matter first, then the legislator.

#### 3.1. *The trust*

The institution of the trust arose from that portion of English law called Equity,<sup>13</sup> to which there is no correspondence in our system<sup>14</sup> but that – according to the traditional view – our system recognises by virtue of the Hague Convention.

---

<sup>12</sup> Cass. 18 September 1998, No. 9320, cit..

<sup>13</sup> “At the origin of trusts, as is well known, is Equity, but at the origin of Equity are the civil law and the Canon law of the 14th to 17th centuries. Thus there is a common heritage of the law of trusts and modern civil law, whence my research hypothesis: if we were to go back far enough in time to find the moment of unity between civil law and trusts and then went ahead until today and put, on one side, the Pandectist school, which in this field has been an accretion of institutions of Roman law devoid of interest for modern Italian civil law (although we still draw an advantage from travelling on an intellectual path that must not confront, as was the case with Equity in England, the changeable political and economic contingencies or the relationship with English civil law, which had its own origins, irreducible to our own), would we be able to propose a legal structure capable of competing with trusts?” On this subject, Lupoi, M., “Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust”, in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, raccolti in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 ore, Roma, 2017, 129. Broader discussions are offered by the same author in *Trusts*, Milan, 2001; *L'atto istitutivo di trust*, Milan, 2005; “I trusts nel diritto civile”, in *Tratt. dir. civ.*, R. Sacco (ed.), *I diritti reali*, vol. 2, Turin, 2004. In the Italian literature one will also note Bartoli, S., *Il trust*, Milan, 2001; Santoro, L., *Il trust in Italia*, Milan, 2004.

The pressing demand for instruments capable of ensuring the separation of assets and the enormous merits of the foreign instrument<sup>14</sup> have led to the warm welcome given by practice to the so-called domestic trust,<sup>15</sup> whose only link with a jurisdiction that contemplates the institution is the mention of the related law. The trajectory is worthy of notice for many reasons, which amount to so many grounds for its consignment to the annals of legal history, conducted in accordance with the canons of legal realism: the fusion of theoretical legitimacy and practical convenience; the strategic penetration within case law by way of the path of least resistance (non-contentious jurisdiction) in such manner as to accumulate favourable precedents obtained in the absence of inter partes procedures; the annihilation of the filters determined in an initial phase to safeguard the consistency of the system, in particular the lack of any similar instrument. However, the vagueness of this last parameter has operated as a viaticum for the elimination of that barrier, thus allowing the trust to superimpose itself on the Italian elements by virtue of the different structure, obviously unprecedented for our system.

There have been some discordant voices,<sup>16</sup> deeming the circumscribed recognition of the trust to be rooted in a foreign system, that is to say containing elements extraneous to the applicable law. The tones employed are often sharp, for instance when a manifestation of the ‘legally grotesque’ is noted in the debate having developed over the last thirty years<sup>17</sup> or when it is claimed that there has been an outbreak

---

<sup>14</sup> Well illustrated by Graziadei, M. and Rudden, B., “Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund”, in *Quadrim.*, 1992, 458.

<sup>15</sup> Well-known subtle observation by Lupoi, M., of whom one will recall *Trusts*, cit., and *L'atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milan, 2005. A summing up of the conceptual matter is offered by Gatt, L., “Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta”, in *Notariato*, 2011, No. 3, 280.

<sup>16</sup> Contaldi, L., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milan, 2001; Gazzoni, F., “In Italia tutto è permesso anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)”, in *Riv. not.*, 2001, 1247; Gazzoni, F., “Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista ‘non vivente’ su trust e trascrizione)”, in *Riv. not.*, 2001, 11; Castronovo, C., “Il trust e ‘sostiene Lupoi’”, in *Eur e dir. priv.*, 1998, 441.

<sup>17</sup> Castronovo, C., *Eclissi del diritto civile*, Milan, 2012, p. 162, considers that this debate has “something of the incredible” about it, in that “... from an innocent convention meant to resolve the conflict of laws there can be generated around a trust characterised by profiles of internationality the fervent fantasy of certain interpreters of ours – from which a not

of conceptual ambiguity as to the suitability of and the modalities for transplanting this foreign institution into our system, now rooted and difficult to extirpate;<sup>18</sup> there are even those who affirm that, in the field of trust, “horses are grouped with (it is fitting to say) donkeys, that is to say, Italian law, English law, international private law conventions are mixed together and perhaps, in order to demonstrate the civil law origin of the trust itself, almost as though this historical discovery would legitimate its surreptitious introduction into a non-trust system like ours.”<sup>19</sup> It is therefore necessary to bear in mind that – as is recalled in the specialist discussions – “governance of a trust appertains to the foreign legal system chosen by the instructing party in the instrument of establishment.”<sup>20</sup>

The drawing up of a deed of trust requires identification of the trustee, of the guardian, of the beneficiaries and of the applicable law, which cannot be Italian law, since – as noted – it does not recognise this instrument; an optimal knowledge of the different laws of trust, to be chosen also according to consistency with the objectives set, is required. The establishment of the trust does not necessarily presuppose the assignment of the assets to be managed and then allocated, which may occur afterwards, in the settlor’s lifetime, or with the will.

A trust is particularly advisable in order to respond to the needs of the ‘after us’, making it possible to dissociate the property from its enjoyment,<sup>21</sup> to defer the allocation of the former and to stagger it over time

---

disinterested practice has been scratched out – without striking a blow has succeeded in making the issue circulate...”

<sup>18</sup> Gatt, L., *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Naples, 2009, 6, remarks in particular in note 10 that one must not forget the fact that “the work of M. Lupoi, in common with any work of scientific value, offers one of the possible interpretations/reconstructions of the matter examined which is and remains specific to foreign law even (and especially) if it is made the subject of a comparative analysis.”

<sup>19</sup> Gazzoni, F., “In Italia tutto è permesso anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)”, cit., 1250.

<sup>20</sup> Lupoi, M., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciari*, Milan, 2010, in preface.

<sup>21</sup> Ferrando, G., “Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3, 977 ff.; Piscetta, M. and Mazzoleni, R., “Il trust ‘dopo di noi’ per il sostegno ai disabili”, in *Enti non profit*, 2012, 6, 16 ff.; Tucci, G., “La tutela del figlio disabile tra nuove ‘fiducie’ e/o ‘affidamenti fiduciari’, trust e clausole testamentarie tradizionali”, in *Trust att. fid.*, 2011, 13 ff.; Di Landro, A. C., “La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione,

in favour of other subjects.<sup>22</sup> The trust is recommended for its combining of flexibility and structuring in its rules; it has arrived in our system as an institution of foreign law, with which domestic lawyers are not always familiar: it therefore requires intervention by experts in the field, competent in respect to the regulations referred to. On the basis of favourable legal theory, the so-called tricolour or domestic trust has spread in practice, since all the elements – subjective and objective – are Italian, apart from the applicable law invoked, chosen from amongst the jurisdictions which contemplate it.<sup>23</sup>

The widespread use in practice, in versions which are not always orthodox<sup>24</sup> with respect to any foreign source, has led one to note the assimilation of the trust into our system, as witnessed by legislative, ministerial and case law elements.

On the first front, rooting of the trust in domestic law is suggested by the presence of the institution in numerous laws and measures having force of law, with particular reference to international, taxation and

---

atti di destinazione e trust”, cit., 493 ff.; Venchiarutti, A., “La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno”, cit., 46 ff.

<sup>22</sup> The taxation of assignments in trust is inscribed in Article 2, clause 47 of Decree Law 262/2006, converted with amendments and additions by Law 286/2006, which extends the applicative scope of the tax on inheritances and donations to the “establishment of constraints of allocation”; the regulation has been illustrated by a Revenue Agency circular (22 January 2008, No. 3/E), making it clear that “the establishment of assets in trust is subject, in all cases, to application of the tax on inheritances and donations, regardless of type of trust”. The result is taxation with regard to the final beneficiary: in substance, the allocation implemented by means of his/her specification as a beneficiary of the trust is subject to tax treatment equivalent to that of donations and succession.

<sup>23</sup> Risso, L. F., Muritano, D., “Il trust: diritto interno e Convenzione de L’Aja. Ruolo e responsabilità del notaio” in S. Bartoli, M. Graziadei, D. Muritano, L. F. Risso, *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, Rome, 2007.

<sup>24</sup> Lupoi, M., “Si fa presto a dire “Trust””, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, pp. 669 ff., observes that the Italian corpus on the subject benefits from numerous contributions from lawyers who have over the last twenty years proposed different interpretations, as well as interpretations in contrast with each other, which may be grouped “under the common factor of having looked at the trust and not seen it.” In presenting the peculiarities and specificities of the English trust, conducting a review of the studies of the most authoritative interpreters of the subject, the author points to the difficulty of definition encountered by the practitioner of the comparative method who, availing himself of concepts unknown to the domestic system, should “do his best to create an equivalent of that institution in our law.”

criminal matters (it is fitting to recall measures aimed at combating money laundering, receipt of stolen goods or terrorism).<sup>25</sup>

The reflection benefits from an extensive body of law which contemplates the Anglo-Saxon instrument sometimes<sup>26</sup> by grouping it with limited companies, partnerships and foundations, with other laws<sup>27</sup> likening it (also) to joint ventures, sole proprietorships or associations under the common label ‘legal person’.

As in the law commented on,<sup>28</sup> use of the trust is often presented as an alternative to “other legal subjects” such as “firms, companies, limited companies, public limited companies, associations, limited partnerships, joint ventures established as companies,”<sup>29</sup> implicitly recognising the institution’s citizenship within the legal system.

Already under the Finance Act of 2007,<sup>30</sup> the legislator had prescribed the inclusion of the trust amongst the subjects on which company income tax is imposed.<sup>31</sup>

A trend contrary to those legislative texts which authorise the use of the trust, sometimes prescribing abidance by certain requirements,<sup>32</sup> is the regulation of the law governing the legal profession which, in allowing the exercise thereof in company form (according to the type of partnership, limited company or cooperative enrolled in a special section of the professional register kept by the bar in whose district such company has its offices), expressly prohibits “shareholding through trust companies, trusts or persons interposed.”<sup>33</sup>

The absorption of the trust into the domestic system is, moreover, signalled by the references made to the institution in the ministerial

---

<sup>25</sup> Amongst these, Legislative Decrees No. 231 of 21 November 2007, No. 231 of 21 November 2007 and No. 56 of 20 February 2004.

<sup>26</sup> In the sphere of international cooperation.

<sup>27</sup> Amongst the agreements made in the EU context one may recall Law No. 186 of 3 October 2016.

<sup>28</sup> Law No. 112 of 22 June 2016 – Provisions on assistance for persons with severe disabilities having no family support.

<sup>29</sup> Law No. 153 of 19 December 2013.

<sup>30</sup> Law No. 296 of 27 December 2006.

<sup>31</sup> Art. 73 of d.p.r. No. 917, 22 December 1986.

<sup>32</sup> Art. 96, Sect. 1, para. a) Decree Law No. 1 of 24 January 2012 (G.U. No. 19, 24 January 2012) converted, with modifications, into Law No. 24 of 24 March 2012.

<sup>33</sup> Art. 4-bis, Law No. 247 of 31 December 2012.

context, albeit often within illustrative lists of legal instruments (for example companies and entities) whose ‘similar structure’ allows an equivalence.<sup>34</sup> By way of example, they do not provide any definition of ‘trust’, likening it, thus, to other institutions which instead are covered by regulation under our system, the ministerial decree having been issued with the aim of specifying indicators of anomaly apt to identify transactions suspected by the public authorities of money laundering and funding terrorism<sup>35</sup> as well as that intended to detect suspected money laundering manoeuvres on the part of certain categories of professionals and auditors.<sup>36</sup>

Moreover, the Italian legal system deals with the ministerial sources regarding taxation<sup>37</sup> employed to state the requirements which the trust must meet in order to constitute a valid instrument within the meaning of the legislation: also in these cases, use of the trust is taken for granted.

On the third front, one may note a number of pronouncements that lead to the registering of the foreign institution’s assimilation, albeit often in a distorted manner with respect to Italian law. Examples of this are the many cases brought before the Italian Court of Cassation concerning the – erroneous – attribution of legal personality to the trust, or those regarding<sup>38</sup> liquidating trusts, established for the purpose of

---

<sup>34</sup> Decree of the Ministry of Economy and Finance No. 141 of 3 February 2006.

<sup>35</sup> Decree of the Ministry of the Interior No. 90313 of 25 September 2015.

<sup>36</sup> Decree of the Ministry of Justice No. 45332 of 16 April 2010.

<sup>37</sup> Decree of the Ministry of Economy and Finance No. 93874 of 28 December 2015. Decree of the Ministry of Economy and Finance No. 88444 of 6 August 2015. Decree implementing Law No. 95 of 18 June 2015, ratification of the Agreement between the Government of the Italian Republic and the US Government.

<sup>38</sup> Cass. 22 December 2011, No. 28363: a case of a trust established under Australian law in which a motorcar had been registered as an asset; the trustee was a lady who, whilst driving, was subjected to a fine for speeding. She challenged the fine asserting that, the vehicle being in the name of a foreign trust, no liability could be ascribed to her since she was not its owner: in her opinion the owner of the property was the “trust”. The Court of Cassation, whilst recognising the lawful establishment of the trust, however dismissed the challenge maintaining that the institution “is not a legal entity endowed with a personality of its own and the trustee is the sole reference entity: it is the trustee, who is not the legal representative of the trust but the person who disposes of the right, who intervenes in relations with third parties; the trustee’s financial liability for actions and deeds carried out in the exercise of his/her function, according to the applicable regulatory law, may be personal and unlimited

segregating the assets of the undertaking in liquidation and avoiding the legal procedures of bankruptcy.<sup>39</sup>

---

(except for the right to reimbursement), as indeed is the case in the United Kingdom, or with third parties' right to be satisfied directly with the fund in trust". In 2017 the Court ruled on several disputes: in the first (Cass. 27 January 2017, No. 2043), a debtor had assigned some items of real property to a trust which he had autonomously appointed himself trustee of. His creditor had then served on the trust an order to pay, but the judge had stayed the enforcement proceedings beforehand because of the legal non-existence of the subject against whom proceedings were brought. The creditor had filed a writ of opposition claiming that the trust was excluded from subjectivity but the Court of Cassation dismissed this, reiterating its position: in particular, it focused on the nature of the institution – not yet defined as an “entity endowed with legal personality” but simply as a “set of assets and relationships meant for a determinate end”; moreover, it invoked the rule whereby the only subject who may deal with third parties is the trustee “and, therefore, the assets assigned to trust must be foreclosed against this subject’s debt since, were there a foreclosure against the trust, a legally impossible case under the current domestic system could be expected”.

<sup>In</sup> the second (Cass. 19 May 2017, No. 12718) the applicants, a married couple, had set up two trusts: the assets of the first were composed of the shares of one of their companies, at that time in liquidation, and they had appointed themselves first beneficiaries and trustees of same; the second trust, on the other hand, had a liquidating function: the beneficiaries were the creditors of the same company, and amongst these was a former employee who complained of not having received the indemnity in lieu of notice; for this reason he had sued the spouses in their capacity as trustees. The lower courts first and then the Court of Cassation allowed his claim, again excluding the concept of the trust as an autonomous subject liable to lawsuit, and holding that it was correct to bring action against the trustees; it was also evidenced that the assignment of the company shares was ineffective with respect to the creditor position because it had occurred in violation of Art. 2740 C.C.

<sup>Once</sup> again, therefore, mention is made of the principle whereby the trustee is the sole reference entity in relations with third parties. The Court, moreover, specified that the first of the two trusts was “fundamentally null and void because contrary to Art. 2 of the Hague Convention 1985”, since the roles of settlor, beneficiary and trustee cannot coincide.

<sup>39</sup> Cass. 9 May 2014, No. 10105 ruled regarding a trust established by the liquidator of a company, later accused by the creditors of not having conducted any activity in their favour and of having established the trust merely in order to circumvent the rules of insolvency proceedings. The Court, after having reaffirmed that the institution is not endowed with autonomous legal personality and that therefore the trustee is the reference entity in relations with third parties, recalled that so-called “liquidating” trusts were to be considered null and void under Art. 1418 C.C. which observes the effect of “taking away from the organs of the bankruptcy proceedings the function of liquidating the assets, contrary to the mandatory rules of insolvency and, therefore, intended to obstruct a supervised liquidation in leaving the same to the discretion of the trustee”. In short, the system cannot grant protection to the trust

Our law would therefore seem a candidate for providing the instrument with its own regulation.<sup>40</sup>

### 3.2. *The deeds of assignment under Art. 2645-ter C.C.*

Art. 2645-ter C.C. modifies the meaning of “separation of assets”, in the past limited to the aforementioned cases, now accepted in a generalised manner on the basis of an atypical deed of assignment where previously they were typical with respect to the function (assets fund) or to the subject (Art. 2447-bis C.C.).<sup>41</sup> The constraint of allocation must state the purpose, which must be worthy. Alongside more general references, the text of the provision speaks of “persons with disabilities”; thus, the instrument shows a specific suitability for ‘after us’. The subject of the constraint of allocation is the *in rem* right of enjoyment of real property, reasonably the ownership, but certain requirements may be satisfiable by grounding the constraint in another right: usufruct alone in favour of a disabled person would also be useful, and is recommended for its life-long duration.

Regarding the purpose of the law, it has been discussed whether this is to recognise a separation of assets that is a product of the allocation, which is endowed with a public character, or whether the law grounds such separation in the recording of property; the answer, of course, will depend on the privileged view regarding the scope of private autonomy with respect to the creation of separate assets.<sup>42</sup>

---

which presents as its concrete cause that of separating all of the assets of the enterprise to the detriment of the public bankruptcy procedure.

<sup>40</sup> “The aspects of legitimacy of the domestic trust having by now been settled, the decision of the Court of Cassation (No. 2043, 2017) marks a further step towards the development of rules for the “domestic trust” entity; these very often cannot correspond to those of the systems of origin, and so it is, given that juridical flow, that there occurs a metabolization of the trust”: Lupoi, M., “La metabolizzazione del trust”, in *Corr. Giur.*, 2017, 6, 781 ff.

<sup>41</sup> Bonini, R. S., *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all’interpretazione dell’art. 2645-ter C.C.*, Naples, 2015; Morace Pinelli, A., “Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti e persone fisiche”, in *Commentario del Codice civile e codici collegati*, Scialoja-Branca, Bologna, 2017a.

<sup>42</sup> Scepticism has recently been shown in noting that “the limitation of financial liability is not written in the code, but rather, provided that they have been registered beforehand, ‘the

### 3.3. *The fiduciary entrustment contract*

In contrast to the trust, fiduciary entrustment contracts are a legal structure developed by recent legal theory, “a new construction, not yet upheld by any specific support in case law or legislation, apart from the recent San Marino law on fiduciary entrustment.”<sup>43</sup> Partial retrieval has been made of studies into the fiduciary agreement, an institution supported by a prestigious tradition which includes famous scholarly contributions,<sup>44</sup> of certain instances in case law<sup>45</sup> and of some references in legislative texts – especially regarding company shareholdings;<sup>46</sup> as is well known, its admissibility is nearly undisputed, whilst its actual effectiveness is generally excluded.<sup>47</sup>

The theoretical basis of the fiduciary entrustment contract has not replicated this model but has rather re-elaborated it in order to forge an entity for which there is not only an illustration of its lawfulness<sup>48</sup> but

---

assets assigned ... may constitute an object of enforcement ... solely for debts contracted for such purpose’, that is, for the purpose of allocation. One thing is therefore exchanged for another: the exemption from liability, which is the essence of the separation, for the exemption from enforcement. And this is according to the rules, which distinguish the ways of preserving the guarantee of assets depending on whether these are present or future” (on the subject: Gentili, A., “Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l’affidamento fiduciario”, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 Ore, Rome, 2017, 142).

<sup>43</sup> Lupoi, M., “Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario”, cit., adds “... It thus emerges that the rules applicable to trusts offer a greater degree of reliability than that ensured by fiduciary entrustments which employ, however, the general principles of our system, in addition to our criteria for interpreting contracts”.

<sup>44</sup> Pugliatti, S., “Fiducia e rappresentanza indiretta”, in *Diritto civile*. Saggi, Milan, 1951, 246; Carnevali, U., “Intestazione fiduciaria”, in *Diz. dir. priv.*, N. Irti (ed.), *Dir. civ.*, 1, 1980, 455 ff.; Id., “Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario”, in *Enc. giur.*, XX, Rome, 1990, 3; Graziadei, M., “Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario”, in *Quadr.*, 1990, I, 1 ff.

<sup>45</sup> Amongst the many cases are Cass., sez. II, 7 August 1982, No. 4438; Cass., sez. II, 18 October 1991, No. 11025; Court of Pesaro, 9 March 2009, in *Soc.*, 2009, 751; Cass., sez. I, 21 March 2016, No. 5507.

<sup>46</sup> Law No. 1966 of 23 November 1939.

<sup>47</sup> Cass, sez. II, 1 December 1992, No. 12830.

<sup>48</sup> “The fiduciary entrustment contract is a polyfunctional structure, thus a set of invariant components, some necessary, others optional depending on circumstances, which are causally neutral; the structure becomes a legal relationship when it is made to serve a programme

even a claim of its enforceability, in terms of suitability for the separation of assets.<sup>49</sup> Prior to the approval of law 112/2016 this model was to be found only in the pages of the literature having conceived of it, in certain notarial deeds<sup>50</sup> and some decisions in non-contentious jurisdiction whereby its stipulation was authorised in the interests of the assisted person, rulings not at all apt to have a bearing on the segregative effect desired by the applicant.<sup>51</sup>

---

because the latter vivifies it in a contract, of which it provides the cause...": Lupoi, M., "Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust", cit., 131.

<sup>49</sup> "... the non-confusion between the assets entrusted and the other assets of which the fiduciary carer is the holder arises from the recognition of the conformation of the fiduciary carer's entitlement and therefore rights; it is not, therefore, a matter of the reflected effects of the instrument or of the production of limiting consequences for third parties extraneous to the relationship, but of a taking into account a legal datum which produces between the parties the same effects as it produces for third parties; thus there exists no distinction between direct effects and reflected effects, but there is a normal operation of an entitlement upheld, for enforceability purposes, by formal indications. In practical life it will be a matter of assessing how to manifest the external formal indications when these concern assets not entered in the public records, but we dispose of sufficient regulatory requirements, for example with reference to third-party proceedings as per Art. 619 ff. of the code of civil procedure.": Lupoi, M., "Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust", cit., 132.

<sup>50</sup> "... the entity ... has had an ever broader application, emerging in both case law and, recently, legislative contexts, since law No. 112 of 22 June 2016 (on assistance for persons with severe disabilities and no family support), although in no manner defining its structure, repeatedly likens it in its effects to the trust (taking its existence in legal experience for granted)": Lipari, N., "Introduzione", in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, published in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 Ore, Rome, 2017, 124, adds "What I would like to highlight, in terms of general theory – and I believe that we shall have, from various points of view, confirmation of it from the contributions to follow – is that (whether the fiduciary entrustment constitutes one type of agreement or denotes a plurality of types) it is certain that its affirmation in legal experience accentuates a new way of setting oneself so-called forming elements, and in particular a new way of recognising contractual autonomy".

<sup>51</sup> The Tutelary Judge of the Court of Genoa, at the request of an administrator of support whose son had been the victim of an accident, authorised the making of a fiduciary entrustment contract, the parties to which were the parents themselves. In the fund, some flats were to be included along with the sums still to be paid as compensation for personal injury; the

### 3.4. Tax legislation

Tax legislation has long provided for accommodating treatment when an heir has a severe handicap, recognised as such under law 104/1992: inheritance tax applies exclusively to the value in excess of €1.5 million (Article 2, section 49-*bis*, D.L. 262/2006).

## 4. The private law instruments in favour of persons affected by ‘severe disability’

Law No. 112 of 22 June 2016 expressly states the aim of facilitating the use of private law instruments in favour of persons suffering from ‘severe disability’, a situation coinciding with that of severe handicap, certified as understood by Art. 3, section 3 law No. 104 of 5 February 1992,<sup>52</sup> which defines those whose lack of personal autonomy, in relation to age, necessitates efforts of permanent, continuous and over-

---

management would be entrusted to the mother, whilst the term of the contract would coincide with the administered subject’s attainment of autonomy, after which the assets would become his, free from any constraint (Court of Genoa, 31 December 2012, in *Trusts*, 2013, 422).

The Tutelary Judge of Civitavecchia authorised an administrator of support to conclude, with the sister of the child administered, a fiduciary entrustment contract whereby, upon the transfer of the portion of ownership of a property which the two shared, she undertook to cover personally the costs of its renovation, which the other could not afford, and also promised to pay her an annuity; in the recourse proceedings the conviction was stated that such contract was the only instrument capable of achieving the intention – of the one – to allow her nephews, children of her sister, to benefit, at her own death, from the respective portion of ownership, and – of the other – to guarantee the sick child a certain monthly sum, the disbursement of which would be independent of the contingencies of the life of the sister bound by the aforementioned pledge (Court of Civitavecchia, 4 December 2013, in *Trusts*, 2014, 299).

<sup>1n</sup> another case the Tutelary Judge authorised the mother of a girl, completely incapable, in her capacity as support administrator, to make a fiduciary entrustment contract to allocate a flat to the girl in order to satisfy her needs, as long as she should live, avoiding confusion between the flat and the rest of her property, and its falling within her estate (Court of Genoa, 30 January 2014, in *Trusts*, 2014, 511).

<sup>52</sup> “... Should the disability, single or multiple, have reduced personal autonomy in relation to age in such manner as to require efforts of permanent, continuous and overall assistance in the individual sphere or in a related sphere, the situation takes on the connotation of severity” (Art. 3, Sect. 3, law No. 104 of 5 February 1992).

all assistance.<sup>53</sup> Art. 1 of law No. 112 postulates the further precondition that it be a question of subjects having no “family support because neither parent is present or because the parents are unable to provide adequate parental support”, but an extension applies considering the prospect of “family support ceasing to exist.”<sup>54</sup> Arts. 3 and 4 of law No. 112 establish a fund for the assistance of such persons, specifying the arrangements for access to support measures<sup>55</sup> and the purposes to be pursued with same. The subsequent interministerial decree to which Art. 3 of this law refers for identification of the requirements for access to the fund has since been approved.<sup>56</sup>

In order to allow the realisation of a ‘life programme’ of the severely disabled person apt to satisfy his/her necessities and needs, tax advantages are recommended for: insurance policies (Art. 5), trusts, constraints of allocation under Art. 2645-ter C.C., special funds – consisting of assets subject to constraint of allocation and governed by fiduciary entrustment contracts – also in favour of not-for-profit organisations operating mainly in the charity sector (Art. 6). Use of the instruments

---

<sup>53</sup> Muritano, D., *La legge sul Dopo di noi. Prime osservazioni sugli aspetti civilistici*, cit., which points out that “this, for obvious reasons, does not exclude the possibility that the agreements envisaged by the same may be made in favour of persons whose disability is not severe within the meaning of Art. 3, Sect. 3 of law 104/92. In such case, simply, one cannot benefit from the tax advantages.”

<sup>54</sup> It has been observed, on the lexical level, that – in light of the text of the provision – the support in question is not that of the family but of the parents. With regard to those whom the law addresses, it has been noted that the concept of “severe disability” corresponds to no situation certified under current legislation, but rather coincides with the serious handicap, which is thus a requisite for application of the law; therefore “the certification of invalidity as per L. No. 1118 of 1971, even if stating an invalidity of 100%, or other certifications stating a condition of disability, are not sufficient from this point of view”: on this subject, Arconzo, G., “La L. n. 112 del 2016: i diritti delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare”, in *Corr. giur.*, 2017, 4, 517.

<sup>55</sup> “The access to measures of assistance, care and protection provided by the Fund is subject to requisites to be identified by decree of the Minister of Labour and Social Policies, to be issued within six months from the date of entry into force of this Law, in accord with the Minister of Economy and Finance and with the Minister of Health, after agreement at the Unified Conference referred to in Article 8 of Legislative Decree No. 281 of 28 August 1997. With the same procedure the Minister of Labour and Social Policies shall attend annually to the allocation of the Fund resources”: Art. 3, Sect. 2, law 112/2016.

<sup>56</sup> With Interministerial Decree of 23.11.2016.

contemplated is the subject of various incentives, all from a tax standpoint: greater deductibility for premiums paid on insurance policies covering the risk of death intended to protect persons with severe disabilities;<sup>57</sup> exemption of the deed of separation of assets from the donation tax (Art. 6, Sect. 1, law 112/2016) and fixed application of mortgage taxes and cadastral and registry fees (Art. 6, Sect. 6, law 112/2016); exemption from stamp duty for instruments relating to the management of separated assets (Art. 6, Sect. 7, law 112/2016); greater deductibility of donations made by private individuals (Art. 6, Sect. 9, law 112/2016); possible easing of property tax, subject to local budget forecast (Art. 6, Sect. 8, law 112/2016). As regards insurance policies, the raising of the threshold of deductibility of premiums from personal income tax is subject to the condition that they be “intended to protect persons with severe disabilities as defined in Article 3 Sect. 3 of law No. 104 of 5 February 1992, verified in the manner as per Article 4 of the same law”. Of particular importance is the exemption from inheritance tax and donations for the assets and rights assigned to a trust or bearing a constraint of allocation and for assets allocated to special funds set up in favour of persons with severe disabilities (Art. 6, Sect. 1, law 112/2016), contingent on certain requirements.<sup>58</sup> Pertaining to the teleological profile is the provision, as exclusive purpose, of the social inclusion, care and assistance of persons with severe disabilities, in whose favour they are established, a purpose to be expressly stated in the instrument establishing the trust, in the regulations for the special funds or in the instrument establishing the constraint of allocation (Art. 6, Sect. 2). Alongside this requirement there are others, both formal and structural.

The first consists in public form (Art. 6, Sect. 3, para. a) C.C.), an altogether superfluous requirement with respect to instruments of allocation, since it is already stated in Art. 2645-*ter* C.C. The other requirements regard the content and are stated indifferently concerning “the instrument establishing the trust or the fiduciary entrustment contract

---

<sup>57</sup> Art. 5, Sect. 1, law 112/2016.

<sup>58</sup> “Assignments of assets and rights to trusts or to special funds as per Sect. 3, Art. 1 or the constraints of allocation as per Art. 2645-*ter* of the civil code, established in favour of persons with severe disabilities as defined in Article 3 Sect. 3 of law No. 104 of 5 February 1992, verified in the manner as per Article 4 of the same law, are subject to mortgage taxes and registry and cadastral fees applied in a fixed manner”: Art. 6, Sect. 6, law 112/2016.

which regulates the special funds referred to in Sect. 3 of Art. 1 or the instrument establishing the constraint of allocation as per Art. 2645-*ter* of the civil code.” In the meantime, the analytical character of the text is at issue, as has been pointed out with regard to certain effects: the identification “in clear and unequivocal manner” of the “subjects involved and the respective roles”; the description of specific functionalities and needs of the persons with severe disabilities in whose favour they are established; the specification of “assistance activities necessary to ensure the care and satisfaction of the needs of persons with severe disabilities, including those activities aimed at reducing the risk of institutionalisation of the same persons with severe disabilities” (Art. 6, Sect. 3, para. b) C.C.). It is also required that the sources listed “identify, respectively, the obligations of the trustee, of the fiduciary and of the manager, with regard to the life project and the objectives of well-being which the same must promote in favour of persons with severe disabilities, adopting all measures appropriate to safeguard their rights” (Art. 6, Sect. 3, para. c) C.C.), and also specify “the obligations and the manner in which the trustee or the fiduciary or the manager is to report” (Art. 6, Sect. 3, para. d) C.C.); also “the exclusive beneficiaries” who must be “persons with severe disabilities” (Art. 6, Sect. 3, para. d) C.C.); moreover, that the “assets of whatsoever nature, assigned to the trust or the special funds referred to in Sect. 3 of Article 1, or the immovable property or the movable property recorded in public registers and bearing the constraint of allocation referred to in Article 2645-*ter* of the civil code be allocated exclusively for the attainment of the purposes of assistance of the trust or of the special funds or of the constraint of allocation” (Art. 6, Sect. 3, para. e) C.C.). Also required is the identification of the “subject in charge of monitoring the obligations imposed with establishment of the trust or with that of the special funds or of the constraint of allocation borne by the trustee or the fiduciary or the manager”, with the specification that “such subject must be identifiable for the entire duration of the trust or special funds or constraint of allocation” (Art. 6, Sect. 3, para. f) C.C.). The term of duration must coincide with “the date of death of the person with severe disability” (Art. 6, Sect. 3, para. g) C.C.). Finally, the instrument establishing the trust or the fiduciary entrustment contract governing the special funds referred to in Sect. 3 of Article 1 or the instrument establishing the constraint of allocation referred to in Article

2645-*ter* of the civil code must establish “the allocation of the residual assets” (Art. 6, Sect. 3, para. h) C.C.).

The tax exemption is extended to cover the eventuality of recovery of the assets by the settlors in the event of the beneficiary’s predecease,<sup>59</sup> whilst otherwise the taxes are payable as usual.<sup>60</sup>

#### ***4.1. The fiduciary entrustment contract***

If the projected purpose of the instruments listed in Art. 6 were allowed to include allocations not only of tax-related value but also of civil-law value, its scope would indeed be forceful. It could not only dispel the residual perplexities concerning the welcome to be accorded to the trust, even the domestic trust, but it would also decree the entry in our positive legal system of new institutions, such as the fiduciary entrustment contract and the funds. The author of the theory evoked has, of course, taken this side, remarking that “the enforceability of this configuration with respect to third parties is now stipulated by law No. 112, since otherwise it would have made no sense to put the fiduciary entrustment contract on a par with the trust and the constraints of allocation: if all three have been deemed by the legislator to be legal relationships apt to ensure that certain assets are intended for the severely disabled person’s life project, all three must have in common: the protection

---

<sup>59</sup> “In the event of the death of the beneficiary prior to that of the subjects having established the trust or stipulated the special funds referred to in Sect. 3 of Article 1, or constituted the constraint of allocation referred to in Article 2645-*ter* of the civil code, the assignments of real property and rights to the aforesaid subjects shall enjoy the same exemptions from inheritance and donation tax as prescribed in this article and the registry and cadastral fees and mortgage taxes shall apply in a fixed manner”: Art. 6, Sect. 4, law 112/2016.

<sup>60</sup> “Apart from the hypothesis as per Sect. 4, in the event of the death of the beneficiary of the trust or of the contract governing the special funds as per Sect. 3 of Article 1 or of the constraint of allocation as per Article 2645-*ter* of the civil code established for persons with severe disabilities, as defined in Article 3 Sect. 3 of law No. 104 of 5 February 1992, as determined in accordance with Article 4 of the same law, the transfer of residual assets, within the meaning of para. h) of Sect. 3 of this article, is subject to the inheritance and donation tax prescribed by Article 2, Sect. 47 to 49 of decree-law No. 262 of 3 October 2006, converted, with modifications, by law No. 286 of 24 November 2006, and subsequent modifications, in view of the ties of kinship or marriage existing between settlor, grantor and recipients of the residual assets”: Art. 6, Sect. 5 of law 112/2016.

of those assets as regards their temporary holder's vicissitudes: trustee, carer, manager, fiduciary, however one wishes to call that person."<sup>61</sup>

Other famous scholars have gone in the same direction, emphasising "the tone of presumption with which law No. 112 of 22 June 2016 takes the fiduciary entrustment contract as given,"<sup>62</sup> albeit noting that the framework of regulation "cannot yet be considered fully designed."<sup>63</sup> This reading has met with some approval<sup>64</sup> and appears to be seen as evident by the adepts of tax law.<sup>65</sup>

Art. 6 of law 112/2016 mentions the funds, specifying merely that "they must pursue as sole objective the social inclusion, care and assistance of the persons with severe disabilities in whose favour they are instituted" and that the fiduciary entrustment contract governing them

---

<sup>61</sup> "... I have sought to translate the complex of data thus far summarily addressed ... in terms of contemporary Italian civil law; the comparison with foreign legal practice in the trust field has led me to add another fact, which, I consider, takes on the role of a burden: to identify rules that mean to ensure the self-protection of the predominant interests in each specific fiduciary entrustment contract, confining intervention by the courts to exceptional cases. The outcome is the proposal of the fiduciary entrustment contract illustrated in my monograph and which has been adopted by law No. 112 together with the trusts and constraints of allocations": Lupoi, M., "Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust", in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, published in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 Ore, Rome, 2017, p. 130.

<sup>62</sup> "... Considering the instrument as an alternative to the trust, it demonstrates in peremptory manner what we had discovered well before: that, in the reality of the post-modern (in a more conspicuous way than in the past), the legislator is bound inexorably to arrive last with the function of recording (often, as in the case, even in implicit terms) what has already occurred inexorably. Indeed, the juxtaposition to the trust, henceforth taken as read, at its root supersedes the discussions that impassioned some of us a few years ago when we were reacting to the instances of resistance met by the recognition and application in Italy of the so-called domestic trust": Lipari, N., "Introduzione", in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, cit., 127.

<sup>63</sup> Lipari, N., "Introduzione", cit., p. 126.

<sup>64</sup> Zanelli, P., *La legge sul "Dopo di noi"*, paper presented at the conference *Prospettive di riforma del diritto civile. Interessi fondamentali della persona e tutela del mercato*, Università La Sapienza, 27 January 2017 organised by the Associazione Civilisti Italiani.

<sup>65</sup> Gallio, F., "La legge 'dopo di noi' codifica il trust e uno strumento alternativo: l'affidamento fiduciario", in *Fisco*, 2016, 2836 ff.

must identify “clearly and unambiguously the subjects involved and their respective roles” and describe “the functionality and the specific needs of the persons with severe disabilities in whose favour they are established”; in addition, the “assistance activities necessary to ensure the care and satisfaction of the needs of persons with severe disabilities,” as well as the fiduciary’s obligations of and procedures for reporting, the subject in charge of monitoring the obligations imposed on the fiduciary, the term of duration of the funds (coinciding with the date of death of the person with severe disability) and the allocation of the residual assets.<sup>66</sup>

It has been observed that ‘fund’ is a word which in the Italian legal vocabulary bears a number of meanings:<sup>67</sup> it would seem that there had been received, in a legislative text of a configuration produced by legal theory and bereft of any basis in positive law,<sup>68</sup> whose existence is to be found in the model contract prepared by the very author of the construction of the fiduciary entrustment<sup>69</sup> and in some notarial deeds that have

---

<sup>66</sup> Atlante, N., Cavalaglio, L., “I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge ‘Dopo di noi’: una nuova ipotesi di patrimonio separato?”, in *Riv. Not.*, 2017, 227 observe that “all the prescriptions will obviously have to be transcribed in dedicated provisions of the agreements prescribed by Art. 6, the content of which may (and likely must) be complemented in relation to the concrete needs of the subject to be assisted and of the programme which, through the allocation, the settlors intend to carry out.”

<sup>67</sup> “Some ambiguities can be dissipated by means of the xenonym technique, that is, by translating from time to time the Italian linguistic sign located within its discursive context with signs of equivalent meaning in other European languages. In the case of the word ‘fund’, it is easy to see that in the phrase ‘entrusted fund’ the word ‘fund’ has no semantic connection with the idea of a parcel of land (i.e., with the German *Grundstück*), but rather is closely analogous to the English expression ‘trust fund’, and therefore comparable to the family asset fund referred to in Art. 167 C.C.”: on this subject, Gambaro, A., “La posizione soggettiva dell’affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale”, cit., 158.

<sup>68</sup> An episode that would seem to evoke the artistic excogitation consigned to *The Purple Rose of Cairo*, where the female protagonist is so fascinated by the film that she sees it again several times until the point where her favourite character, having noticed the spectator’s steady attendance, exits the screen in material form taking on autonomous life in the real world and asks the woman to run away with him.

<sup>69</sup> Lupoi, M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2012, p. 314, speaks of entrusted fund, specifying it amongst the structural elements of the fiduciary contract, describing it as the set of the subjective situations of which the fiduciary custodian is the holder; in the author’s opinion the fund is separate from the assets of the custodian himself.

borrowed it; it is rather usual to signal its admission by the fiduciary and funds contract and by case law precedents, but the pronouncements evoked concerned only decisions in non-contentious jurisdiction.<sup>70</sup>

It has been stressed that all assets and all rights – not only in real property – may be allocated to the special fund, which is a reconstructive proposal focused on the public character. In a case where real property rights are assigned to the special fund, the making of two recordings is suggested, the first having the purpose of property transfer and the second that of imposing the constraint of allocation; if the asset is a stake in the capital of a limited liability company, or if the character of registered moveable asset is excluded (in which case the public act of entry in the business register in accordance with Art. 2645-*ter* C.C. would be required), the dual entry “of the type of that made in the sequence, accepted in practice, ‘transfer of the property – pledge as security for payment of the price’ comes to mind. Thus, a first entry will be made by the settlor-grantor in favour of the transferee-custodian, and a second entry by the custodian in favour of the beneficiary (or of the settlor-grantor).”<sup>71</sup>

However, this propensity towards exploitation of the civil law scope of legislation is not accepted by all. Some distinguished scholars have shown caution, have suspended judgment regarding the appropriateness of private autonomy;<sup>72</sup> still others have excluded the according of so much weight to the mention not only of the fiduciary entrustment contract but also of the trust, noting that in both cases one may speak of “the legislator’s severely omissive behaviour.” In the former, because “not all are of the opinion that the Hague Trusts Convention, in itself, makes it possible to build a domestic legal governance of the institution and that, therefore, it is always necessary to refer to a foreign law governing it.”<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Court of Genoa, 31 December 2012, cit.; Court of Civitavecchia, 4 December 2013, cit.; Court of Genoa, 30 January 2014, cit.; Court of Genoa, G.T., 30 November 2016; Court of Genoa, G.T., 20 February 2017.

<sup>71</sup> Atlante, N., Cavalaglio, L., “I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge ‘Dopo di noi’”, cit., p. 230.

<sup>72</sup> Gentili, A., op. cit., p. 144.

<sup>73</sup> Alpa, G., “Il linguaggio omissivo del legislatore”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 415 ff., who adds “... what is more, the argument that sees the trust implemented by the new rules of Art. 2645-*ter*, which permit the recording of separated assets, is deemed altogether

In the latter, insofar as the mere terms ‘contract’, ‘entrustment’ and ‘fiduciary’ in themselves cannot suffice for an organic governance.<sup>74</sup>

The hermeneutical dispute involves the attribution of real effects to the fiduciary entrustment contract, which, as has been observed, “in the current narratives attracts a nearly exclusive attention.”<sup>75</sup> In this respect, the purpose of the provision being merely related to taxation has been denounced,<sup>76</sup> along with the fact that “such reference obviously cannot imply any adoption of position regarding the separation of assets, as may be noted from the comparison between the mere indication of the instrument of agreement effected on this occasion and the terminology employed with regard to the separate assets”; thus “the statement according to which the reference to the institution of the fiduciary entrustment instrument (for which there are prescribed simply – as for the others – the public deed form and the most significant contents: Art. 6) would mean attributing to it the characteristics conferred upon it by the legal

---

extravagant”. Again, if “it is indeed true that the Court of Cassation, with several decisions, has mentioned the trust ... this does not mean that the legislative mention legitimates the existence of a trust in Italian law; the reference to the trust may concern any institution that conforms to the trust and has foreign governance.”

<sup>74</sup> Alpa, G., *ibid.*, p. 425, pointing out that “the mere name fiduciary entrustment contract, then, may refer to several instruments: it may concern the *fiducia cum amico* and the *fiducia cum creditore*; it may concern a mandate for a single transaction. In addition, in the event of the grantor’s death, it is questionable whether the contract can be assigned to others: assignment, indeed, would obstruct the entrustment that had been effected by those who established the trust on the original trustee. What is more, the provision of a programme, which is the heart of the fiduciary entrustment transposed in a contract, is certainly available to the parties, but if the law does not provide for ad hoc remedies then, in the event of the trustee’s breach of duty, ordinary remedies apply. Nor is it known whether the beneficiaries, who are not holders of rights but, if anything, of legitimate interests, may have such breach ascertained, along with the consequent remedies. It should be borne in mind that the category of legitimate interests of private law is, already in itself, much discussed.”

<sup>75</sup> Gambaro, A., “La posizione soggettiva dell’affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale”, in *Il contratto di affidamento fiduciario: teoria e pratica. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 3 marzo 2017*, contained in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Ediz. Il Sole 24 Ore, Rome, 2017, p. 154, who maintains an interlocutory attitude.

<sup>76</sup> Tenella Sillani, C., “Appunti sul contratto di affidamento fiduciario nella legge n. 112/2016”, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, tome II, Milan, 2017, 1249 ff.

theory which advocates its diffusion, appears dangerously superficial; the juxtaposition to the leasing agreement at times advanced by exponents, also the subject of laconic mentions in legislation, neglects the difference between lawfulness and separation of assets.”<sup>77</sup>

Has legal theory, once the legislator’s Jiminy Cricket, perhaps now turned into Candlewick?

---

<sup>77</sup> C. Tenella Sillani, *Appunti sul contratto di affidamento fiduciario nella legge n. 112/2016*, cit., 1249 ff.

# Inheritability of Gaming Accounts of Massive Multiplayer Online Games (Central-European Perspective)

PAVEL KOUKAL\*

**Abstract:** The digital economy's proliferation has transformed various industries, including the gaming sector. The rise of online platforms for communication, commerce, and entertainment has triggered the popularity of massive multiplayer online games (MMOG). Creating these immersive virtual worlds often stimulates a self-contained virtual economy resembling real-world systems, significantly influencing younger players' perceptions. These games can be categorized into pay-to-play and free-to-play types, including massively multiplayer online role-playing games (MMORPGs), item-pay games, and web-based games. They offer spaces for social interaction and virtual economies, often dictated by player activities. A pivotal element of MMOGs is avatar customization, allowing players to construct personalized characters and engage in various activities, emulating real-world tasks and occupations. Players can engage in virtual economies, buying virtual goods and currency with real money. The virtual economy has thus become a substantial market, with items and in-game currencies exchanged for real-world money. This paper delves into the legal and practical aspects of the inheritability of online gaming accounts and their associated virtual assets in two Central European jurisdictions: the Czech Republic and Austria. The issue of the inheritability of online gaming accounts is relatively new and presents several legal and practical challenges. The paper explores legal cases in the United States and Germany that have addressed the inheritability of digital assets, including those related to

---

\* Faculty Of Law, Masaryk University. Pavel.koukal@law.muni.cz

online gaming accounts. In the United States, the *Ajemian v. Yahoo!* case established that digital assets, such as email accounts, can be inherited, while in Germany, the Federal Supreme Court recognized the inheritability of *Facebook accounts*. Examining the civil codes of Austria and the Czech Republic, the paper analyzes the treatment of inheritance law in both jurisdictions. Both legal frameworks consider assets that are not of a highly personal nature to be inheritable. Tangible assets can be passed on to heirs, while highly personal assets, like reputation, are excluded from inheritance. This paper explores how these principles apply to online gaming accounts and the associated virtual assets. Furthermore, the paper examines the terms and conditions set by major gaming providers, which often prohibit the transferability or inheritance of accounts. It raises questions about the compatibility of these restrictions with consumer protection laws and emphasizes the need for transparency and fairness in consumer rights within the gaming industry. By analyzing the legal frameworks and contractual agreements, the paper aims to provide insights into the inheritability of online gaming accounts and virtual assets in Austria and the Czech Republic. The author highlights the legal challenges, potential inconsistencies with consumer protection principles, and the importance of establishing a balanced approach that upholds consumer rights while considering the nature of virtual assets and the standardized practices of gaming providers.

**Keywords:** Virtual economy; Online gaming accounts; Inheritability; Legal framework; Central Europe; Civil codes; Consumer protection

## Introduction

The rapid growth of the digital economy has led to a fundamental shift in the way we conduct our daily lives. With the rise of online platforms such as *Facebook*, *Instagram*, and *Amazon*, people have increasingly relied on digital channels for communication, commerce, and entertainment (Cunningham and Craig, 2017, pp. 71 ff.; Berberich, 2010, p. 5).

The gaming industry has not been left behind, with the advent of multiplayer online games (MOGs) offering players the chance to immerse themselves in digital worlds and interact with others (Turkay and Kinzer, 2014, p. 2). MOGs have become a huge market, with

millions of players spending billions of dollars on virtual goods and in-game currency.

The increasingly easier and cheaper access to the Internet has led to the evolution of the virtual game market towards mass games based on virtual worlds, known as massive multiplayer online games (MMOGs) (Weber, 2014, p. 45; Garon, 2022, 163; Voulgari and Vassilis, 2011; Myška, 2011, p. 11; Berberich, 2010, pp. 20 ff.) As an element of this world, the player interacts with other players not only to defeat them, but also to build alliances, engage in trade exchanges, or participate in conflicts (Teng and Chen, 2017, p. 2).

Each multiplayer virtual game of this kind creates a self-contained virtual economy that is supervised by a governing authority, usually the game's producer or operator (Berberich, 2010, p. 17). This virtual economy operates similarly to the real-world economy. These games, in addition to being entertaining, can have a significant impact on a player's perception of reality, particularly younger players (Happ, Melzer, and Steffgen, 2013, p. 775).

Multiplayer virtual games are divided into two main categories, which are determined by the method of game distribution used by the producer (Björk *et al.*, 2003, pp. 180 ff.). The dominant group is multiplayer role-playing games, known as massive multiplayer online role-playing games (MMORPGs) (Higgin, 2009, pp. 5 ff.). Users of these games must pay regular subscription fees, and as such, they are referred to as pay-to-play games (Flunger, Mladenow and Strauss, 2017, p. 374). Other games allow free gameplay but with limited character development options, known as free-to-play games (*Ibid*). There is also a popular group of games in Asia known as item-pay games, which are free to play but earn money from paid character upgrades or accounts (Lee *et al.*, 2016, p. 2).

The remaining groups of multiplayer virtual games do not require separate software installation. Players can access these games through a web browser, and although they are often offered for free, the owners of the services earn money from paid add-ons. A notable characteristic of these games is the creation of virtual economies by the players themselves. MOGs provide spaces for social interaction and relationships beyond the workplace and home, functioning as a new "third place" for informal sociability (Steinkuehler and Williams, 2006, p. 889). These

games are immersive virtual worlds where players cooperate, compete, and interact with each other, forming friendships, creating communities, and working together to achieve various goals (Coulson, 2010, p. 168). This also includes the acquisition of virtual currency and the exchange of this currency for goods, as well as building and strengthening characters to gain advantages over other players.

One of the key elements of MOGs is the ability to customize and improve one's avatar (Freeman *et al.*, 2015, p. 1192; Myška, 2011, p. 11; Lastowka and Hunter, 2004, p. 30; Adamowsky, 2000, p. 41; Berberich, 2010, pp. 8, 104 ff.). Avatars in MOGs can have their own personalities, beliefs, and behaviors, such as writing poems or singing (Rogers, 2018, p. 62). Players have the freedom to choose various aspects of their avatars, including race, appearance, profession, initial characteristics, and skills (Freeman *et al.*, 2015, p. 1193). This customization process allows players to create unique and personalized characters that go beyond a certain pattern.

During gameplay, avatars in MOGs engage in various activities such as defeating monsters, collecting virtual treasures, and gaining experience points to reach higher levels (Freeman *et al.*, 2015, p. 1193). Advancing to higher levels and acquiring better items enables players to *face* stronger computer-controlled monsters and compete against more powerful avatars controlled by other players. Players have the option to compete or cooperate with each other, buy and sell virtual items using virtual currency, and form teams to complete missions or defeat monsters (Freeman *et al.*, 2015, p. 1195). Some MOGs also incorporate social elements, allowing players to buy property, build houses, and pursue various professions (Freeman *et al.*, 2015, p. 1193). This adds another layer of immersion and realism to the gaming experience.

The customization of avatars in MOGs extends beyond physical appearance and skills. Players can choose to imitate their real-life selves or create avatars that are completely different from themselves in terms of gender, character traits, and skills (Lastowka and Hunter, 2004, p. 26). This flexibility allows players to explore different identities and experiment with different aspects of their personality within the virtual world.

In some MOGs, players can even run virtual enterprises and provide services or produce virtual goods such as houses, cars, or clothes (Lastowka and Hunter, 2004, p. 6). This aspect of the game allows players to

engage in virtual economies and simulate real-world business activities (Berberich, 2010, p. 408). It adds depth and complexity to the game-play experience, providing players with additional goals and objectives to pursue.

Players can also purchase virtual goods and in-game currency using real money, and these items can range from aesthetic items such as clothing and accessories to functional items such as weapons and equipment. Some virtual items can be rarer than others, making them more valuable to players. As a result, trade exchanges have emerged, with players buying and selling virtual items for real money (Macey and Hamari, 2018, p. 26; Myška, 2011, p. 11; Lastowka and Hunter, 2004, p. 8). This has led to the creation of a virtual economy, with virtual goods having real-world value (Hamari and Keronen, 2017, p. 60; Blazer, 2006, p. 138). In Germany alone, the market for virtual goods and additional content in games was estimated to be approximately EUR 1.5 billion in 2021 (Sales of virtual goods in Germany, Statista, 2023). In the United States, the market for virtual goods in games was estimated to be almost USD 15 billion (Video gaming in the United States, Statista, 2023). The virtual economy has become a significant market, with virtual items and in-game currency being traded for real money.

### **Virtual Worlds in Multiplayer Online Games: User Accounts**

The concept of virtual worlds has become increasingly popular in recent years, with more and more people turning to digital environments to socialize, work, or simply escape from reality. A virtual world is essentially a digital platform that allows users to create and interact with a simulated environment that resembles the real world or a fantasy world (Patridge, 2010, p. 774).

The provider of a virtual world is typically a company or an individual who creates and maintains the infrastructure of the platform, and regulates its use through contractual terms (White, 2008, p. 242; Lastowka and Hunter, 2004, p. 50; Risch, 2009, pp. 28 ff.; Berberich, 2010, p. 12). Users must register with the provider and agree to the terms of use before gaining access to the virtual world. The provider may charge a fee for access, as well as for additional services or items within the virtual world.

Upon registering with the provider, users are typically given an account and a password, which allows them to access the virtual world and store their data and activities. Unlike other online activities, users of virtual worlds usually assume a different identity, known as an “avatar”, which is a virtual character that represents them within the platform (Lastowka and Hunter, 2004, p. 51; Risch, 2009, p. 29). As we have already highlighted, avatars can be customized in terms of appearance and behavior and can interact with other avatars in a variety of ways.

The provider is responsible for maintaining and updating the data file that defines the virtual objects within the platform, as well as ensuring that changes in the virtual world are communicated to the user (Berberich, 2010, pp. 10 ff.). This involves the use of control software and storage space on the provider’s server, as well as an application installed on the user’s computer that allows for the visualization of the virtual world.

### **Virtual Objects and Their Visualization**

Virtual objects are a fundamental aspect of virtual worlds, and they represent a unique type of digital creation that is becoming increasingly important in peoples’ digital lives (Berberich, 2010, p. 16 ff). Essentially, virtual objects are any item, tool, or element that can be created within a virtual world, and they exist solely in the digital realm (Lastowka and Hunter, 2004, p. 21, 34; Blazer, 2006, p. 140). Unlike physical objects, virtual objects are not tangible, but they can be perceived visually and audibly (Büchner, 2011, p. 35 ff). Virtual objects are created through the use of complex software algorithms (Eckersley, 2004, p. 114) that enable the user to manipulate digital code to create a wide range of different virtual items, ranging from simple shapes to complex structures, buildings, and landscapes.

The term “virtual” refers to something that is not physically present but can be perceived through computer processing (Blazer, 2006, 140; Lastowka and Hunter, 2004, p. 7; Berberich, 2010, p. 10). Virtual objects exist on two levels: as a data set that resides on a tangible medium such as a server, and as a visually perceptible object on the user’s screen. This is similar to the concept of a domain name, which exists as both an IP address and a user-understandable label.

In a legal-informatics context, a data file is a specific arrangement of sequences of data streams that reside on a tangible medium, such as a server or a hard drive. The content of a data file is converted by a computer program, such as an interpreter or compiler (Keplinger, 1990, p. 17; Katz, Lundell, Gamalielsson, 2016, p. 6), into information that can be perceived and understood by the user. In the case of virtual worlds, the provider's server hosts the control program that manages the entire virtual environment. This control program is responsible for organizing the sub-datasets that define the virtual objects within the world, such as their appearance and to whom they are assigned (Berberich, 2010, pp. 11 ff.).

Object-specific data within a virtual world exist independently of the control program and can be separated from it (Fairfield, 2023, 1975). Deleting a virtual object involves changing the relevant part of the data set in the computer memory or on the server. When a virtual item is committed, data are changed, which then triggers a corresponding change in the visually perceptible object on the user's screen. In commercially operated virtual worlds, the allocation of the data set to the player is regulated by the provider, although control may also be exercised by the user community or a person authorized by the provider.

The storage space where virtual objects are stored is nowadays typically located on a server (Lastowka and Hunter, 2004, p. 37; Rogers, 2018, p. 60; Berberich, 2010, p. 12) or group of servers to minimize the risk of data loss due to local failures or attacks. The server infrastructure that supports virtual worlds is critical to their operation and is maintained by the provider. The provider must ensure that the servers are maintained, updated, and secured against external threats to ensure the stability and security of the virtual environment (Rogers, 2018, p. 60).

### **Virtual Objects in Transition: Death of the User**

However, with the rise of the virtual economy, a new challenge has emerged: what happens to virtual assets when the owner of the account dies? In the case of MOGs, the account owner's virtual items and assets may have significant financial value. This raises the question of whether the heirs of the account owner have the right to inherit the account and its associated virtual assets.

The issue of the inheritability of online gaming accounts is relatively new, and there is no clear legal framework governing the matter. In the United States, there have been some cases involving the inheritance of digital assets, with courts often relying on contract law and property law to determine the outcome. One notable case is *Ajemian v. Yahoo!* [*Ajemian v. Yahoo!, Inc.*, 478 Mass. 169 (2017)], in which the Massachusetts Supreme Judicial Court ruled that the personal representatives of a deceased man's estate could access his *Yahoo* email account, which contained important information about his financial affairs. In this case, the court relied on property law principles to determine that the *Yahoo* email account and its contents constituted property that could be inherited. The court noted that the email account had value and that denying access to it would prevent the personal representatives from fulfilling their duties to the estate.

This case illustrates how courts in the United States have grappled with the issue of the inheritability of digital assets, including those associated with online gaming accounts. Also, in Germany the Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*, BGH) in the *Facebook* case provides further insight into the global legal discourse surrounding digital assets' inheritability (BGH, 12.6.2018, III ZR 183/17). In this case, the Federal Supreme Court addressed the question of whether heirs can inherit a deceased person's *Facebook* account, including its contents and communications. The Federal Supreme Court recognized the inheritability of *Facebook* accounts and considered them as part of an individual's digital estate. It acknowledged that *Facebook* accounts hold personal information and memories, similar to diaries or letters, and should be treated as inheritable assets. The court emphasized the importance of the deceased person's wishes, privacy concerns, and the rights of the heirs to access and manage the account (Załużcki, 2021, pp. 108 ff.; Lee, 2020, p. 182).

While these aforementioned decisions primarily address social media accounts, their implications extend to accounts in computer games as well. In the realm of gaming, players often collect substantial and valuable assets, which can amount to thousands of US dollars or euros. These digital assets hold significant worth, whether in the form of rare in-game items, virtual currencies, or even entire game accounts with impressive progress and achievements (Berberich, 2010, pp. 19-20).

However, the transferability and inheritance of virtual assets may be hindered by the terms and conditions set forth by gaming operators. Take the popular Massively Multiplayer Online Game (MMOG) *World of Warcraft* as an example. The game's terms of service explicitly state that player accounts are non-transferable and non-inheritable (Blizzard End User License Agreement, 2023). Despite these limitations, virtual assets within MMOGs can hold considerable value, as evidenced by the sale of certain items for thousands of dollars. In 2010, a player in the MMOG "Entropia Universe" purchased a virtual nightclub for approximately EUR 335,000.00, earning a spot in the Guinness World Records (Guinness World Records, 2021). This real-world value attributed to virtual assets highlights that the issue of inheritance is not merely theoretical but bears practical implications.

The issue of the inheritability of online gaming accounts raises several legal and practical challenges. For example, who has the right to access the account and its associated virtual assets? Should the heirs have the right to continue playing the game with the account and its associated virtual assets, or should the account be closed upon the death of the owner? These questions are not easy to answer, and there is currently no clear legal framework governing the inheritance of online gaming accounts and their associated virtual assets.

This paper delves into the legal and practical aspects of the inheritability of online gaming accounts and their associated virtual assets in two Central European jurisdictions: the Czech and Austrian law. Austria and the Czech Republic share a common history that dates back to their time as part of the Austro-Hungarian Empire until 1918. This shared past has influenced the legal regulations in both countries, shaping their legal systems and frameworks. Following the dissolution of the Austro-Hungarian Empire after World War I, both Austria and the Czech Republic embarked on separate paths, leading to the development of their own legal systems. However, their legal frameworks still bear traces of the common historical heritage (Hurdík and Lavický, 2014, p. 18).

The first step in our analysis is to determine which law applies to the case. The inheritability of an online gaming account is then explored, taking into account any regulations in the general terms and conditions of the gaming providers.

## Applicable Law

The world of online gaming is expanding rapidly, and its influence is felt worldwide. Players often reside in countries other than that of the gaming providers, and this raises the question of whether the inheritability of online gaming accounts and the contractual relationships between the decedent and the gaming providers are to be assessed under the laws of EU Member States (Gössl, 2014, p. 44 ff). In this paper, we will focus on the laws of the Czech Republic and Austria. Here we must refer to international private law norms to determine the substantive law of a specific State.

In the Czech Republic, a significant change occurred in the field of private international law with the implementation of a new Private International Law Act on 1 January 2014 (Act No. 91/2012 Coll.). This change was a result of the comprehensive recodification of private law in 2012, which brought about a complete transformation of the legal framework in the country. Recognizing the interconnection between private international law and substantive law, the outdated Private International Law and Procedure Act of 1963 was replaced.

The recodification process presented an opportunity for the Czech Parliament to modernize the existing private international law provisions, introduce modifications, and propose new solutions while considering the developments and trends in the field. A key objective of the new legislation was to ensure compatibility with European Union (EU) laws, given the importance of harmonizing private international law regulations within the EU.

In Austria, private international law is primarily governed by the Private International Law Act (*Gesetz über das internationale Privatrecht - IPR-Gesetz*) of 15 June 1978 (Act. No. 304/1978 BGBl.). This Act, along with other laws, contains conflict-of-law provisions that determine the applicable law in specific areas (some of these laws include the Consumer Protection Act, the Timeshare Act, the Nuclear Liability Act).

Regarding European private international law regulations, both Czech Republic and Austria, like other EU member states, adhere to the Rome I, Rome II, and Rome IV regulations.

When considering the determination of the applicable law in a contract related to the provision of online gaming services, the primary

regulation to be applied is Rome I Regulation (regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). This regulation specifically deals with the choice of law for contractual obligations. It provides guidelines and criteria for identifying the legal system that governs the rights and obligations arising from the contract.

In this regard, end user contracts concerning gaming accounts, typically, are service agreements subject to Rome I Regulation. If no choice of law has been made, Article 4 of the Rome I Regulation specifies that the law applicable to a contract is determined based on the jurisdiction in which the service provider or seller is located. In this specific case, usually American or Chinese law would be applied because the gaming service providers are mostly based in the US or China. For instance, *Activision Blizzard*, the company behind popular franchises such as *Call of Duty*, *World of Warcraft*, and *Overwatch*, offers online services, including multiplayer gaming and distribution of digital content. This company has its headquarters in Santa Monica, California, USA. Meanwhile, *Epic Games, Inc.*, runs the *Epic Games Store*, an online gaming platform, and is the creator of *Fortnite*, among the world's most renowned games. Epic Games calls Cary, North Carolina, USA, home. On the other hand, *Tencent Games*, one of the global giants in the online gaming industry, is famous for their mobile games, including *Honor of Kings* and *PUBG Mobile*. They operate out of their headquarters in Shenzhen, China.

Nonetheless, in numerous instances according to Article 6 of the Rome I Regulation, the contract is established with a consumer (Ragno, in Ferrari, 2014, p. 227). In such scenarios, the law of the State where the consumer is habitually resident is applied (Art. 6(1) Rome I Regulation), particularly in respect to mandatory provisions aimed at protecting the consumer (Mankowski, 2008, p. 143). Therefore, for instance, if the heirs inherit a gaming account, the consumer's national law of their habitual residence is enforced when the heirs pursue claims arising from the contractual relationship. Consequently, any choice of law cannot deprive the consumer of the protection provided by Article 6 of the Rome I Regulation.

Therefore, even though California's law might be chosen, it is important to note that the mandatory stipulations of the European Union's consumer law would still have overriding authority. When it

comes to jurisdictional matters, should the consumer wish to present specific claims against the service provider, they have the legal right to do so under Art. 18 (1) of the Brussels I bis Regulation (Mankowski and Nielsen, in Magnus and Mankowski, 2016, p. 509). This legislation gives consumers additional protection and jurisdictional rights in legal disputes with gaming services providers.

The law of succession determines the applicable law if, for example, the community of heirs sues for access to the decedent's account. In the European context, the Rome IV Regulation (Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession) determines which national law governs the probate proceedings in detail. According to Art. 21 (1) of the Rome IV Regulation, the general conflict-of-law rule is based on the habitual residence of the deceased (Brehm, 2016, p. 160; Pamboukis, in Pamboukis, 2017, pp. 204 ff.). Art. 22 of the Regulation allows the deceased to make a choice of law, but this is usually limited to the law of the country of which the deceased is a national at the time of death (Deixler-Hübner and Schauer, 2015, p. 171; Stamatiadis, in Pamboukis, 2017, p. 209).

Therefore, if a decedent had his or her habitual residence in the Czech Republic at the time of death, Czech law would generally be applied to the probate proceedings. This applies regardless of whether the gaming provider against whom the claim of the community of heirs is directed has its registered office in another country.

In most cases, therefore, both the question of inheritance and the assessment of the contractual relationship with the gaming provider are subject to the law of the country of habitual residence of the decedent and account holder. If this habitual residence is in the Czech Republic, Czech law must be applied to assess the inheritability (Svoboda, in Bříza, 2014, p. 421) of online gaming accounts and the contractual relationship. If it is in Austria, the Austrian law of succession (ABGB) would apply (Deixler-Hübner and Schauer, 2015, p. 171, 182).

## Inheritability of the Online Gaming Account According to Civil Codes in Austria and the Czech Republic

With regard to gaming accounts, it is worth noting that the rise of digitalization has given rise to the concept of a “digital estate” (*Digitaler Nachlass, digitální pozůstalost*). This term encompasses the assets and possessions that individuals possess within the digital realm (Brinkert, Stolze, and Heidrich, 2013, pp. 153 ff.; Zankl, in Zankl and Spruzina (2018), p. 2; Höhne, 2015, p. 238; Pockrandt, 2020, p. 19). Digital estate includes email accounts, online gaming accounts, digital content, and other digital goods. However, there is still no general definition of this term. The majority opinion sees it as the sum of all legal relationships relating to IT systems and the related data of the decedent (Schmid, Bauer, Blume, Bock, Süssenguth, and Wild, 2013, p. 90; Herzog, 2018, p. 472).

The Austrian Civil Code (ABGB) and the recent 2012 Czech Civil Code (*Občanský zákoník*), despite originating from different historical periods, bear several similarities both from their inception and in their present application. The ABGB came into force in 1811, contrasting with the Czech Civil Code (Act. No. 89/2012 Coll.) which was instituted more recently, in 2012, replacing an older version of the Civil Code from 1964. Even with this historical gap, the two codes share a common thread in their legal principles and definitions (Horák, Daduová, and Osina, (2020), p. 334; Elischer, Frinta, and Pauknerová, in Rivera (2013), p. 107).

One of the primary areas where they mirror each other is their treatment of inheritance law. Both legal frameworks view a deceased person’s estate as encompassing all obligations and rights, excluding those that are intensely personal. As a consequence, tangible assets like financial accounts can be passed on to the deceased’s beneficiaries. However, intangible assets like the deceased’s reputation or other highly personal rights, due to their intrinsic nature, are exempt from inheritance.

Section 531 of the Austrian Civil Code (ABGB) defines the estate of a deceased person as including all of the rights and obligations that are not of a highly personal nature (Werkusch-Christ, in Kletečka and Schauer, 2010, p. 1055). This means that assets that are considered to be of a highly personal nature, such as the decedent’s reputation, cannot

be inherited. However, rights and obligations that are not considered to be of a highly personal nature are generally part of the estate and can be inherited by the decedent's heirs.

In the Czech Republic, similarly to Austrian law, the Czech Civil Code regulates the inheritance of a deceased person's estate. Under Section 1475(2) of the Civil Code, the estate includes all of the decedent's property, rights, and obligations, which are not of a highly personal nature (Fiala, in Fiala and Drápal, 2022, p. 5). This means that assets that are highly personal, such as the decedent's reputation, cannot be inherited.

Nevertheless, the question arises as to whether these digital assets can be inherited by the decedent's heirs.

In both jurisdictions rights and duties that are intensely personal are not transferable upon death. These legal connections pertain solely to the individual and are limited to the deceased's personal actions. Inheritance is only possible when a swap of the involved parties would also alter the obligations, such as in instances of vacation rights or alimony claims. This would be applicable when the obligation can only be met by the deceased due to the unique nature of the legal relationship, which could only be satisfied by the entitled individual and not anyone else (Gebauer, 2015, p. 383). Thus, for example, the Austrian Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) clarified, referring to the heir's right to access information, that the claim against a bank is not deeply personal, meaning it can be inherited (Judgement of the OGH from 21 December 1993, file No. 1 Ob 609/93).<sup>f</sup>

However, even if the contractual relationship is not highly personal, there may be personal contents within the online gaming account that could impact the inheritability of the account. It is therefore necessary to examine whether personal contents within the account preclude the inheritability of the account. This requires a careful analysis of the terms and conditions of the gaming provider, as well as any applicable laws and regulations.

The possibility of inheriting contractual obligations can also be waived through mutual agreement between the parties involved. In contractual agreements, especially those made between commercial partners, it is frequently observed that the parties mutually decide that the obligations arising from the contract will terminate upon the death of

one party and will not be passed on to their heirs. Consequently, the transfer of these obligations through inheritance succession can also limit the contractual autonomy initially granted to the contracting parties.

Therefore, it is essential to carefully examine the contractual clauses implemented by gaming operators, as they often contain specific provisions pertaining to the transfer or inheritance of gaming accounts. By thoroughly reviewing the terms and conditions, we can obtain a comprehensive understanding of the explicit rules and guidelines established by major gaming providers. However, it is worth noting that many of these operators have stringent policies in place that strictly prohibit any form of account transfer or inheritance.

Gaming providers such as *Valve* (operator of Counter Strike Global Offensive), *Blizzard* (provider of World of Warcraft), and *Riot Games* (operator of League of Legends) include clauses in their user agreements that prohibit the transferability of accounts. However, these stipulations may not align with principles of consumer protection, which are intended to safeguard consumers, often regarded as the weaker party in such agreements.

Valve's policy states, "If you wish, you may also request Valve to terminate your access to a subscription. However, subscriptions are not transferable." (Steam® Subscriber Agreement, 2023). Blizzard mirrors this, stating, "You may not transfer your rights or obligations to use the Platform." (Blizzard End User License Agreement, 2023). Riot Games follows suit with its policy, "You may not sell, transfer, or allow another person to access or offer to do so your account or login information." (Riot Games® Terms of Service, 2021).

These prohibitions on the transferability of accounts could be seen as potentially infringing upon consumer rights. Consumer protection laws aim to uphold the interests and rights of consumers and address the power imbalance in consumer transactions. Given this, the gaming providers' exclusion of transferability may not be consistent with the objectives of protection of a weaker party. Thus, there is a need for further exploration of this potential inconsistency to ensure the rights of consumers are upheld in the context of the gaming industry.

In Germany, the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) had to rule on the question of whether the heirs of a deceased person are to

be granted a right to inspect the latter's Facebook account (Lee, 2020, p. 182; Wustho, 2018, p. 205; Załucki, 2021, p. 110). The court confirmed that an account is a contract for the provision and use of a profile and that this legal relationship is inheritable (BGH, 12 June 2018, file No. III ZR 183/17). The specific legal nature of the contract is irrelevant to the question of inheritability.

The Federal Court of Justice stated that the broad limitation of the heir's rights in Facebook's terms and conditions is an unreasonable disadvantage as defined in Section 307 (1) and (2) of the German Civil Code (BGB). The rules regarding the memorial status didn't negate the possibility of inheritance. However, they compromised the contractual relationship since, following a third party's notification of the account holder's death, the user account became inaccessible to the heirs. This contradicted the principle of universal succession as per Section 1922 of the German Civil Code.

In the context of Czech (Section 1813 Czech Civil Code) and Austrian law (Section 864a, 879 ABGB), the legal relationship between an account user of a MMOG and the corresponding provider is to be assessed in similar way and can therefore also be part of the digital estate. Here, too, it is regularly a contract in which the provider makes content available via a platform and the account user can design it according to his or her own ideas. An online gaming account is therefore not fundamentally excluded from inheritability.

On the other hand, it is always important to distinguish between the service obligations of the provider and the individualizations of the user when assessing the inheritability of online gaming accounts. In the case of online gaming accounts, the design and customization of the player's avatar is a personal aspect that is created by the account user according to their own personal ideas. Nevertheless, while this content is relevant to the player's personality, it is generally independent of the provider's actual obligation to perform.

It is therefore crucial to note that the technical services provided by the online gaming provider, such as making the platform available and transmitting messages or releasing content on behalf of the user, are not considered to be of a highly personal nature. These services are technical in nature and can be provided to the heirs unchanged. The same principle applies to online gaming accounts, where the provider merely

provides the software and functions of the game, which are standardized in the general terms and conditions of large game providers.

Therefore, it can be concluded that online gaming accounts are generally not subject to the highly personal nature exclusion for inheritability under Section 531 of the ABGB and Section 1475(2) of the Czech Civil Code, as the individualizations made by the user are not considered to be of a highly personal nature. The technical services provided by the provider can be provided to the heirs without modification, and the standardized nature of the services provided also supports the conclusion that the online gaming account is not a highly personal asset.

However, as previously stated, individual agreements in Austria and the Czech Republic concerning the disposition of contracts following the death of a party typically adhere to civil law principles. These agreements ensure that the contractual relationship does not become part of the deceased's estate, thereby resolving the issue of inheritability. Nevertheless, it is important to note that this scenario differs when it comes to online gaming providers. In the case of online gaming, standard terms and conditions are commonly employed, and users do not have the ability to influence these agreements. Consequently, the fate of contracts and the inheritability of gaming accounts in online gaming services are typically determined by the terms and conditions set by the provider, rather than through mutual agreements between the parties involved.

This situation leads to the exclusion of the right of inheritance being subject to clause control according to Sections 864a and 879 (3) of the ABGB. Even explicit inheritance exclusion clauses in general terms and conditions are questionable regarding their effectiveness against a user. In any case, such clauses are disadvantageous for the user, and the provider must specifically point out the use of the clause pursuant to Section 864a of the ABGB.

From the perspective of consumer protection, a broad interpretation of the prohibition of transfer is not advisable. Under Section 5a (1) (6) of the Austrian Consumer Protection Act (*Konsumentenschutzgesetz*, Act. No. 140/1979 BGBl.) providers are required to provide clear and comprehensible information about the terms of a contract to consumers. If the prohibition on transfer is interpreted too broadly to exclude inheritability, it could potentially allow providers to circumvent this explicit duty to inform consumers. Such an interpretation could result in an indirect

termination of the contract in the event of death, which is not in line with the consumer protection principles enshrined in the law.

Therefore, we opine that online gaming providers cannot validly exclude the inheritability of an account through mere transfer prohibitions in their general terms and conditions. While an explicit limitation of the contract duration with death can be effective, it must include a corresponding reference to comply with the requirements of Austrian civil law. Any attempt to exclude inheritability through vague or unclear contractual provisions would likely be unenforceable under Section 864a of the ABGB.

Under Czech law, the nullity of such contracts centers on the all-encompassing principles of consumer protection, predominantly on the concept of forbidden clauses. As per Section 1813(1) of the Czech Civil Code, agreements deemed exploitative are those which create a substantial imbalance in the rights or obligations of the parties, against the requirement of good faith and to the disadvantage of the consumer. We have previously highlighted that there is no rational justification for an obligation to end upon a user's death. In fact, it is critical to underscore the nature of the gaming service provider's performance, which includes the standardized game content available to all users, and the gaming environment among other aspects.

The argumentative principles we employed within the Austrian legal context are entirely applicable to Czech law as well. These principles are essential to ensure fair consumer rights and practices in the gaming industry, particularly concerning the transferability of user accounts and associated obligations. The prohibition of account transfers may lead to unjust disadvantages for consumers, which are contrary to the intent of consumer protection laws.

## Conclusion

In conclusion, after the examination of the legal landscape in Austria and the Czech Republic regarding the inheritability of gaming accounts, we have come to the understanding that this complex issue requires careful consideration within the context of the evolving digital economy. Both countries, sharing historical and legal similarities, view the estate of a deceased person as encompassing non-personal rights

and obligations, allowing for the inheritability of tangible assets. However, highly personal assets, such as reputation, are excluded from inheritance, creating a foundation for analyzing the inheritability of online gaming accounts.

Within the legal framework of both countries, as well as European Union regulations, private international law plays a significant role in determining the applicable law and jurisdiction for cross-border cases involving gaming accounts. These regulations, such as the Rome I, Rome II, and Rome IV Regulations, provide guidelines for resolving conflicts in contractual obligations and identifying the governing law.

However, when examining the terms and conditions set by major gaming providers, a significant hurdle to the inheritability of gaming accounts becomes apparent. Prohibitive clauses that restrict the transfer or inheritance of accounts are commonly included, raising concerns regarding their compatibility with consumer protection principles. While individual agreements can often shape the fate of contracts in Austria and the Czech Republic, standard terms and conditions in the online gaming industry limit users' ability to influence the inheritability of their accounts.

In our opinion, consumer protection is a vital aspect to consider in the context of gaming account inheritability. The prohibition of account transfers may impose unfair disadvantages on consumers and undermine the principles of fairness and transparency. Therefore, it is imperative to assess the enforceability of such clauses under Austrian and Czech law, ensuring they do not infringe upon consumer protection rights.

Achieving a balanced approach that respects both the interests of gaming providers and the rights of consumers is crucial. While it is understandable that gaming providers seek to protect their platforms and maintain control over account transfers, overly broad restrictions may compromise consumer rights. Therefore, the interpretation and application of contractual provisions should prioritize consumer protection principles and establish a fair equilibrium between the parties involved.

## Bibliography

- ADAMOWSKY, N. (2000). *Spielfiguren in virtuellen Welten*. Frankfurt/Main: Campus Verlag.
- BERBERICH, M. (2010). *Virtuelles Eigentum*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- BJÖRK, S., LUNDGREN, S. AND HOLOPAINEN, J. (2003). Game Design Patterns. In *Level Up*, Vol. 54. 180-193. Available at: <https://doi.org/10.1.1.10.4097> (Accessed: 14 July 2023)
- BLAZER, C. (2006). The five indicia of virtual property. *Pierce Law Review*, 5(1), 137-162.
- BLIZZARD END USER LICENSE AGREEMENT, last revised May 31, 2023, Available at: <https://www.blizzard.com/en-sg/legal/fba4d00f-c7e4-4883-b8b9-1b4500a402ea/blizzard-end-user-license-agreement> (Accessed: 14 July 2023)
- BREHM, S. (2016). Verlassenschaft 2.0 - Ausgewählte Fragen zum Umgang mit dem digitalen Nachlass. *JEV*, 159(4), 2016.
- BRINKERT, M., STOLZE, M., AND HEIDRICH, J. (2013). Der Tod und das soziale Netzwerk. Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis. *Zeitschrift für Datenschutz*, 4(13), 153-157.
- BŘÍZA, P. (ed.) (2014). *Zákon o mezinárodním právu soukromém*. Praha: C. H. Beck.
- BÜCHNER, T. (2011). *Die rechtlichen Grundlagen der Übertragung virtueller Güter*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
- CLEGHORN, J., GRIFFITHS, M. D. (2015). Why do gamers buy 'virtual assets'? An insight into the psychology behind purchase behaviour. *Digital Education Review* 27, 85-104.
- COULSON, M. (2010). Virtually Real: a Psychological Perspective On Massively Multiplayer Online Games. *Review of General Psychology*, 2(14), 167-179. <https://doi.org/10.1037/a0019442>
- CUNNINGHAM, S., CRAIG, D. (2017). Being 'Really Real' On YouTube: Authenticity, Community and Brand Culture In Social Media Entertainment. *Media International Australia*, 1(164), 71-81. <https://doi.org/10.1177/1329878x17709098>
- DEIXLER-HÜBNER, A. AND SCHAUER, M. (eds) (2015). *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- ECKERSLEY, P. (2004). Virtual markets for virtual goods: the mirror image of digital copyright. *Harvard Journal of Law & Technology*, 18(1), 85-[ii].
- ELISCHER, D., FRINTA, O., AND PAUKNEROVÁ, M. (2013). Recodification of Private Law in the Czech Republic, in Rivera, J. C., *The Scope and Structure of Civil Codes*, pp. 105-132.
- FAIRFIELD, J. A. (2023). Making virtual things. *William & Mary Law Review*, 64(4), 1057-1096.

- FERRARI, F. (ed.) (2014). *Rome I Regulation: Pocket Commentary*. Munich: De Gruyter.
- FIALA, R., AND DRÁPAL, L. ET AL. (2022). *Občanský zákoník IV. Dědické právo (§ 1475-1720)*. 2<sup>nd</sup> edition. Prague: C. H. Beck.
- FLUNGER, R., MLADENOW, A., STRAUSS, C. (2017). The Free-to-play Business Model In *Proceedings of the 19th International Conference on Information Integration and Web-Based Applications*. Available at: <https://doi.org/10.1145/3151759.3151802> (Accessed: 14 July 2023)
- FREEMAN, G., BARDZELL, J., BARDZELL, S., HERRING, S. C. (2015). Simulating Marriage, In *Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Amp, Social Computing*. Available at: <https://doi.org/10.1145/2675133.2675192> (Accessed: 14 July 2023)
- GARON, J. M. (2022). Legal implications of a ubiquitous metaverse and a Web3 future. *Marquette Law Review*, 106(1), 163.
- GEBAUER, J. (2015). Digitale Verlassenschaft - Was passiert mit Facebook-Accounts & Co?. *Zeitschrift für Informationsrecht*, 2015(4), 382-388.
- GÖSSL, S.L. (2014). *Internetspezifisches Kollisionsrecht?: anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, Baden-Baden: Nomos.
- GUINNESS WORLD RECORDS. (n.d.). Most expensive virtual object. Retrieved September 22, 2021, Available at: <https://www.guinnessworldrecords.com/world-records/most-expensive-virtual-object> (Accessed: 12 July 2023)
- HAMARI, J., KERONEN, L. (2017). Why Do People Buy Virtual Goods: a Meta-analysis. *Computers in Human Behavior*, (71), 59-69. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2017.01.042> (Accessed: 14 July 2023)
- HAPP, C., MELZER, A. AND STEFFGEN, G. (2013). Superman Vs. Bad Man? The Effects of Empathy and Game Character in Violent Video Games. *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 10(16), 774-778. Available at: <https://doi.org/10.1089/cyber.2012.0695> (Accessed: 14 July 2023)
- HERZOG, S. (2018). Der digitale Nachlass und das Erbrecht. *AnwBl Online*, 472-481.
- HIGGIN, T. (2009). Blackless fantasy: The disappearance of race in massively multiplayer online role-playing games. *Games and Culture*, 4(1), 3-26.
- HÖHNE, T. (2015). Der Tod im Internet. *Zeitschrift für Informationsrecht*, 2015 (3), 238-245.
- HORÁK, O., DADUOVÁ, M., AND OSINA, P. (2020). Czech Inheritance Law and The Significance of Tradition. *The Lawyer Quarterly*, 9(4), page numbers??.
- KATZ, A., LUNDELL, B. AND GAMALIELSSON, J. (2016). Software, copyright, and the learning environment: an analysis of the it contracts Swedish schools impose on their students and the implications for FOSS. *International Free and Open Source Software Law Review*, 8(1), 1-28.

- KEPLINGER, M. S. (1990). International protection for computer programs. *Software Law Journal*, 4(1), 15-50.
- KLETEČKA, A. AND SCHAUER, M. (eds) (2010). *ABGB-ON: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- LASTOWKA, F., AND HUNTER, D. (2004). The laws of the virtual worlds. *California Law Review*, 92(1), 1-74.
- LAVICKÝ, P. AND HURDÍK, J. (2014). *Private Law Reform*. Brno: Masaryk University.
- LEE, E., WOO, J., KIM, H., MOHAISEN, A., KIM, H. K. (2016). You are a Game Bot!: Uncovering Game Bots in MMORPGs via self-similarity in the Wild. In *Proceedings 2016 Network and Distributed System Security Symposium*. Available at: <https://doi.org/10.14722/ndss.2016.23436> (Accessed: 14 July 2023)
- LEE, S. W. (2020). Durchsetzung des Zugangs zum digitalen Nachlass – ein kurzer Blick über den Tellerrand. *Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2020(4), 182-183.
- MACEY, J., HAMARI, J. (2018). Esports, Skins and Loot Boxes: Participants, Practices and Problematic Behaviour Associated with Emergent Forms of Gambling. *New Media & Society*, 1(21), 20-41. Available at: <https://doi.org/10.1177/1461444818786216> (Accessed: 14 July 2023)
- MAGNUS, U. AND MANKOWSKI, P. (eds.) (2016). *European Commentaries on Private International Law (ECPIL): commentary*, Köln: Otto Schmidt.
- MANKOWSKI, P. (2008). Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge. *Internationales Handelsrecht*, 8(4), 133-152.
- MYŠKA, M. (2010). Virtuální světy, virtuální vlastnictví. *Revue pro právo a technologie*, 1(01), 11-11.
- PAMBOUKIS, C.P. (ed) (2017). *EU Succession Regulation No 650/2012: a commentary*, Athens: Nomiki Bibliothiki.
- PATRIDGE, B. (2010). The Play's The Thing: World of Warcraft and Legal Philosophy. *Phoenix Law Review*, 3(2), 769-806.
- POCKRANDT, C. (2020). *Digitaler Nachlass: Die Übergangsfähigkeit und -weise digitaler Daten unter Berücksichtigung der Rechte Dritter*, Baden-Baden: Nomos.
- RIOT GAMES® TERMS OF SERVICE, LAST MODIFIED: APRIL 30, 2021, AVAILABLE AT: [HTTPS://WWW.RIOTGAMES.COM/EN/TERMS-OF-SERVICE](https://www.riotgames.com/en/terms-of-service) (Accessed: 14 July 2023)
- RISCH, M. (2009). Virtual rule of law. *West Virginia Law Review*, 112(1), 1-52.
- RIVERA, J. C. (2013). *The Scope and Structure of Civil Codes*. Dordrecht: Springer.
- ROGERS, S. E. (2018). Transforming with Avatars: Video Game Developer Licensing Considerations. *Journal of the Copyright Society of the USA*, 65(1), 57-[vi].
- SALES OF VIRTUAL GOODS/ADDITIONAL CONTENT AND SUBSCRIPTIONS IN GAMES (console and PC) in Germany from 2013 to 2021. Available at: <https://www.statista.com/statistics/1113089/>

- virtual-goods-online-browser-games-subscriptions-sales-revenue-germany/  
(Accessed: 12 July 2023)
- SCHMID, C., BAUER, M., BLUME, J., BOCK, H., SÜSSENGUTH, O. & WILD, B. (2013).  
Sterben im Internet – Regelung des digitalen Nachlasses. *Wirtschaftsinfor-  
matik & Management*, 2013 (5), 86-96.
- STEAM® SUBSCRIBER AGREEMENT, last updated on April 25, 2023, Available at:  
[https://store.steampowered.com/subscriber\\_agreement/english/](https://store.steampowered.com/subscriber_agreement/english/) (Accessed:  
14 July 2023)
- STEINKUEHLER, C., WILLIAMS, D. (2006). Where Everybody Knows Your (Screen)  
Name: Online Games as “Third Places”. *J Comp Mediated Comm*, 4(11),  
885-909.
- TENG, C. I., AND CHEN, Y. C. (2017). The Effects of Alliance Formation on Player  
Satisfaction in Online Games. *Computers in Human Behavior*, 68, 1-9.
- TURKAY, S., AND KINZER, CH. K. (2014). The Effects of Avatar-based Customi-  
zation on Player Identification, *International Journal of Gaming and Compu-  
ter-Mediated Simulations*, 6 (1), 1-25. Available at: [https://doi.org/10.4018/  
ijgcms.2014010101](https://doi.org/10.4018/ijgcms.2014010101) (Accessed: 14 July 2023)
- VIDEO GAMING IN THE UNITED STATES – STATISTICS & FACTS. AVAILABLE AT:  
[HTTPS://WWW.STATISTA.COM/TOPICS/8739/VIDEO-GAMING-IN-THE-UNITED-S-  
TATES/#TOPICOVERVIEW](https://www.statista.com/topics/8739/video-gaming-in-the-united-s-tates/#TOPICOVERVIEW) (Accessed 12 July 2023)
- WEBBER, N. (2014). Law, Culture and Massively Multiplayer Online Games.  
*International Review of Law, Computers & Technology*, 28(1), 45-59.
- WHITE, E. E. (2008). Massively Multiplayer Online Fraud: Why The Introduction  
of Real-World Law in Virtual Context Is Good for Everyone. *Northwestern  
Journal of Technology and Intellectual Property*, 6(2), 228-243.
- WUSTHO, L. (2018). Germany’s Supreme Court Rules in Favour of Digital Inheri-  
tance. *Journal of European Consumer and Market Law*, 7 (5), 205-208.
- ZALUCKI, M. (2021). Contractual Limitations in The Mortis Causa Legal Succes-  
sion on The Example of The Facebook Contract. *Istorie, Cultura, Cetatenie in  
Uniunea Europeana*, 13(1), 106-123.
- ZANKL, Z., AND SPRUZINA S. (2018). *Der digitale Nachlass: Implikationen für die  
Gesellschaft und das Notariat*. Wien: MANZ Verlag.

# Digital Inheritance: Does it require a different approach?

NUNO SOUSA E SILVA\*

**Abstract:** Digital inheritance, defined as “the passing down of digital assets to designated (or undesignated) beneficiaries after a person’s death as part of the deceased’s estate,” is both a property and a personality issue.

On the property side, the definition and legal nature of digital assets is unclear. Nevertheless, private regulation and technological solutions have appeared to deal with the passing on of digital services and digital assets. Some countries, most notably the US, have enacted laws on the matter.

Case law in European countries has revolved around access to data by heirs, showing that private regulation may not be sufficient to safeguard personality rights. Countries like Portugal, Italy, and France have established legal provisions empowering heirs to exercise the rights of the deceased data subject under the General Data Protection Regulation.

The current lack of a harmonized framework poses challenges for individuals and companies and may lead to the impoverishment of consumers. An EU law intervention would be welcome.

**Keywords:** Digital Inheritance; Successions; Technology; Property.

## 1. It all starts at the end...

Assets survive death. Most contracts do, as well. The exception is personal (*intuitu personae*) contracts, i.e., those that, by convention or

---

\* Lawyer (PTCS) / Law Professor, Universidade Católica Portuguesa. W: [www.nss.pt](http://www.nss.pt). Given the nature of this publication, this text keeps references to a minimum and retains some hallmarks of spoken speech. [nsilva@ucp.pt](mailto:nsilva@ucp.pt)

by their very own nature, require specific personal characteristics of the contracting party. The law can also mandate automatic termination upon death, and contractual provisions to that effect are generally allowed.<sup>1</sup> According to Portuguese law, even personality rights survive death. Art. 71 of the Portuguese Civil Code states: “*Personality rights also enjoy protection after the death of their owner.*” However, most authors regard this primarily as protection of the interests of the surviving heirs.<sup>2</sup>

Nowadays, most people own digital assets and have a digital footprint that will survive them. Therefore, the issue of digital inheritance defined as “*the passing down of digital assets to designated (or undesignated) beneficiaries after a person’s death as part of the estate of the deceased*” is increasingly important.<sup>3</sup>

As life becomes progressively digital, so does death.<sup>4</sup> This is both an issue for property rights, to be regarded from an economic lens, and a matter of human dignity, to be addressed under personality rights.<sup>5</sup>

## 2. Property: what are digital assets?

We can think of digital assets as our file collection. Instinctively and regardless of whatever contract terms apply, people usually feel that certain digital goods, especially those containing intellectual property, such as music, e-books or movie file collections, for which they have paid, belong to them (much like a physical copy of a book, a physical carrier for software or a vinyl record would).

---

<sup>1</sup> On this, see article 2025 of the Portuguese Civil Code: “1. *Legal relationships that must be extinguished by the death of the respective holder, by reason of their nature or by force of law, are not subject to succession.* 2. *Waivable rights may also be extinguished by the death of the holder.*”

<sup>2</sup> For instance, in the Portuguese Supreme Court decision of 15 May, 2013 (procedure 2612/07.2TVLSB.L1.S1), it was held that “*Notwithstanding the wording of that provision of the Civil Code [art. 71], it cannot be accepted that the law fictionalizes the existence of personality beyond death by awarding compensation in money for an offence against the personality rights of the deceased person, since personality ceases with death – Article 68(1) of the Civil Code.*” For a summary of the debate, see CAPELO DE SOUSA, R. (1995), pp. 188 ff. and LEITE CAMPOS, D. (2016).

<sup>3</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Digital\\_inheritance](https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_inheritance)

<sup>4</sup> Sisto, D. (2020) p. 6, quoting from <https://www.digitaldeath.com/> (a service provider to prepare *mortis causa* digital assets assignment).

<sup>5</sup> Birnhack, M., Morse, T. (2022).

But there are other important digital resources.<sup>6</sup> Non-Fungible Tokens and cryptocurrencies are valuable assets that are purely digital. The same is true of in-game goods (i.e., virtual goods within video games, such as tools or ornaments).<sup>7</sup> Domain names and social media accounts, which arise out of a contract, are also valuable rights that only exist on the internet. In addition, there are mixed goods such as stocks or ETFs traded through an app or (increasingly) physical goods with digital components. Even data are now regarded as a commodity, which can be exchanged for goods and services.<sup>8</sup>

Knowing how to deal with all of these “possessions” upon a person’s death is not clear. Most laws do not define digital assets. However, US law (the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act) defines them as “*an electronic record in which an individual has a right or interest. The term ‘digital asset’ does not include an underlying asset or liability, unless the asset or liability is itself an electronic record.*”<sup>9</sup>

Nevertheless, this definition does not reveal the nature of digital assets, which is fundamental to understanding how they are to be treated from a succession perspective.

Most digital assets are sold as services through subscriptions.<sup>10</sup> The services often include a portion of the computing (memory and/or processing), in a delivery model that has come to be known as cloud computing.<sup>11</sup> This means that property is being increasingly replaced by contracts. So much so that Aaron Perzanowski and Jason Schultz speak

---

<sup>6</sup> I am looking at digital assets from a passive (consumer) perspective. Different issues arise when the digital assets correspond to software written and maintained by the deceased. Exploring that subject, see CRUZ, E. (2016).

<sup>7</sup> See CAI, X., CEBOLLADA, J., CORTIÑAS, M. (2022).

<sup>8</sup> This option is expressly mentioned in art. 3/1 of Directive 2019/770 (“*This Directive shall also apply where the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader, except where the personal data provided by the consumer are exclusively processed by the trader for the purpose of supplying the digital content or digital service in accordance with this Directive or for allowing the trader to comply with legal requirements to which the trader is subject, and the trader does not process those data for any other purpose.*”) On that, see METZGER, A. (2017), pp. 1-8; DIX, A. (2017) pp. 1-5, and LOHSSE, S., SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (2020).

<sup>9</sup> For a discussion of that legislation in California, cf. YU, M. (2019).

<sup>10</sup> This is part of the well-known tendency of Servitization (see KOHTAMÄKI, M. *et al.* (2021)).

<sup>11</sup> For a treatise on cloud computing law, see MILLARD (2021).

of “the end of ownership.”<sup>12</sup> Nowadays the user gets to enjoy content without owning anything. Rather than having a DVD or a CD, when a client gets a Netflix or Spotify subscription (s)he still has access to music and entertainment, but (s)he will not get a tangible good that survives the termination of those agreements, and which could be passed along to heirs.

Given that a big part of digital assets is protected by intellectual property rights and the digital nature of those assets requires copying them and making them available via a network, intellectual property licenses are the heart of their distribution. Those licenses can be transferable or non-transferable (also known as personal licenses), revocable or irrevocable, worldwide or restricted territorially and their duration can be perpetual or time restricted.

With physical goods embodying intellectual property, the conflict between the property rights in the carrier/tangible support (e.g., the book as an object made of paper) and the intellectual property rights over the content has been solved through the doctrine of exhaustion (known in the US as the first-sale doctrine). According to this, intellectual property will prevail and control until the first assignment of property takes place. Thenceforth, the owner of the physical good can, within certain limits, do pretty much whatever (s)he wants. That is why we can buy and sell used books, paintings, or disks without the copyright owner’s permission.

When the carrier for intellectual property-protected content moves to the digital realm, the scope of exhaustion becomes unclear.<sup>13</sup>

The Court of Justice had to rule on that issue responding to a preliminary ruling request from Germany’s Federal Court of Justice. A German company called Usedsoft was reselling “used” Oracle software licenses. However, those licenses were no longer distributed through a physical medium like a CD, but rather downloaded from a server. This means that technically copies are made, which caused Oracle to sue for copyright infringement.

In C-128/11, *UsedSoft*,<sup>14</sup> the Court held that substance prevails over form, and therefore “*It makes no difference, in a situation such as that at*

---

<sup>12</sup> PERZANOWSKI, A., SCHULTZ, J. (2016).

<sup>13</sup> This has been explored in depth by MEZEI, P. (2018).

<sup>14</sup> EU:C:2012:234.

issue in the main proceedings, whether the copy of the computer program was made available to the customer by the rightsholder concerned by means of a download from the rightsholder's website or by means of a material medium such as a CDROM or DVD. Even if, in the latter case too, the rightsholder formally separates the customer's right to use the copy of the program supplied from the operation of transferring the copy of the program to the customer on a material medium, the operation of downloading from that medium a copy of the computer program and that of concluding a licence agreement remain inseparable from the point of view of the acquirer (...). Since an acquirer who downloads a copy of the program concerned by means of a material medium such as a CDROM or DVD and concludes a licence agreement for that copy receives the right to use the copy for an unlimited period in return for payment of a fee, it must be considered that those two operations likewise involve, in the case of the making available of a copy of the computer program concerned by means of a material medium such as a CDROM or DVD, the transfer of the right of ownership of that copy."

This led some to believe that (general) digital exhaustion had been established and that the Court of Justice regarded digital goods as equivalent to physical goods. Even if the court mentioned twice in that judgment that the software directive should be considered *lex specialis*.<sup>15</sup>

Seven years later, in December 2019, the Court of Justice had to rule again on digital exhaustion. This time what was at stake was a "used" e-book marketplace, operated by a Dutch Company. In C-263/18, *Tom Kabinet*<sup>16</sup> the Court held that the "assimilation of tangible and intangible copies of works protected for the purposes of the relevant provisions of Directive 2001/29 was not, however, desired by the EU legislature when it adopted that directive."<sup>17</sup> In other words, there should not be general digital exhaustion. What this means is that under most EU laws most digital assets will be treated under contract law, covered by relative rights, instead of rights in rem.

To deal with this outcome, practical solutions have arisen such as drawing up digital estate plans or configuring software like password

<sup>15</sup> C-128/11, *Usedsoft*, paras 51 and 56.

<sup>16</sup> EU:C:2019:1111. For a critical comment, see ANSGAR, K. (2020).

<sup>17</sup> C-263/18, *Tom Kabinet*, para. 56. This is in line with the US decision *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F. Supp. 2d 640, dealing with the resale of iTunes digital music, which found in favor of copyright holders, holding the first sale doctrine to be non-applicable.

managers to allow other people access to the deceased digital accounts.<sup>18</sup> Social networks like Facebook and Instagram have also established memorial accounts and Google allows users to set up executors, whereas Twitter or LinkedIn only support the deletion of the account.<sup>19</sup>

The mentioned US law (Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act) has set up a right to a digital will, granting the beneficiary limited control over digital accounts or digital assets with the same rights as the initial account holder.<sup>20</sup> This law also prohibits companies from adopting terms of service or practices that would prevent the digital will from working in practice. Given that a big part of internet companies is established in the US and is likely to adopt uniform practices, that law is likely to have an extraterritorial effect.

### 3. Personality: post-mortem digital presence

Although there are no rules equivalent to the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act in most European states, inheritance of and/or access to social media accounts has been the subject of a few court cases in Europe.

In Germany, the mother of a deceased teenager sought access to her Facebook messages. After a complex court battle, the German Federal Court of Justice concluded “*The user agreement between Facebook and the deceased is a contract that passed to the heirs by operation of law according to §1922(1) BGB (universal succession). Parents have a right to access the account and its digital content. The rules on ‘memorial pages’ are not part of the general terms and conditions. Even if they were, they would not be valid, because they unreasonably disadvantage the other party to the contract.*”<sup>21</sup> In response to this ruling, Facebook (now Meta) chose to provide the mother with a USB flash drive with a pdf document containing the account data, instead of granting access to the user interface. This gave

---

<sup>18</sup> This may be contrary to certain terms and conditions of digital services, which may not allow the sharing of an account or access by a person other than the one which acquired the service.

<sup>19</sup> See Sisto, D. (2020) pp. 121 ff.

<sup>20</sup> Besides Yu, M. (2019), see also Sy, E. (2016).

<sup>21</sup> BGH 12.VII.2018 (III ZR 183/17).

cause to another court appeal, which ruled in the mother's favour considering that the supply of the pdf was insufficient.<sup>22</sup>

In Italy two court cases granted access to Apple iCloud and Apple ID. In a ruling by the Court of Milan, the parents of a deceased young chef require access to phone backups in Apple iCloud (where the young chef kept his recipes). This was presented as an urgent request given the fear that data would be permanently deleted. The court issued precautionary measures, considered necessary and appropriate to protect the parent's rights, thus obtaining access to their son's account.<sup>23</sup> In a decision by the Court of Bologna, the mother of a boy who committed suicide requested access to his Apple ID. Apple did not contest and the court issued the access order.<sup>24</sup>

In France, a widow requested data on phone calls of her deceased spouse from its former employer (Banque de France). This request was rejected considering the personal nature of such data.<sup>25</sup> It is important to note, that the will of the deceased and his or her privacy should be respected even after death.

With the adoption of the General Data Protection Regulation (Regulation 2016/679, known as GDPR), EU Member States had to adapt their national laws on data protection. Although GDPR only applies to personal data of living persons, a few Member States chose to expressly "protect privacy after death."<sup>26</sup> Such was the case of France,<sup>27</sup> Italy<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> BGH 27.VII.2020 (III ZB 30/20).

<sup>23</sup> Tribunale di Milano, 9.II.2021 (2020/44578).

<sup>24</sup> Tribunale di Bologna, 25.XI.2021.

<sup>25</sup> Conseil d'État, 08/06/2016, 386525.

<sup>26</sup> This is the title of a great article by CHU, N. (2015). At p. 273, she writes: "Recognizing that a deceased person has an enforceable right to privacy is the best way to protect an individual's right to privacy after death. Extending this recognition posthumously is justified because the law already recognizes the survival of a person's dignitary interests past her death and because digital assets are much more transferrable and contain more sensitive information than a dead body."

<sup>27</sup> The new art. 48 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés allows for exercise of GDPR rights by heirs.

<sup>28</sup> Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101: 'Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la

and Portugal.<sup>29</sup> That approach relies on personality rights, which are statutory (*erga omnes*) and imperative, but seems to go beyond that by expanding the scope of GDPR. Nevertheless, it is unclear if the whole framework of GDPR, including the sanctions and enforcement rules, can and should apply.

In the particular case of Portugal, Article 18 of Law 27/2021, 17<sup>th</sup> May (Portuguese Charter on Human Rights in the Digital Age) also established an additional right to a digital will stating that: “1 – *Everyone may express their will in advance regarding the disposal of their content and personal data, namely those contained in their personal profiles and accounts on digital platforms, under the terms of the contractual conditions of service provision and applicable legislation, including regarding testamentary capacity. 2 – Posthumous deletion of personal profiles on social networks or similar by heirs may not take place if the rightsholder has left any indication to the contrary with those responsible for the service.*” The problem with this solution, which seems based on a property conception, is that it subjects the efficacy of the digital will to “the terms of the contractual conditions of service provision.” This makes the effectiveness of a digital will highly dependent on each company’s policies and the applicable contractual rules.

---

direttiva 95/46/CE’ (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU (Gazzetta ufficiale) Serie Generale n. 205 del 4.9.2018. On that reform, see BARTOLINI, F., PATTI, F. P. (2019).

<sup>29</sup> Article 17 of Law no. 58/2019, 8th August (Personal Data Protection Law), with the title “Protection of personal data of deceased persons” reads: “1 – Personal data of deceased persons shall be protected under the terms of the GDPR and the present law when they fall within the special categories of personal data referred to in paragraph 1 of Article 9 of the GDPR, or when they relate to privacy, image or communications data, except in the cases provided for in paragraph 2 of the same article. 2 – The rights provided for in the GDPR concerning the personal data of deceased persons, covered by the previous paragraph, namely the rights of access, rectification, and erasure, shall be exercised by whoever the deceased person has designated for the purpose or, in their absence, by their heirs. 3 – Data subjects may also, under the terms of the applicable legal terms, make it impossible to exercise the rights referred to in the previous paragraph after their death.”

#### 4. Conclusion

The lack of clarity around digital inheritance is a matter of concern. Currently, there is not a unified approach, and the discussions seem to oscillate between absolute (personality and property) and relative rights (contracts). Notwithstanding, in my opinion, the main question is enforceability.<sup>30</sup>

Although the issue is complex, the rules concerning the property aspects of digital inheritance should be informed by a principle of autonomy: while the subject is alive, (s)he should be able to decide what to do with her/his digital goods, including her/his data. Within the scope of the services, they offer to the public, companies should not be able to deny the effectiveness of a digital will and further impoverish consumers. If a digital inheritance is not effective, then companies are taking value away from the deceased's heirs.<sup>31</sup>

At the same time, from a personality perspective, the legal system must safeguard the dignity and the "digital remains" of the deceased, regardless of ownership. Nonetheless, the acritical extension of GDPR in relation to deceased data subjects may not be the best solution. I believe a different approach is warranted and the US Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act may be an interesting point of departure. However, those rules can't be adopted at a national level, so an EU intervention is necessary.<sup>32</sup>

#### Bibliography

- ANSGAR, K. (2020). Exhaustion, Distribution and Communication to the Public – The CJEU's Decision C-263/18 – Tom Kabinet on E-Books and Beyond, *GRUR International*, Vol. 69, Issue 5, May 2020, 489-495. Available online at <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa043>
- BARTOLINI, F., PATTI, F. P. (2019). Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform, 27 *European Review of Private Law*, Issue 5, 1181-1194.

---

<sup>30</sup> Along the same lines, BARTOLINI, F., PATTI, F. P. (2019), p. 1194.

<sup>31</sup> Of course, it can be argued that imposing a digital will through a legislative intervention may drive up the prices of subscriptions.

<sup>32</sup> This also seems to be the opinion of FUCHS, A. (2022), p. 6.

- BIRNHACK, M., MORSE, T. (2022). Digital Remains: Property or Privacy?, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 30, Issue 3, Autumn 2022, 280-301. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaac019>
- CAI, X., CEBOLLADA, J., CORTIÑAS, M. (2022). A grounded theory approach to understanding in-game goods purchase. *PLoS ONE* 17(1): e0262998. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0262998>
- CAPELO DE SOUSA, R. (1995). *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora.
- CHU, N. (2015). Protecting Privacy after Death, 13. *Northwestern Journal Of Technology And Intellectual Property*, 255-276.
- CRUZ, E. (2016). The Digital Inheritance of Mobile Apps: Where's the App for That?, 13 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 111-130.
- DIX, A. (2017). Daten als Bezahlung – zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Datenschutzrecht, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 25, 1-5.
- FUCHS, A. (2022). What Happens to Your Social Media Account When You Die? The First German Judgments on Digital Legacy, *ERA Forum* (2021) 22:1-7.
- KOHTAMÄKI, M. et al. (2021). Theoretical Landscape in Servitization. In: Koh-tamäki, M., et al. *The Palgrave Handbook of Servitization*. Palgrave Macmillan, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-75771-7\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-030-75771-7_1)
- LEITE CAMPOS, D. (2016). O Estatuto Jurídico da Pessoa Depois da Morte, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, , ano 2.º, n.º 4, 477-487.
- LOHSSE, S., SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds) (2020). *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Nomos.
- METZGER, A. (2017). Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?, *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 1-8;
- MEZEI, P. (2018). *Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge University Press.
- MILLARD, C., (2021). *Cloud Computing Law*, Oxford University Press.
- PERZANOWSKI, A., SCHULTZ, J. (2016). *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, MIT Press.
- SISTO, D. (2016). *Online Afterlives: Immortality, Memory and Grief in Digital Culture*, The MIT Press.
- SY, E. (2016), The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology? the Law Caught up with Technology?, *Touro Law Review*, Vol. 32, No. 3, 647-677.
- YU, M. T. (2019). Towards a New California Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act, 39 *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 115-143.

# Ensuring protection for people and communities from the risks of technological development – preventing damage and insurance solutions

NADIA COGGIOLA\*

**Abstract:** The chapter delves into the challenges of safeguarding individuals and communities from the risks posed by rapid technological advancements. It explores the pressing issue of compensating for and protecting from damages resulting from technological innovations, which present distinct challenges in terms of compensation and liability.

After providing historical context on traditional approaches to shielding individuals and communities from technological risks, the primary focus of the chapter is on European legislative actions in the fields of drones and artificial intelligence. It also briefly touches upon the potential challenges that may arise when individuals with disabilities or minors use novel technologies.

**Keywords:** Technological Development; Liability; Compensation; European Union; Liability for Fault; Strict Liability; Insurance; Compulsory Insurance; Drones; Artificial Intelligence; Minors; Disabled

## 1. Introduction

This chapter delves into the issue of safeguarding individuals and communities from risks stemming from technological advancements, either by employing preventive measures to mitigate technological damage or by providing compensation through civil liability or insurance. My investigation primarily focuses on European legislative solutions to challenges arising from technological development, drawing on prior experiences and studies.

---

\* Professor of Private Law at the University of Torino.

As widely recognized, the rapid acceleration of technological progress in recent decades has led to an increasing proliferation of tools, machines, and systems that interact with people on a daily basis, both directly and indirectly. This surge in technological development brings forth numerous potential risks for individuals and communities.

However, effectively managing these risks is often hindered by the fast pace of technological evolution. This rapidity leaves little room for comprehensive contemplation of the issues at hand and the necessity for legal intervention. Consequently, it is not uncommon to observe a temporal gap between the inception of a new technology and the establishment of corresponding legal regulations aimed at its oversight, with inevitable consequences.

The contemporary world is undeniably shaped by the trajectory of technological advancements. Our daily routines revolve around these innovations: from waking up to the sound of electronic devices, to consuming meals crafted from industrially manufactured components (even a seemingly basic dish like Italian pasta with tomato sauce often involves store-bought dried pasta and canned tomato sauce). Cooking relies on electric appliances and dishwashing is facilitated by machines and chemical agents. When it comes to transportation, cars, trains, and airplanes are our preferred modes of travel. For scholars, a significant portion of research hours is spent tapping away at computer keyboards, exploring the vast expanse of the internet, and delving into extensive databases. Likewise, most other professionals dedicate their time to interacting with tools and products conceived by human ingenuity. This spans from engineers navigating the realms of new technologies to janitors employing chemical solutions in their daily tasks.

Technological development has been seamlessly integrated into our lives, intertwining with our daily encounters and necessities, while also ushering in potential adverse consequences. This phenomenon is far from new, as the predicament of repercussions stemming from human innovations dates back to the earliest instances when the human intellect birthed creations not naturally existing, or harnessed existing elements in novel ways. Reflect on occurrences such as accidents following the invention of the wheel, like mishaps caused by animal-drawn carts, or instances of poisoning due to the use of lead in water plumbing.

Although the problems linked to damages resulting from technological progress have always existed, it is undeniable that the extension of these damages has amplified significantly, especially since the onset of the Industrial Revolution. This amplification is attributed to the surge in novel tools and products that this revolution brought forth. Consequently, the augmentation in technological products poses an inevitable quandary: the compensation for the damages they might directly or indirectly inflict upon third parties or their assets. This issue has gained paramount importance in contemporary times, given the swift proliferation of new technological products on the market and their growing user base. Consider recent innovations like drones, autonomous vehicles, big data, and smart contracts. These technologies frequently introduce challenges in terms of compensating for the harms they could potentially cause, often due to their distinctive features. The gravity of these challenges is further magnified by the potential extent of damages that may arise from the utilization of these new technologies, as exemplified in cases of robot malfunctions or accidents involving autonomous vehicles.

Scholars, legal professionals, governments, and regulatory bodies find themselves frequently tasked with formulating remedies for these challenges. They employ legal instruments that are adequate to safeguard those who might fall victim to these novel technologies, both individuals and communities. This task, for reasons that require no elaboration here, demands a careful equilibrium: the imperative to shield against potential harm must coexist with the need to nurture economically and socially beneficial technological advancements. Consequently, as we will explore in the forthcoming sections, legislative solutions have commonly featured a delicate balance, endeavouring to reconcile the interests of economic stakeholders with the imperative of protecting those adversely affected.

These solutions are primarily designed to proactively avert, whenever feasible, the occurrence of damages stemming from emerging technologies. This is achieved by imposing an obligation on parties reaping the benefits of these innovations to assume responsibility for compensating any resulting harm. Consequently, the restitution for damages experienced by third parties is frequently borne by the manufacturers, vendors, or users of these new technologies. This liability framework

often operates under a system of fault-based liability. It is often accompanied by mechanisms such as the reversal of the burden of proof or the presumption of the defendant's liability, or of the existence of a link of causation between the damages and the action or omission of the defendant, or on the basis of rules of strict liability.

However, it is not uncommon for these regulations to be accompanied by the implementation of liability rules mandating the insurance of those individuals or entities who, due to the advantages acquired by new technologies, bear responsibility for any potential damages these may cause. Importantly, the introduction of compulsory insurance in these scenarios offers a dual advantage. Firstly, it distributes the costs of damages among all parties accountable for compensation, thus mitigating the financial burden on each individual producer, seller, or user. Secondly, it provides a safeguard for the aggrieved parties in cases of potential financial deficits on the part of the liable party, whether these stem from economic incapacity, the extent of damages sustained by third parties, or the multitude of affected parties.

This chapter aims to delve into the issue of the protection of individuals and communities from the risks of technological development, within the framework of European legislations. Its primary focus is to underscore how contemporary legal regulations have the potential to avert harm to third parties, often in conjunction with insurance mechanisms. To achieve this objective, the chapter will commence with a brief historical overview, shedding light on conventional approaches employed to shield individuals and communities from the adverse consequences of technological progress. Subsequently, our exploration will focus on the legislative actions undertaken by the European Union in response to emerging technologies, such as drones and artificial intelligence.

Our objective is to comprehensively grasp the methodologies employed by European legislation and their respective intentions. Lastly, we will briefly contemplate the potential challenges that could arise when novel technologies are employed by or in association with individuals with disabilities or minors, that is to say to persons with cognitive capacities below the typical benchmark that legislators usually have in mind when formulating and enacting legal provisions.

## 2. The Escalation of Damages Resulting from Technological Advancements and the Evolution of Legal Remedies in Western Legal Systems

To gain a comprehensive understanding of contemporary legal approaches to challenges stemming from technological progress, it is undeniably essential to cast our gaze back to the historical periods when these very challenges emerged with utmost urgency – specifically, over the past two centuries.

In the wake of the Industrial Revolution, the repercussions of technological advancement became notably more pronounced and severe. This escalation was a direct consequence of the proliferation of new technologies and their widespread adoption, resulting in an increased pool of potential victims and of the amount of the damages. This scenario prompted a heated discussion within both public discourse and legal circles concerning the appropriate remedies, if any, that should be offered to those affected by damages. Central to these discussions was the question of who should bear the responsibility for the said damages.

A pivotal historical case that ignited extensive political and legal debates emerged during the 19<sup>th</sup> century, with the advent of railway construction, which in numerous nations witnessed a clash between the established class of landowners and the emerging class of entrepreneurs. Central to this conflict was the task of establishing an equilibrium between the prerogatives and financial concerns of landowners and the entrepreneurs responsible for constructing and managing the railways. The first experienced in fact the dual impact of land expropriations required for railway track construction and the damages incurred to their assets due to the sparks emitted by train engines once the railways were operational, while the second were willing to affirm their rights and commercial pursuits, thereby promoting overall societal progress and well-being. This intricate situation encapsulated a core tension: reconciling the competing interests of landowners and entrepreneurs within the broader context of advancing industries and society.

Furthermore, another category of potential victims should not be omitted, the railway workers. In addition, although less frequent, consideration must also be given to cases involving passengers and third parties who, for various reasons, found themselves subjected to harm due to the expanding railway networks. Although the incidence of these

instances was frequently marginal in terms of the quantity of cases and the magnitude of damages, generally involving bodily harm or loss of life, the severity of the damages experienced by these victims and their families was often considerable. This was particularly evident when juxtaposed with their economic circumstances.

In these cases, the courts and legislators faced a challenging decision between two distinct sets of applicable rules. On one hand, they could opt for the traditional fault-based liability rule, centred on proving the negligence of the tortfeasor. This approach often favoured railway owners at the potential expense of landlords and other injured parties, as it required petitioners to demonstrate the defendant's negligence. On the other hand, an alternative approach was available. They could choose to implement a fault-based liability rule coupled with a presumption of the defendant's fault, which shifted the burden to defendants to prove their lack of negligence. Alternatively, they could apply the strict liability rule, which permitted defendants to escape liability by simply demonstrating that circumstances beyond their control had occurred.

Ultimately, the second approach gained prominence in the majority of Western legal systems because it better safeguarded the rights of the parties suffering damages, shifting the economic responsibility for the resulting harm onto those who benefitted most from technological advancements. This approach proved highly advantageous for society as a whole and found widespread support among judges and legislators. As a result, the presumption of the defendant's fault or the application of strict liability rules became prevalent in Western legal systems, extending beyond railway cases to encompass a broad range of situations, including those involving motor vehicles, industrial tools, and chemical products, which emerged shortly thereafter and shared similar characteristics.

The predominant rationale behind this choice likely stems from the belief that when someone causes harm through industrial or commercial activities, the responsibility for compensating the resulting damages should fall upon those who benefit from these very activities, rather than burdening the individual or entity harmed by them. This line of reasoning continues to form the foundation of many European legal systems, as we will observe, when they confront issues arising from emerging technologies.

It is important to recognize that this initial stride in legal and judicial progress concerning railway-related damage compensation laid the foundation for the two fundamental legal principles still in force today when addressing damages caused by technological advancements.

Firstly, some courts introduced and later lawmakers embraced the principle that in cases where fault-based liability applies, and a special relationship exists between the defendant and the victim, with accompanying specific duties on the defendant to safeguard the victim from the resulting harm (as seen in instances like consumer compensation and workers' compensation, where a power imbalance between the defendant and the victim is evident), the presumption of the defendant's fault could be established.

Secondly, it was also established that when an individual participates in a lucrative activity that could potentially result in harm to third parties, such as utilizing new tools and products or owning and operating motor vehicles, legislators may implement strict liability rules designed to enhance the protection of potential victims of such activities.

Ultimately, the application of either set of rules will relieve the victims of new technological tools from the burden of proving the defendant's negligence, leading to essentially equivalent outcomes.

However, it is important to recognize that the first method of determining the defendant's liability for damages resulting from new tools or products was and continues to be primarily employed as a strategy by courts to address challenges in compensating victims of technological advancements, particularly in complex cases where it can be burdensome and costly for the victim to establish the defendant's negligence.

Conversely, the second approach represents an explicit policy decision made by legislators to shift the burden of damages resulting from such activities onto the defendants. Under these rules, defendants can only be exempt from liability for compensation when they can demonstrate that the damages were the result of unforeseeable events. This political choice to apply strict liability rules, as mentioned earlier, is motivated by the fact that these damages arise from activities within the sphere of control of the defendants and are a source of their profits.

Although, as mentioned earlier, these rules were effective in addressing damages resulting from technological advancements, they proved to be less efficient when confronted with a subsequent wave of challenging

tort cases in the 20<sup>th</sup> century. These cases were characterized by unique traits, most notably the harm caused by the toxic effects of chemicals, pharmaceuticals, or other products on humans and other living beings. They affected large numbers of individuals or living organisms, and often it was challenging to definitively establish if and to what extent the claimed damages were genuinely the result of exposure to these toxic products. Due to these distinctive features, these categories of damages came to be known as “toxic torts” or “mass damages” (Cranor, 2006).

The distinctive characteristics of these cases, particularly the challenges surrounding the determination of a causal link between the toxic product and the onset of harm, led to an entirely new set of issues for which a definitive resolution has yet to be achieved, whether by the courts, legislators, or scholars. One of the primary dilemmas in mass tort cases stems from the fact that only a subset of these damages can be identified as “signature diseases,” that is to say be unequivocally attributed to a specific toxic substance. In contrast, most of these damages fall into the category of “multifactorial” harm, meaning they may have multiple potential causes, each of which is independently sufficient to result in harm. Additionally, these same damages may appear long after exposure to or ingestion of the toxic substance, further complicating the task of establishing a causal link between the harm and the agent. Importantly, in these cases, scientific expertise often provides little assistance, as scientists typically frame their conclusions in probabilistic terms, whereas legal processes necessitate a binary answer – yes or no – to arrive at a legal resolution.

Among the most infamous cases of toxic torts, we can recall those that emerged in the 1970s in both Europe and the United States regarding the use of Thalidomide, a drug initially prescribed to alleviate nausea in pregnant women but later discovered to be capable of causing severe deformities or even the death of fetuses. It is estimated that this drug may have resulted in approximately 12,000 cases of birth defects in Europe and 40,000 in the United States (Hilts, 2003). During this time, the courts grappled with the challenge of establishing the causative link between the use of the drug and its harmful effects, utilizing conventional legal reasoning.

However, despite all national courts having to plough through the complexities of these cases to demonstrate that the petitioners indeed

used the drug and that the foetal deformities or deaths were a direct consequence of its use, the final judgments varied among different countries. For instance, in England, most of the affected parties were unable to secure damages, as the settlement approved by the English court between the drug manufacturers and the victims required the victims to prove that their harm resulted from the drug to qualify for compensation (Goldberg, 1999, pp. 17-19). In contrast, in the United States, the courts favoured public opinion and, as a result, the victims, over traditional negligence-based civil liability rules, which, as a reminder, required petitioners to prove the defendant's liability (Cane, 1997, p. 232). This had significant financial repercussions for the manufacturers (Green, 1997, p. 89). In Germany, on the other hand, the drug producer was criminally sentenced to pay a substantial sum to a fund established to compensate the victims.<sup>1</sup> This case prompted the German Parliament to enact a law imposing strict liability on pharmaceutical product manufacturers for damages caused by their drugs<sup>2</sup> (Koch, 2001).

The Thalidomide cases were succeeded by a fresh wave of legal actions, this time centred on damages arising from the usage of Diethylstilbesterol, commonly abbreviated as DES. DES was a medication employed to treat various women's health conditions, and it was likely administered to 4-6 million women before its prohibition. This decision came about after the discovery that DES could lead to cancer in the daughters of women who had taken it during the first trimester of pregnancy as a preventive measure against potential abortions.

These cases differed from the previous ones, as revealed in the lawsuits filed by many victims in the United States seeking compensation for the damages they suffered. In contrast to the Thalidomide cases we discussed earlier, these cases presented a unique challenge. While it was straightforward to establish that the drug was the cause of the cancers, multiple manufacturers produced the same drug, making it impossible to determine which manufacturer(s) provided the drug to each woman. In these cases, applying traditional civil liability rules to establish the defendant's responsibility would have left the victims uncompensated. Conversely, applying the presumption of liability to all manufacturers,

---

<sup>1</sup> LG Aachen 18 December 1970, in *Juristenzeitung* 1971, 507.

<sup>2</sup> Law 17 December 1971, in *Bürgerliches Gesetzbuch* 1971, II, 2018.

along with joint and several liability for all of them, would have placed the entire burden of compensation on a few manufacturers. Both solutions had the potential for significant injustices.

To address this dilemma, some U.S. courts attempted to devise a solution by creating a system of partial liability, commonly known as market share liability. This system allocated shared liability among all drug producers in proportion to each manufacturer's market share (Delgado, 1982; Gifford and Pasicolan, 2006). However, not all U.S. courts embraced this approach,<sup>3</sup> and some explicitly refused to apply the market share liability system also to cases involving vaccines<sup>4</sup> and asbestos damages<sup>5</sup> that emerged shortly thereafter (Geistfel, 2006). According to these courts, these rules were at odds with liability for fault principles, and in the case of asbestos, their application would effectively transform every defendant into an insurer for the others.

In Europe, the application of market share liability was explicitly rejected in the Netherlands in a DES case, where the court instead affirmed the existence of joint and several liability for the defendants<sup>6</sup> (Hondius, 1994).

These cases introduced another element to the framework of rules applicable to damages resulting from technological progress. Specifically, they established a general rule stating that, unless otherwise specified, when damage occurs and multiple potential wrongdoers are involved, yet it is impossible to ascertain which one specifically caused the harm, all potential tortfeasors are to be held jointly and severally liable for compensating the damages. This is unless they can provide evidence that one or more other defendants were solely responsible for the damages. This rule clearly contrasts with the traditional general rule, which places the burden on the petitioner to prove which among the defendants was liable for the damages.

This rule has indeed found application in various other cases, one of which is notably the asbestos-related damages cases. In these instances, it was highly likely that the victim's injuries resulted from exposure to

---

<sup>3</sup> For example, *Zaff v. Eli Lilly and Co.*, 676 SW 2d 241 (Mo. Banc. 1984).

<sup>4</sup> *Shackil v. Lederle Laboratories*, 561 A 2d 511, 528 (NJ 1989).

<sup>5</sup> *Starling v. Seaboard Coast Line R.R.* 533 F. Supp. 183 (S.D. Ga. 1982).

<sup>6</sup> *Van Ballegooijen v. Bayer Nederland BV* (Rvdv 1992, No 219).

asbestos, and this exposure had multiple potential sources. A prominent and extensive application of this rule can be observed in cases where victims were employees exposed to asbestos by various employers, such as the well-known Fairchild case<sup>7</sup> in England, followed by the enactment of the Compensation Act on July 25, 2006, shortly after the Fairchild decision. In similar scenarios, where damages may result from multiple exposures to the same or different hazardous substances, judges may choose to assert the joint and several liability of all defendants who negligently contributed to the risks, rather than leaving the victims without compensation. These cases provide a noteworthy example of the utilization of presumption in establishing liability in cases related to technological developments.

Finally, it is important to note that in many cases where products or certain tools can potentially cause substantial harm to third parties, Western legislators often choose to implement strict liability rules. See for example the cases of product liability, or those of vehicle circulation. This approach relieves victims of the burden of proving negligence on the part of the tortfeasors. Consequently, it becomes easier for victims to secure compensation, as they only need to demonstrate the existence of the damage and the causal link between the actions or omissions of the tortfeasors and the occurrence of the harm.

Conversely, because potential tortfeasors are held accountable for compensating damages resulting from their products or tools regardless of their negligence, the economic responsibility for these damages is generally placed on them. It is widely accepted today that producers, owners, or users of risky goods or products are better equipped to handle the costs associated with damages, either by allocating a portion of their profits to compensation or prevention of the same damages, or by safeguarding themselves from the financial risks of compensation through insurance mechanisms.

Based on the discussion above, it is evident that the methods employed by Western courts and legislators to address damages stemming from technological progress can vary significantly. These variations depend on a multitude of factors, including the specific circumstances

---

<sup>7</sup> Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others [2002] 3 W.L.R. 89, [2002] 3 All. E.R. 305 (H.L.), [2002] UKHL 22.

of the case, the nature of the damages incurred, the parties involved, the prevailing political and social attitudes within the legal system, the economic context, and more. Consequently, within a Western legal system, it is not uncommon for courts or legislators to employ different legal approaches for compensating damages resulting from technological advancements, contingent upon the unique characteristics of each case or technological domain.

Additionally, we should not overlook the pivotal role that insurance can play in addressing torts arising from technological developments. In the following, albeit brief, paragraph, we will explore the role played by insurance in managing damages caused by technological progress.

### **3. The Role of Insurance in Addressing Damages Arising from Technological Advancements in Western Legal Systems**

As previously mentioned, when addressing the issue of compensating damages resulting from technological advancements, the role of insurance should not be overlooked, benefiting both victims and tortfeasors. In certain instances, potential victims or tortfeasors may voluntarily seek the protective coverage offered by insurance based on their independent considerations. In other cases, it falls upon the legislator to mandate the utilization of these instruments to regulate the compensation of damages, thereby simultaneously ensuring the protection of victims and imposing a cap on the liability of tortfeasors.

Indeed, insurance serves a dual purpose, providing victims with prompt and guaranteed compensation for either the entirety or a portion of their damages. Simultaneously, it affords tortfeasors the benefit of limited liability, as the costs of damages resulting from new technologies are not borne solely by the individual tortfeasor but distributed among all potential tortfeasors. This outcome is particularly significant when insurance is mandatory, requiring all potential tortfeasors to participate and thereby reducing the insurance costs for each insured party. These economic advantages, often termed as “economies of scale” by economists, signify that as the number of potential tortfeasors contributing to the insurance pool increases, the more cost-effective the insurance becomes for each participant, since the expenses associated with compensating insured damages are shared among all contributors.

Lastly, it is worth noting that insurance systems are generally economically advantageous for all parties involved, as they either typically spare them from the costs of legal litigation or significantly reduce such expenses.

When discussing insurance, it is crucial to differentiate between voluntary and compulsory insurance. Voluntary insurance is purchased by individuals or entities exposed to the risk of damages or by those obligated to compensate damages suffered by third parties due to their actions or products. On the other hand, compulsory insurance is mandated by legislative provisions and can be administered by either private entities or public authorities.

The decision of many Western legislators to impose compulsory insurance in specific sectors of activities is justified, as mentioned earlier, by its greater economic efficiency and the need to protect all parties involved, particularly the victims, in a society where certain risks are distributed among a large number of potential victims and tortfeasors.

Beginning in the last century, due to the increase in the magnitude of damages or the number of people affected, the challenges associated with recovering damages (especially in cases of long latency), situations where the tortfeasor has ceased their activity or is deceased when the damages arise, or instances where it is arduous to establish the tortfeasors' liability in a court of law, many Western legal systems, including those of the European Union and its member states, introduced compulsory insurance systems in specific fields.

The first compulsory insurance schemes introduced by Western countries were undoubtedly those for workers' injuries, which naturally encompassed damages suffered by workers due to new tools or products used in production processes. While the need to protect workers from potential harm or illnesses resulting from their employment activities initially emerged at the end of the 18th century when a significant number of workers began working in modern factories, exposing them to the risks associated with new technologies like factory equipment and hazardous products, the first occupational accident insurances were only established at the end of the 19th century. For instance, Germany introduced such insurance in 1884, followed by Italy in 1898. These systems later evolved into compulsory insurance schemes starting in the early

20<sup>th</sup> century, with several other European countries subsequently adopting similar measures.

Another prominent example of compulsory insurance is vehicle insurance, which was introduced in many European member states starting in the 1960s and is now mandated in all European member states by Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (Motor Insurance Directive).<sup>8</sup> This directive enforces the obligation to insure against such liability. Article 3 of the mentioned directive, titled “Compulsory Insurance of Vehicles,” stipulates that each member state is obliged to “take all appropriate measures to ensure that civil liability in respect of the use of vehicles normally based in its territory is covered by insurance.”

It is crucial to emphasize that the European directive does not differentiate between autonomous vehicles and non-autonomous vehicles. Both categories must be covered by third-party motor liability insurance, which is undoubtedly the most reliable and easily attainable financial protection offered to victims of damages caused by vehicles.

The need for establishing a compulsory insurance system for car accidents arose due to the significant increase in vehicle circulation that began in the 1950s, resulting in a large number of victims and damages. Interestingly, this system of compulsory insurance remains relevant today, as we will explore in the following paragraph, serving as a valuable model for addressing similar increases in damages resulting from technological developments. In cases where new technologies are widely adopted and deemed beneficial to the general public, the introduction of a compulsory insurance system can simultaneously ensure compensation for those harmed by the new technical devices and provide benefits to various groups, including producers, users, and the broader community.

It is very important to underline that the European directive does not treat autonomous vehicles differently from non-autonomous vehicles, which therefore must both be covered by the third party motor liability insurance, which is undisputedly the most reliable and easily

---

<sup>8</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0103>

achievable financial protection offered to the victims of damages caused by vehicles.

#### **4. Presumption of Liability, Strict Liability, and Compulsory Insurance as Strategies for Addressing Challenges Stemming from New Technologies**

If we delve into recent developments in tortious liability, it becomes evident that tools such as presumption of tortfeasor liability, strict liability, and compulsory insurance, which we previously mentioned, have seen widespread use, particularly in Europe. These tools have been employed to address the challenges arising from a new generation of technological products, including drones, robots, and artificial intelligence. These products possess unique characteristics such as autonomy, self-learning, and adaptive capabilities, which inevitably present novel challenges to the existing tort liability framework.

These technologically advanced products exhibit a capacity for independent action and evolution that was largely unfamiliar in earlier technological revolutions. Their ability to autonomously adapt to various situations, make choices among different options and, in some cases, learn from experiences sets in fact them apart. To address the issues related to compensating damages caused by these new technologies, some inventive scholars have proposed creative solutions. However, it has been generally observed that the most effective approach has been to apply the well-established traditional principles of tortious liability, which have previously demonstrated their efficacy in handling the compensation of damages resulting from technological advancements. In essence, this entails relying on the presumption of tortfeasor liability, adhering to strict liability rules, and enforcing compulsory insurance.

The application of these rules better serves the needs of contemporary Western, and especially European, systems. That is to say, they aim to protect individuals harmed by new technologies in cases where they cannot be held responsible for the damages suffered. Instead, compensation is sought from those who benefit from the use or production of these new technologies. Simultaneously, these rules aim to limit the amount of damages for which users or producers are obligated to

compensate victims, so as not to hinder investments and the utilization of new technologies.

Therefore, once legislators can clearly identify the individuals strictly liable for damages caused by robots, drones, or AI due to their relationship with these technologies, victims can easily seek compensation from these liable parties. Furthermore, when the law mandates that responsible parties must insure themselves for damages that may arise from their activities or products affecting third parties, the rights of victims to compensation are better safeguarded. Conversely, in cases where individuals not in a qualified relationship with a robot or drone use them, and liability cannot be imposed due to this qualified relationship, traditional liability rules based on fault may apply, potentially alongside the strict liability of individuals with such a relationship with the robot.

In summary, the traditional rules of strict liability, compulsory insurance, and liability based on fault can effectively cover a wide range of cases involving technological development, as seen in cases of damages caused by AI and drones. This is contingent upon legislators being able to identify the individuals subject to strict liability and compulsory insurance duties, and, if necessary, clearly delineating the rules for liability based on fault.

The advantages of applying these well-known rules on civil liability, in addition to those previously mentioned, include the familiarity of judges and lawyers with their application and their proven effectiveness. Therefore, it is not surprising that the European Union adopted these rules in two different cases.

The first case pertains to compensation for damages arising from the use of drones, which was regulated at the European level by the Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, and Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems.

The second set of rules concerns the prevention and compensation of damages arising from the use of AI products. While it is still in a preparatory stage, a lot can be gleaned from the reading of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council

laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, dated 21 April 2021, and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, both dated 28 September 2022.

In the following sections, we will investigate the tools used to protect consumers and the application of traditional civil liability rules and compulsory insurance by the European Parliament and Commission in cases of damages caused by drones and Artificial Intelligence. We will also briefly touch on the reasoning behind these choices. Our focus will be on European legislation because, as we all know, this legislation has a substantial influence, if not dominance, over the systems of Member States.

## **5. The European Provisions Concerning Damages Caused by Drones**

As mentioned earlier, a prime example demonstrating the European Union legislator's utilization of traditional legal rules for compensating damages caused by new technologies is the liability framework concerning drones.

When examining the Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 dated 24 May 2019 on the rules and procedures governing the operation of unmanned aircraft, along with the Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 dated 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and third-country operators of unmanned aircraft systems, it becomes evident that the European legislator purposefully opted to employ the principles of strict liability and compulsory insurance, already widely used in situations akin to drone operation, such as vehicle circulation.

European legislation encompasses both autonomous and non-autonomous drones within the term "drones." Autonomous drones possess the capability to conduct safe flights without the direct intervention of a human pilot. Instead, they rely on artificial intelligence systems to navigate unforeseen and unpredictable emergencies. On the other hand, non-autonomous drones with automatic operation follow predetermined

flight routes established by the drone operator before take-off. In cases where these drones encounter unforeseen events not included into their flight plans, a remote pilot must intervene to assume control. Non-autonomous drones without automatic operations require continuous remote pilot control throughout the entire flight duration.

The fundamental premise in European legislation is that drone flights inherently pose risks, regardless of their intended purpose, whether recreational or commercial. Therefore, the regulations do not differentiate between leisure and commercial activities. Instead, they consider factors such as the weight and specifications of the drone and the type of operation it is intended to carry out.

It is important to emphasize that drones are not inherently considered risky; rather, their risk level depends on the operations they undertake. Consequently, EU Regulation 2019/947 distinguishes between different categories of operations: the ‘open,’ ‘specific,’ and ‘certified’ categories.

Within the lower-risk ‘open’ category, operational risks are deemed low, and no authorization is required before commencing a flight. Safety is guaranteed as long as the drone operator adheres to the relevant requirements for their intended operation.

The ‘specific’ category encompasses riskier operations, where safety is ensured through the drone operator obtaining operational authorization from the national competent authority before initiating the operation. To obtain this authorization, the drone operator must conduct a safety risk assessment, which will determine the necessary requirements for safe drone operation.

In the ‘certified’ category, the safety risk is exceptionally high, necessitating certification of both the drone operator and the aircraft, along with licensing for the remote pilot. Flight safety in this category is ensured through the U-space, which establishes and harmonizes the conditions necessary for both manned and unmanned aircraft to operate safely. This helps prevent collisions between aircraft and mitigates air and ground risks.

In compliance with these provisions, drone operators or remote pilots are required to register in the Member State where they reside or have their primary place of business. The drone operator is the person that owns or leases the drone, which can be a natural person or a legal

person. The remote pilot is the person who actively controls the drone. A remote pilot can also be the drone operator, but a drone operator may also employ one or more remote pilots.

Registering the drone operator simplifies the identification of the responsible party, including for the purpose of compensating damages caused by the drone. This identification process is made more efficient with the use of an Electronic Identification system, enabling the remote identification of the drone operator. Additionally, the Geo Awareness system is software installed in the drone that can automatically restrict access to certain prohibited or high-risk areas.

The operator is held liable for damages caused by the drone under strict liability rules. Consequently, the injured party only needs to demonstrate the damages and establish that they resulted from the drone's actions.

Furthermore, the same European Regulations stipulate that operators must carry third-party liability insurance when the drone exceeds 20 kg in weight. Most European Member States have extended this obligation even to cases where the drone weighs over 250 grams. This extension, in my opinion, clearly illustrates the growing significance of compulsory insurance in many Western legal systems, particularly within the Member States of the European Union.

Compulsory insurance effectively imposes a cap on liability for damages incurred by owners, users, or producers of new technologies. As a result, they are not exposed to severe and unknown economic risks arising from potential compensation claims by victims. Simultaneously, compulsory insurance ensures that victims will be compensated for their losses, regardless of the financial situation of the tortfeasors and the extent of the damages incurred.

## **6. The European Provisions Regarding Damages Caused by Artificial Intelligence**

While the final European legislation regarding protection from and liability for damages caused by AI has not yet been enacted, our investigation can be based on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain

Union legislative acts.<sup>9</sup> This Proposal, dated 21 April 2021, has recently undergone partial amendments by the European Parliament.<sup>10</sup> Furthermore, we shall as well take into consideration the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products,<sup>11</sup> and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), both dated 28 September 2022.<sup>12</sup> It is worth noting that the final Regulation and Directives will most probably largely diverge from the provisions outlined in the Proposals.

Starting with the Proposal for the Artificial Intelligence Act, its Explanatory Memorandum clearly states that the Act aims to achieve several objectives. These include ensuring that AI systems placed and utilized on the Union market adhere to safety standards and respect existing laws on fundamental rights and Union values. Additionally, it seeks to establish legal certainty to promote investment and innovation in AI, enhance governance and effective enforcement of existing laws concerning fundamental rights and safety requirements applicable to AI systems. Lastly, it aims to facilitate the development of a single market for lawful, safe, and trustworthy AI applications while preventing market fragmentation.

The European legislator has adopted a risk-based approach, delineating various requirements and obligations for the development, market placement, and use of AI systems within the EU. The proposal defines mandatory requirements applicable to the design and development of AI systems before they are introduced to the market. It also harmonizes the process of ex-post controls, complementing existing and forthcoming horizontal and sectoral EU safety regulations. The provisions of the Act primarily apply to providers of AI systems located within the EU or in a third country that places AI systems on the EU market or puts them into service in the EU. This also extends to users of AI systems within

<sup>9</sup> [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>10</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf)

<sup>11</sup> [https://single-market-economy.ec.europa.eu/system/files/2022-09/COM\\_2022\\_495\\_1\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v6.pdf](https://single-market-economy.ec.europa.eu/system/files/2022-09/COM_2022_495_1_EN_ACT_part1_v6.pdf)

<sup>12</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496>

the EU and to providers and users of AI systems located in a third country if the output generated by those systems is used within the EU.

To address concerns related to fundamental rights and user safety, the draft AI Act recognizes the unique characteristics of AI, including opacity, complexity, data dependency, and autonomous behaviour. Consequently, the draft AI Act adopts a risk-based approach, tailoring legal interventions to specific risk levels. Under this framework, the draft AI Act distinguishes between AI systems posing (i) unacceptable risk, (ii) high risk, (iii) limited risk, and (iv) low or minimal risk. It is important to emphasize that the AI Act regulates AI applications only to the extent necessary to address specific risk levels.

In cases where the risk is categorized as “unacceptable risk,” AI systems are deemed a clear threat to people’s safety, livelihoods, and rights. The proposed AI Act explicitly prohibits harmful AI practices that fall under this “unacceptable risk” category. This includes the prohibition of placing on the market, putting into service, or using AI systems in the EU that employ harmful manipulative “subliminal techniques,” target specific vulnerable groups (those with physical or mental disabilities), are used by public authorities or on their behalf for social scoring purposes, and deploy “real-time” remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for law enforcement purposes, except in limited cases.

“High-risk” AI systems are those that may have an adverse impact on people’s safety or fundamental rights. These AI systems encompass those used as safety components in products or falling under EU health and safety harmonization legislation (e.g., toys, aviation, cars, medical devices, lifts), as well as those deployed in eight specific areas identified in Annex III of the Proposal. These areas include biometric identification and categorization of natural persons, management and operation of critical infrastructure, education and vocational training, employment, workers’ management, access to self-employment, access to and enjoyment of essential private services and public services and benefits, law enforcement, migration, asylum and border control management, and administration of justice and democratic processes.

High-risk AI systems will be subject to a new set of regulations. Providers of high-risk AI systems will be required to register their systems in an EU-wide database managed by the Commission before placing them

on the market or putting them into service. If AI products and services are already governed by existing product safety legislation, they will fall under the existing third-party conformity frameworks that are already in place (e.g., for cars, aviation, medical devices). However, if AI systems are not currently covered by EU legislation, providers will need to conduct their own conformity assessment (self-assessment) to demonstrate compliance with the new requirements and can then use the CE marking. Additionally, high-risk AI systems used for biometric identification will require a conformity assessment by a “notified body.”

High-risk AI systems are required to adhere to a comprehensive set of requirements, focusing on aspects like risk management, testing, technical robustness, data training and governance, transparency, human oversight, and cybersecurity. Consequently, providers, importers, distributors, and users of these systems must fulfil a range of obligations. Providers based outside the EU will need an authorized representative within the EU to ensure conformity assessment and establish a post-market monitoring system, taking corrective action when necessary.

When AI systems fall into the “limited risk” category, which includes systems interacting with humans (e.g., chatbots), emotion recognition systems, biometric categorization systems, and AI systems generating or manipulating image, audio, or video content (e.g., deepfakes), they are subject to a limited set of transparency obligations.

Finally, for AI systems presenting low or minimal risk, the Regulation proposal allows development and use within the EU without additional legal obligations. However, it is worth noting that the European legislator does not underestimate the abstract riskiness of even low-risk AI systems. The proposal envisions the creation of codes of conduct to encourage providers of non-high-risk AI systems to voluntarily apply the mandatory requirements established for high-risk AI systems.

The governance and enforcement of AI system rules are entrusted to national supervisory authorities and a European Artificial Intelligence Board at the EU level, comprising representatives from the Member States and the Commission. National market surveillance authorities would assess operators’ compliance with obligations and requirements for high-risk AI systems. These authorities would be responsible for taking corrective measures, including prohibiting, restricting, withdrawing,

or recalling AI systems that do not comply with the AI Act or that, while compliant, pose risks to the health or safety of individuals or to fundamental rights or other public interest protections.

The European Commission's Proposal was recently partially amended by the European Parliament on 14 June 2023. Notably, the Parliament expanded the cases in which AI systems are banned from using biometric identification systems in the EU. This ban encompasses both real-time and ex-post use, except in cases of severe crime and pre-judicial authorization for ex-post use. Furthermore, the amendments prohibit all biometric categorization systems using sensitive characteristics (e.g., gender, race, ethnicity, citizenship status, religion, political orientation); predictive policing systems (based on profiling, location, or past criminal behaviour); emotion recognition systems (used in law enforcement, border management, workplace, and educational institutions); and AI systems that indiscriminately scrape biometric data from social media or CCTV footage to create facial recognition databases.

Regarding high-risk AI systems, the Parliament introduces an additional requirement that these systems must pose a 'significant risk' to qualify as high-risk, in contrast to the Commission's proposal, which automatically categorizes all systems in certain areas or use cases as high-risk. It is important to note that AI systems with the potential to harm people's health, safety, fundamental rights, or the environment fall within high-risk areas. This includes AI systems used to influence voters in political campaigns and AI systems featured in recommender systems displayed by social media platforms classified as very large online platforms under the Digital Services Act. Additionally, the Parliament mandates that those deploying high-risk systems in the EU must conduct a fundamental rights impact assessment.

Furthermore, the European Parliament establishes a tiered regulation for general-purpose AI, requiring providers of foundation models to ensure robust protection of fundamental rights, health, safety, the environment, democracy, and the rule of law. These providers must assess and mitigate the risks associated with their models, comply with specific design, information, and environmental requirements, and register these models in an EU database. Additionally, providers of generative foundation AI models, such as ChatGPT, that utilize large language models (LLMs) to generate content like art and music, are subject to

stringent transparency obligations. They must disclose that the content was generated by AI and not by humans, and they are obligated to train and design their models to prevent the generation of illegal content.

As previously mentioned, the regulatory and surveillance system outlined in the European Artificial Intelligence Act underscores its dedication to safeguarding individuals who might be adversely impacted by AI products. The Act aims to mitigate potential harms to personal life, well-being, and privacy through comprehensive oversight of AI products throughout their entire lifecycle, thereby ensuring the utmost level of security for those who could be impacted. This approach strikes a balance by fostering the advancement of new technologies while imposing reasonable constraints that do not unduly impede their progress.

Regarding the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), both dated 28 September 2022, their purpose is to establish rules governing the compensation for damages potentially caused to third parties by AI systems.

With these two proposals, the Commission aims to complement and modernize the EU liability framework by introducing new rules specifically tailored to address damages caused by AI systems. These new rules are designed to ensure that individuals harmed by AI systems receive the same level of protection as those harmed by other technologies within the EU.

To achieve this, the Commission proposes to conduct a review of the Product Liability Directive, specifically the Council Directive of 25 July 1985, on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products<sup>13</sup> (hence PLD). The objective of this review is to adapt the PLD to the digital age while preserving its technology-neutral nature and coverage. The proposal seeks to modernize the existing rules governing the strict liability of manufacturers for defective products, encompassing a wide range of products, from smart technology to pharmaceuticals,

---

<sup>13</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374>

and ensuring that victims can seek fair compensation when harmed by defective products, including digital and refurbished items. Additionally, it facilitates compensation claims for damage caused by AI-enabled products against the producer without the need to prove fault.

The revised PLD broadens the definition of “product” and extends the scope of liable parties compared to the existing PLD. To accommodate the digital age, the proposal includes coverage for software, including software updates (whether embedded or standalone), such as AI systems, digital manufacturing files that enable automated control of machinery or tools like 3D printers, and digital services that are essential for products to function as components of the interconnected or integrated product (e.g., navigation services in an autonomous vehicle).

It is worth noting that the inclusion of software, including apps, under the existing PLD has always been a subject of controversy. There has been ongoing debate regarding whether software should be considered a product within the PLD’s scope or if it falls under the categories of services or intangible goods, which are typically outside the scope of the existing PLD (Wuyts, 2014; BEUC, 2017; Alheit, 2001).

Concerning the broader scope of the proposal compared to the existing PLD regarding liable parties, the revised PLD provides a detailed list of “economic operators” who can be held liable for defective products. It introduces a layered approach to liability based on the qualifications of these economic operators. Among the economic operators listed are the manufacturer of a product or component, the provider of a related service, the authorized representative, the importer, and the fulfilment service provider or distributor. Notably, the manufacturer is held liable for damages resulting from a defect in their product or components, and any economic operator who substantially modifies the product outside the manufacturer’s control will also be held liable for any defects.

In cases where a manufacturer is located outside the EU, the revised PLD assigns liability for a defective product to both the importer and the authorized representative within the EU. As a last resort, if the importer and authorized representative in the EU are also based outside the EU, the fulfilment service provider (offering at least two of the following services: warehousing, packaging, addressing, and dispatching of a product, without having ownership of the product) will be held liable. Distributors of defective products, including offline and online sellers, can

also be held liable upon request by a claimant, especially if they fail to identify any of the previously mentioned operators.

Furthermore, the revised PLD maintains liability in certain circumstances when a defect arises after a product has already been placed on the market or put into service. This includes situations such as software updates under the manufacturer's control, failure to address cybersecurity vulnerabilities, and machine learning. This is distinct from the exclusion of liability under Article 7(b) of the existing PLD, which exempts manufacturers from liability when "it is probable that the defect which caused the damage did not exist at the time when the product was put into circulation by him or that this defect came into being afterward." In essence, developers remain responsible for emerging technologies that learn independently and for deployment updates or their absence.

The burden of proof continues to lie with the injured person, who must demonstrate that the product was defective, that they suffered damage, and the causal link between the damage and the defect. However, the revised PLD mandates that the manufacturer disclose necessary information in court when the injured person presents facts and evidence sufficient to support the "plausibility of the claim for compensation." This obligation on the manufacturer is always subject to the protection of trade secrets and confidentiality.

It is also essential to highlight that the revised PLD eases the burden of proof for the injured person by establishing a presumption of defectiveness and causal link under specific conditions. Defectiveness is presumed when a manufacturer fails to comply with the obligation to disclose information, when a product does not adhere to mandatory safety requirements, or when damage results from an obvious product malfunction. On the other hand, a causal link is presumed when damage is typically consistent with the identified defect, or when technical or scientific complexity makes proving liability excessively difficult (e.g., 'black box' AI systems). The manufacturer retains the right to challenge the existence of difficulties in meeting the burden of proof or to rebut the presumptions.

The revised PLD includes several defences available to economic operators to avoid liability, for which economic operators bear the burden of proof. These defences come into play when economic operators

can demonstrate that they did not place the product into circulation, the defect did not exist at the time they introduced the product to the market, or the state of technical knowledge at the time of market entry made it impossible to discover the defect (also known as the “development risk defence”). Notably, this development risk defence would no longer be subject to Member State derogations. Exemptions from liability would not be applicable in cases of product defects within the manufacturer’s control, linked to a related service, software (including software updates or upgrades), or a lack of updates or upgrades necessary to maintain safety.

Furthermore, the Commission has also addressed these issues through the proposal for an AI Liability Directive, which aims to regulate liability claims by consumers for damages caused by AI-enabled products and services. These new rules are designed to ensure that individuals harmed by AI systems receive the same level of protection as those harmed by other technologies within the EU. The AI Liability Directive introduces a rebuttable “presumption of causality” to ease the burden of proof for victims seeking to establish damage caused by an AI system. It also grants national courts the authority to order the disclosure of evidence related to high-risk AI systems suspected of causing damage.

The Commission acknowledges that while the draft AI Act aims to reduce risks related to safety and fundamental rights, such rules do not prohibit AI systems with residual risks to safety and fundamental rights from being placed on the market. Therefore, the AI liability proposal establishes a fault-based liability regime with the goal of compensating for any type of damage caused by AI systems.

The AI liability directive proposal incorporates several key concepts, including ‘AI system,’ ‘high-risk AI system,’ ‘provider,’ and ‘user,’ as defined in the draft AI Act previously discussed. The claim for damages is explicitly defined as a non-contractual, fault-based civil law claim for compensation for damages caused by an output of an AI system or the failure of such a system to produce an output when it should have done so.

It is crucial to emphasize that although the liability of the tortfeasor is assumed to be based on their fault, the AI Liability Directive establishes a presumption of causality. This presumption eases the burden of proof for claimants seeking compensation for damages caused by

AI systems and provides them with a reasonable chance of a successful liability claim. Specifically, it establishes a rebuttable presumption of causality by linking non-compliance with a duty of care under Union or national law (i.e., the fault) with the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output that resulted in the relevant damage. This presumption of causality applies when the following cumulative conditions are met.

First, the claimant must demonstrate that the non-compliance with a specific EU or national obligation relevant to the harm caused by an AI system resulted in damages. Claims for damages involving providers and users of high-risk AI systems are subject to conditions related to the non-compliance with provisions applicable under the AI Act, including requirements concerning data training, transparency, human oversight, accuracy, robustness, and cybersecurity. Furthermore, in the case of a claim for damages against a provider of a high-risk AI system, national courts must presume a causal link between the non-compliance with these requirements and the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output that led to relevant damage.

However, in the case of a claim for damages involving an AI system that is not considered a high-risk AI system, the presumption would only apply when the national court deems it excessively difficult for the claimant to prove the causal link.

It is important to note that the presumption of causality does not apply if the defendant can prove that the claimant has sufficient evidence and expertise to establish the causal link between the defendant's fault and the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output that resulted in relevant damage.

Second, it must be reasonably likely, based on the circumstances of each case, that the defendant's negligent conduct influenced the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output that led to relevant damage. For the presumption of causality to apply, the defendant's fault should be established as a human act or omission that fails to meet a duty of care under Union law or national law directly intended to protect against the damage that occurred.

Third, the claimant must demonstrate that the output produced by the AI system or the AI system's inability to produce an output resulted in the damages.

Clearly, by reducing the burden of proof, the AI Liability Directive aims to facilitate the ability of individuals claiming injury from AI to succeed in their claims, given the complexity of the AI environment (i.e., the ‘black box’). In practice, this new rule means that if a victim can show that someone was at fault for failing to comply with a specific obligation relevant to their harm, and that a causal link with the AI’s performance is reasonably likely, the court can presume that this non-compliance caused the damage. However, the defendant may still rebut this presumption of causality, for example, by demonstrating that their fault could not have caused the damage.

In the Commission’s opinion, the proposed approach does not constitute a reversal of the burden of proof. According to this approach, the victim still bears the burden of proof, and it is up to the person liable to demonstrate that the conditions for liability are not met. This is done to avoid exposing providers, operators, and users of AI systems to higher liability risks that could potentially stifle innovation in AI-enabled products and services. Under the new Directive, the victim would retain the burden of proof, but the presumption of causality would provide targeted relief regarding the question of how or why an AI system generated a specific harmful output. This approach would relieve the victims from having to delve into the intricate inner workings of the AI system in question. Despite the Commission’s assertion, it is my opinion that the practical outcome of this presumption may not significantly differ from a reversal of the burden of proof, particularly when dealing with complex issues such as establishing causation in AI cases.

Furthermore, due to the multitude of individuals potentially involved in the design, development, deployment, and operation of high-risk AI systems, it can be exceedingly challenging for plaintiffs to identify the party potentially liable for the damage and to substantiate the conditions for a damages claim. The AI Liability Directive would grant national courts the authority to compel the disclosure of evidence concerning high-risk AI systems suspected of causing harm.

These new rules would assist victims in obtaining relevant evidence to identify the party that could be held liable. For example, in cases where damages result from a drone operator failing to adhere to usage instructions or a provider neglecting requirements when utilizing

AI-enabled recruitment services. Consequently, parties responsible for high-risk AI systems subject to obligations under the AI Act – namely, the provider of an AI system, an individual subject to the provider’s obligations under the AI Act, or a user as defined by the AI Act – would be mandated to disclose various pieces of information, including specific documentation, information, and logging requirements.

The claimant must, therefore, present sufficient evidence to substantiate the claim and make a proportionate effort to obtain evidence from the defendant. The disclosure of evidence should be deemed necessary and proportionate to support a damages claim. In this regard, national courts would be obliged to consider the legitimate interests of all parties, including third parties, as well as the protection of trade secrets and confidential information, such as information related to public or national security. It is also worth noting that if a defendant fails to comply with a national court’s order to disclose or preserve evidence in its possession, the national court would be entitled to presume that the requested evidence was intended to prove non-compliance with a relevant duty of care obligation, although the defendant retains the right to rebut this presumption.

While the Directive establishes EU rules for the presumption of causality, it does not harmonize rules regarding the burden of proof or the required degree of certainty regarding the standard of proof. This aspect remains under the competence of Member States within their national laws, as the Directive adopts a minimum harmonization approach. Consequently, claimants may have the opportunity to invoke more favourable rules under national law, such as burden of proof reversals under national fault-based regimes or national no-fault liability rules, if they exist.

Lastly, it is important to note, in my opinion, that the AI Liability Directive does not preclude future legislative developments, particularly the creation of no-fault liability rules for claims against operators, combined with mandatory insurance for the operation of certain AI systems, if deemed necessary. This suggestion aligns with the European Parliament’s resolution of 20 October 2020 on a civil liability regime for artificial intelligence, emphasizing the significance of efficiency when deciding on the appropriate liability framework (Li, Faure and Havu, 2022). Such a future review should consider risks related to damage to essential

legal values, such as the life, health, and property of unsuspecting third parties resulting from the operation of AI-enabled products or services. Additionally, the development of suitable solutions in the insurance market should be taken into account.

## 7. Conclusions and Final Remarks

From the analysis of the final and preparatory European Regulations and Directives concerning the prevention and compensation of damages arising from the manufacturing and use of new technologies that are becoming widespread in all the European Member States, it is evident that the European Union legislator is once again turning to civil liability tools that have traditionally been employed by Western legal systems. These tools include liability for fault, with a presumption of the defendant's liability in cases involving causation, strict liability, and compulsory insurance.

These measures, coupled with legislation aimed at preventing potential damages by identifying possible risks and regulating damage prevention systems, have been carefully developed to ensure the safe, reliable, and consistent operation of all new products and services, including those integrating emerging digital technologies. Their primary goal is to efficiently remedy any damages that may arise.

Establishing high levels of safety for products and systems utilizing new technologies and providing reliable compensation mechanisms for potential damages caused by them is essential. This not only better protects consumers and potential victims but also fosters trust in new technologies, encouraging their adoption by industries and consumers alike. Consequently, it contributes to the competitiveness of European industries and promotes the growth of the European economy. A well-defined safety and liability framework is crucial, both for consumer protection and for providing legal certainty for businesses.

The European legislator is fully aware that, despite the European Union's existing comprehensive body of rules on safety and product liability, and the presence of functional tortious liability compensation systems in all Member States, these rules must be adapted to some extent to accommodate the unique characteristics of new technologies, such as drones and AI.

In reality, the issues related to drones are relatively straightforward, primarily linked to the risks stemming from their operations, not unlike the risks associated with vehicles. In instances of damages resulting from a car accident, victims can typically seek compensation through several avenues. They may pursue compensation from the driver under national liability for fault rules, from the car owner (in most Member States) under national strict liability rules, or from the car manufacturer, following the provisions of the European Product Liability Directive. Additionally, as previously mentioned, victims can also claim damages from the car insurer because, according to European harmonized rules on motor vehicle insurance, the vehicle's user must be insured. Given the comprehensiveness of these provisions, it is unsurprising that similar rules, encompassing liability for fault, strict liability, and compulsory insurance, have been applied to drones.

Conversely, the challenges stemming from AI risks are notably more intricate. These challenges can arise from the combination of connectivity, autonomy, and data dependency inherent in AI systems, which can execute tasks with minimal or no human control or oversight. The production of AI systems typically involves numerous economic operators and a wide range of components, parts, software, systems, or services, creating complex technological ecosystems. These systems are open to updates and upgrades after their market placement. Moreover, in the realm of AI, equipped systems can enhance their own performance by learning from experience. Due to their reliance on vast amounts of data, reliance on algorithms, and opaque decision-making processes, predicting the behaviour of an AI-enabled product and understanding the potential causes of damage can often be challenging. Finally, because AI systems are interconnected and open, they may be vulnerable to cyber threats.

In such cases, the EU product safety framework cannot be simply and directly applied, as it was crafted prior to the emergence of these technologies. Consequently, it does not always contain the necessary provisions to address the novel challenges and risks posed by these technologies. Although in some domains, such as those concerning medical devices or automobiles, EU legal provisions have already expressly considered certain aspects of new technologies, like automated decisions, software as a distinct product, and connectivity.

Hence, the European legislator is compelled to address the new challenges arising from the unique characteristics of AI. As we have seen, the solution has once again been found in the clever application of well-established traditional tools of civil liability. This solution involves the creation of an evaluation and risk protection system specific to AI, the adaptation of existing product liability rules to accommodate the new facets and challenges presented by AI, and the application of the strict liability rules outlined in the Product Liability Directive (PLD) to address emerging issues. In cases where traditional liability rules do not apply, a general liability framework is provided, with additional support in “hard cases” through the presumption of causation between damages and the actions or omissions of the tortfeasor. In such instances, judges are empowered to request the disclosure of evidence by the responsible party.

In these scenarios, the objectives of liability rules are twofold: they must ensure the compensation of damages suffered by those harmed while also offering economic incentives to the liable party to minimize, if possible, the occurrence of such damages. This balance serves as a guarantee of a favourable trade-off between the positive economic outcomes resulting from new products and the negative burden of compensating for potential damages caused by these products, ultimately contributing to overall well-being.

Before concluding this chapter, it is important to highlight a challenge that remains unaddressed by European Regulations and Directives: the protection of individuals with mental or physical limitations. Often, these new technological systems are employed to assist and support individuals with disabilities, as well as children and the elderly. These interactions can give rise to unique issues, as lawmakers at both European and national levels typically enact laws to protect the general public, comprising individuals with average mental and physical capabilities.

For example, consider the existing Product Liability Directive of 25 July 1985. Article 6 of the Directive states that “A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account, including: (a) the presentation of the product; (b) the use to which it could reasonably be expected that the product would be put.” Additionally, the second paragraph of Article 8 notes that “The liability of the producer may be reduced or disallowed

when, having regard to all the circumstances, the damage is caused both by a defect in the product and by the fault of the injured person or any person for whom the injured person is responsible.”

Traditionally, courts have applied these rules by considering the “average” user as a reference point. Consequently, it is evident that these rules can offer specialized protection to users with mental or physical limitations only when defective products are expressly manufactured for these individuals, taking into account their specific needs. However, these same limitations should not be taken into account when products are intended for the general market.

As a result, producers of technological products designed for the general market, which typically caters to “average” individuals, are unlikely to consider the limitations of disabled, elderly, or child users when assessing the reasonableness of product use. If we consider the reduction or disallowance of damages compensation owed by the producer due to the fault of the injured party or someone for whom the injured party is responsible, we encounter complex issues regarding how to determine fault. It becomes evident that if we apply standard criteria for assessing fault based on “average” capacities, the mental and physical limitations of the injured party cannot be taken into account. This leaves individuals with mental or physical limitations bearing the burden of a portion or all of the damages suffered. Conversely, if these limitations are considered due to special provisions, technological goods producers would be held liable for compensating all damages, including those unforeseeable damages arising from the mental or physical limitations of the affected parties.

This approach appears to be unchanging, even as new challenges arise in future European legislation.

To give you an example, we may examine the topics of AI, a subject addressed by the European proposals discussed above. While it’s undisputed that elderly and disabled individuals may significantly benefit from these technologies in the near future, as these tools could assist or aid them in their daily lives, it is worth noting that the proposals on artificial intelligence do not account for the unique situation of these individuals when faced with new technologies.

For instance, the Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence, aside from prohibiting practices that exploit vulnerabilities in

specific vulnerable groups, such as children or persons with disabilities, in ways likely to cause psychological or physical harm to them or others, does not address the potential risks of AI systems when used by or for persons with mental or physical limitations.

Nevertheless, the European Union legislator is fully aware of the challenges that may arise from the use of Artificial Intelligence in specific situations, as evidenced by point 28 of the Preamble to the same proposal, which states that “increasingly autonomous robots, whether in the context of manufacturing or personal assistance and care should be able to safely operate and perform their functions in complex environments. Similarly, in the health sector, where the stakes for life and health are particularly high, increasingly sophisticated diagnostic systems and systems supporting human decisions should be reliable and accurate.”

It should also be noted that the distinction outlined in the Proposal, which has already faced significant criticism from scholars, between high-risk and non-high-risk AI based on the AI system’s intended purpose, aligns with longstanding product safety legislation. However, it relies on criteria centred around the concept of an “average person,” which may conflict with the actual capacities, whether mental or physical, of certain individuals, such as children, the elderly, and those with disabilities.

While the Proposal does consider cases where the assessment of AI system safety must account for the personal limitations of individuals involved, such as when children’s rights are at stake or when special notifications or information are required for individuals exposed to AI systems that interact with natural persons or generate content posing specific risks of impersonation or deception, no special attention is given to the fact that people with mental or physical limitations can experience damages resulting from their interaction with AI systems.

The impression is that, although the European legislator is well aware of the problem, there is a reluctance to address the potential negative consequences that may arise from the interaction of individuals with limited mental or physical capacities and AI or other technological developments as a distinct and separate issue deserving of special legislation.

This attitude cannot be condemned or penalized, as we all recognize that, for the common good, general liability rules may require general definitions and consider ‘average’ victims and tortfeasors. Therefore,

when there is no willingness to accommodate special cases, we must contemplate the possibility of addressing this issue through the instrument of insurance.

This instrument can be employed to compensate individuals with limited mental or physical capacities for damages incurred due to difficulties in engaging with new technologies, particularly in cases where it is impossible or extremely challenging or expensive to manufacture technological products suitable for use by both “average” and “non-average” individuals.

However, it can also be used to compensate for damages caused by individuals with disabilities, the elderly, and children to third parties through the use of new technologies when they have not been able, due to their limitations, to fully control them.

At this juncture, the crucial question arises: who should bear the cost of these insurances? If we assume that technological advancements benefit society as a whole, with no one excluded, and that principles of inclusion should extend to individuals with disabilities, allowing them to benefit from the often advantageous use of new technologies, it may be equitable to consider that the same community, or in appropriate cases, the manufacturers of new technologies or their users, should cover the costs of these insurances.

## 8. Reference list

- ALHEIT, K. (2001). “The applicability of the EU Product Liability Directive to software.” *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 34(2), 188-209.
- BEUC POSITION PAPER ON THE REVIEW OF PRODUCT LIABILITY RULES (2017). Available online at: [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2017-039\\_csc\\_review\\_of\\_product\\_liability\\_rules.pdf](https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2017-039_csc_review_of_product_liability_rules.pdf)
- CANE, P. (1997). *The Anatomy of Tort Law*, London: Hart Publishing.
- CRANOR, C. (2006). *Toxic Torts: Science, Law and the Possibility of Justice*. Cambridge: Cambridge University.
- DELGADO, R. & SINDELL, B. (1982). “Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs”, *California Law Review*, 70, 881-908.
- GEISTFELD, M. A., (2006). “The Doctrinal Unity of the Alternative Liability and Market-Share Liability”. *University of Pennsylvania Law Review* 155, 447-201.

- GIFFORD, D. G. & PASICOLAN P. (2006). “Market Share Liability Beyond DES Cases: The Solution to the Causation Dilemma in Lead Paint Litigation?”, *South Carolina Law Review*, 158, 117-159
- GOLDBERG, R. (1999). *Causation and risk in the law of torts: scientific evidence and medicinal product liability*. London: Bloomsbury.
- GREEN, M. D. (1997). *Bendectin and Birth Defects. The Challenge of Mass Toxic Substances Litigation*, Philadelphia: University of Pennsylvania.
- HILTS, P. J. (2004). *Protecting America’s Health: The FDA, Business, and One Hundred Years of Regulation*. Chapel Hill: North Carolina Press.
- HONDIUS, E. H. (1994). “A Dutch DES Case: Pharmaceutical Producers Jointly and Severally Liable”, *European Review of Private Law*, 2(3/4), 409-413.
- KOCH, H. (2001). “Non-Class Group Litigation under EU and German Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11, 355-368
- LI, S., FAURE M. & HAVU K. (2022). “AI-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach”, 13, *European Journal of Risk Regulation*, 13(4), 618-634.
- WUYTS, D. (2014). “The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe”, *Journal of European Tort Law*, 5(1), 1-34.

## 9. Bibliography

- ALHEIT, K. (2001). “The applicability of the EU Product Liability Directive to software”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 34(2), 188-209.
- BEUC POSITION PAPER ON THE REVIEW OF PRODUCT LIABILITY RULES, 2017. Available online at: [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2017-039\\_csc\\_review\\_of\\_product\\_liability\\_rules.pdf](https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2017-039_csc_review_of_product_liability_rules.pdf)
- BROWNSWORD, R., SCOTFORD, E. & YEUNG, K. (eds) (2017). *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford: Oxford University Press.
- CABRAL, T. S. (2020). “Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27(5), 615-635.
- CANE, P. (1997). *The Anatomy of Tort Law*, London: Hart Publishing.
- COECKELBERGH, M. (2011). “Humans, animals and robots. A phenomenological approach to human-robot relations”, *International Journal of Social Robotics*, 2(3), 197-204.
- CRANOR, C. (2006). *Toxic Torts: Science, Law and the Possibility of Justice*. Cambridge: Cambridge University.
- DE FRANCESCHI A., SCHULZE R. (eds) (2019). *Digital Revolution – New Challenges for Law*. Baden-Baden: Beck – Nomos.

- DELGADO, R. & SINDELL, B. (1982). "Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs", *California Law Review*, 70, 881-908.
- DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES (2020). A study on Artificial Intelligence and Civil Liability, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament.
- EBERS M., NAVAS, S. (2020). *Algorithms and Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- EBERS, M. (2021). "Liability For Artificial Intelligence And EU Consumer Law" *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*", Available online at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3855110>
- EVAS, T. (2020). Civil liability regime for artificial intelligence, EPRS, European Parliament, September 2020.
- GEISTFELD, M. A. (2006). "The Doctrinal Unity of the Alternative Liability and Market-Share Liability", *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 447-201.
- GIFFORD, D. G. & PASICOLAN, P. (2006). "Market Share Liability Beyond DES Cases: The Solution to the Causation Dilemma in Lead Paint Litigation?", *South Carolina Law Review*, 158, 117-159.
- GOLDBERG, R. (1999). *Causation and risk in the law of torts: scientific evidence and medicinal product liability*. London: Bloomsbury.
- GRAHAM, K. (2022). "Predicting the Future in Tort Law: Applying Forecasting Science to Innovations from Trampolines to Autonomous Vehicles", *Jurimetrics Journal*, 62, 303-29.
- GREEN, M. D. (1997). *Bendectin and Birth Defects. The Challenge of Mass Toxic Substances Litigation*, Philadelphia: University of Pennsylvania.
- GREGORY, C. O. (1951). "Trespass to Negligence to Absolute Liability", *Virginia Law Review*, 37 p. 359.
- GUNKEL, D. J. (2019). *How to survive a robot invasion: rights, responsibility and AI*. Abington on Thames: Routledge.
- HILTS, P. J. (2004). *Protecting America's Health: The FDA, Business, and One Hundred Years of Regulation*. Chapel Hill: North Carolina Press.
- HONDIUS, E. H. (1994). "A Dutch DES Case: Pharmaceutical Producers Jointly and Severally Liable", *European Review of Private Law*, 2(3/4), 409-413.
- HUBERMAN, P. (YEAR). "A Theory of Vicarious Liability for Autonomous-Machine-Caused Harm" *Osgoode Hall Law Journal*, 58(233). Available online at: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol58/iss2/1/>
- KLEEBERG, J. M. (2003). "From Strict Liability to Workers' Compensation: The Prussian Railroad Law, the German Liability Act, and the Introduction of Bismarck's Accident Insurance in Germany, 1838-1884", *New York University Journal of International Law and Politics*, 36, 53-132.

- KOCH, B., BORGHETTI, J., MACHNIKOWSKI, P., PICHONNAZ, P., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., TWIGG-FLESNER, C. & WENDEHORST, C. (2022). “Response of the European Law Institute to the Public Consultation on Civil Liability – Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence”, *Journal of European Tort Law*, 13(1), 25-63.
- KOCH, H. (2001). “Non-Class Group Litigation under EU and German Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law* 11, 355-368.
- KOSTAL, R. W. (1994). *Law and English Railway Capitalism 1825-1875*, London: Clarendon Press.
- KRAMER, E. (2023). *Updating liability rules for defective products*, EPRS, European Parliament, January 2023.
- KRITIKOS, M. (2019). *Artificial Intelligence ante portas: Legal & ethical reflections*, EPRS, European Parliament.
- LAHNSTEIN, C., (2004). “The Insurability of New Liability Risks, The Geneva Papers on Risk and Insurance”, *Issues and Practice*, 29(3), 512-517.
- LEMAN, A. B. (2016). “Coercive Insurance and the Soul of Tort Law.” *Georgetown Law Journal*, 105(1), 55-96.
- LI, S., FAURE M. & HAVU K. (2022). “I-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach”, 13, *European Journal of Risk Regulation*, 13(4), 618-634.
- LOHSSE, S., SCHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (eds) (2018) *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- MADIEGA, T. (2023). *Artificial intelligence liability directive*, EPRS, European Parliament, February 2023.
- MARTÍN-CASALS, M. (ed.) (2010). *The Development of Liability in Relation to Technological Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- QUINTAVALLA, A, KOLACZ, M. K, & YALNAZOV, O. (2019). “Who Should Regulate Disruptive Technology?”, *European Journal of Risk Regulation*, 10(1), pages?
- SCHERER, M. U. (2016). “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 29(2), 370-372.
- TENHUNEN, S. (2022). *Aligning the Product Liability Directive with the circular economy and emerging technologies: Revision of Directive 85/374/EEC*, EPRS, European Parliament, October 2022.
- TEUBNER, G. (2006). “Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animal as New Actors in Politics and Law”, *Journal of Law and Society*, 33(4) 497-521.
- WAGNER, G. (2023). “Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect”, Available online at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4320285> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4320285>
- WUYTS, D. (2014). “The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe”, *Journal of European Tort Law*, 5(1), 1-34.

# Ensuring patrimonial protection for persons with disabilities: autonomy-based solutions and separate assets

MARTA MONTERROSO ROSAS\*

**Abstract:** This paper focuses on the need to develop legal strategies and create new autonomy-based solutions able to improve the situation of vulnerable persons, in the Portuguese legal context. Family solidarity plays a fundamental role in this context, although the whole of society must be called together with the aim of leveling the opportunities of those in need of support in line with the CRPD principles. Therefore, it is imperative to provide legal subjects – such as the vulnerable person’s family-members – with efficient and simple-to-use wealth planning tools, based on private autonomy, allowing them to obtain some desired effects (such as a better life-quality of the beneficiary and, at the same time, an efficient application of the existing assets, in the present and in the future). Among other solutions, the settlement of an autonomous asset with this special purpose is the strategy that the Portuguese legal system must consider.

**Keywords:** Disability; Vulnerability; Wealth planning; Estate; Support; Autonomy; Separate assets.

---

\* Invited Assistant Professor at Universidade Católica Portuguesa, Faculty of Law, Portugal; researcher at Católica Research Centre for the Future of Law, Portugal; Doctor in Law by Universidade Católica Portuguesa (mrosas@ucp.pt). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1791-1199>. This work corresponds to the abstract of the communication delivered, with the same title, on April 13<sup>th</sup>, 2023, during the International Conference Estate, Succession and Autonomy – New assets and new trends (Panel “Wealth Planning and Protection”).

**Summary:** 1. Introduction: understanding the problem(s) underlying the need to search for better legal solutions; 2. Possible answers: autonomy-based solutions and wealth planning; 3. Autonomous assets: how do they work in the benefit of a vulnerable person? 4. Autonomous assets and CRPD principles; 5. Succession planning in a very brief glance; 6. The way forward in the Portuguese legal context.

### **1. Introduction: understanding the problem(s) underlying the need to search for better legal solutions**

Despite the continuous developments taking place in different legal systems towards a greater support for persons with disabilities – mainly driven by the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities<sup>1</sup> – there is still a long road ahead in the context of Private Civil Law in order to effectively pursue the mentioned goal. More precisely, it is fundamental to develop and reinforce autonomy-based solutions, able to respond to some specific needs that may arise among persons with disabilities and their family-members. Private contracts – as a vehicle for wealth and life<sup>2</sup> planning – play an important role in this field.

---

<sup>1</sup> The Convention (CRPD) represents an essential milestone in this area and its guidelines must be respected, whether it is a matter of devising a new legal regime on legal capacity, of testing state programmes aimed at supporting independent living or, as is the case in this text, of considering contractual mechanisms from a purely private perspective. The CRPD purpose is “(...) to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity” (art. 1) and it entered into force on 3 May 2008 (cfr. <https://social.desa.un.org/issues/disability/crpd/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpd>), counting with an impressive number of ratifying countries. As noted by BARTLETT (2019), “[i]n that sense, the CRPD is an attempt to hit the reset button. It tries to create a fresh start in international human rights law, envisaging a world where people with disabilities do get to enjoy the rights and the meaningful lives that the rest of us take for granted. When commentators speak of the CRPD introducing a “new paradigm”, that is what is meant: it is an acknowledgement that the way we have approached human rights of people with disabilities since the Second World War (and perhaps for centuries before) needs a fundamental rethink”.

<sup>2</sup> This paper focuses on wealth planning. However, some contracts may be used to plan various aspects of the contracting party(ies)’s life, such as, for example, directives relating to the place of residence, medical matters, etc.

By way of introduction, some simple questions must be asked: what specific needs are there requiring legal intervention and calling for available legal instruments, when a disability,<sup>3</sup> severe disease or other cause leading to a vulnerability scenario exists? What do people need and what sort of legal response are they likely to search for? Will they rely only on State intervention or is it expectable for them to call upon private contracts to create a personalised strategy?

Since each vulnerability scenario is unique and calls for different responses, it is reasonable that people's concerns are also quite heterogeneous. Nevertheless, it is possible to identify some usual concerns at the root of the search for legal solutions by individuals, to better understand what legal effects they are seeking to achieve.

Starting with a broader approach (in order to zoom in, afterwards, to this paper's main topic) it is possible to identify different sorts of needs, concerns and motivations triggered by a vulnerability situation, such as: (i) property management and preservation requiring judicial intervention; (ii) self-planning patrimonial strategies in advance and resorting to anticipatory legal instruments regarding assets' administration and increase; (iii) family members'/other persons' searching for available legal instruments in order to better support the special needs of a beneficiary, regarding the present and planning the future; (iv) other patrimonial needs resulting from a dependency situation (such as informal caregivers' risk of poverty) claiming for State intervention (iv).

From a classic perspective, Civil Law's main concern is (or at least *was*, until recently) how to support the vulnerable adult in managing and preserving his/her property in cases where the person is not capable to perform those actions. This preoccupation, although nowadays outdated, deserves a brief mention. Indeed, for a long time, it was up to Civil Law to guarantee that the "incapable" person would not see his/her assets diminish due to self-behaviour or third-party abuse (GUICHARD, 1995, p. 134; ROSAS, 2018, p. 119). On the other hand, it was assumed

---

<sup>3</sup> According to the CRPD, "[p]ersons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others" (art. 1, §2). This text, however, is intended to cover any cause leading to the need to draw a patrimonial heritage strategy because of vulnerability or dependency, without restricting the reason that may lead to such a situation.

that the person with ‘diminished capacity’ was not able to manage his/her assets and administrate his/her property, being necessary, as a rule, to designate someone to replace him/her on that task or, at least, a person entitled to give authorization for the celebration of some relevant contracts.<sup>4</sup>

Recently, the Portuguese legal order reformed the legal capacity regime concerning vulnerable adults. Law no. 49/2018, 14<sup>th</sup> August, enshrined the “accompanied adult regime” (*regime do maior acompanhado*), a flexible measure decided by a court and not very distant from the Italian *amministrazione di sostegno*.<sup>5</sup> Although it remains possible for the court to order a measure of legal representation, as well as the need for prior authorisation of the “*acompanhante*” to perform certain acts, the new regime favours measures potentially less restrictive of the person’s liberty (GUEDES/ROSAS, 2021). Accordingly, under this new legal regime, it is now possible that a “mere support” measure is ordered by the court, e.g., to simply assist the beneficiary in the administration of his/her assets or to inform and clarify him/her before entering into more complex negotiations.

The reform brought to light only one autonomy-based solution / / private contract in this field: a mandate, called “*mandato com vista a acompanhamento*” (“mandate for accompaniment”). This mandate has been enshrined in the Portuguese Civil Code in a single norm: article 156. The new mandate still needs to be implemented by legal practice and there are some doubts as to its exact regime. However, it represents an important step towards the reception, by domestic law, of support instruments resulting of private autonomy, based solely on the will of the settlor. This mandate will make it possible to plan in the event of a vulnerable situation.

---

<sup>4</sup> Referring to the former Portuguese civil Law institute “interdição” (interdiction), stated GUICHARD (1995, p. 139) that the system was “(...) intended to protect the person both from third parties, who would take advantage of his/her inferiority, as well as in relation to himself/herself, as he/she could cause damage to his/her person, by action or omission” (translation is our responsibility).

<sup>5</sup> For an analysis of the Italian *amministrazione di sostegno* (articles 404-413 of the Italian *Codice Civile*) in the light of the CRPD principles and advocating some changes to its regime, see BARBA, 2021, pp. 274-307).

Obviously, property management and preservation measures ordered by a court, in cases where there is a serious diminished capacity situation and no other anticipatory instrument is capable of fulfil the person's needs, is an essential solution (ROSAS, 2020, p. 137; with the sole objective of *supporting* the vulnerable person).

Nevertheless, judicial measures do not respond to all the needs and concerns which may arise from a 'special needs' situation; also, they represent a *ultima ratio*, as the "accompanied adult regime" proclaims itself as subsidiary (article 140.º/2 of the Portuguese Civil Code).

It is only normal that persons with disabilities and their family members search for other types of solutions based on their will and preferences.

This paper focuses, precisely, on private instruments based on autonomy and self-regulation (suitable for wealth planning and capable of creating patrimonial strategies) instead of judicial measures. Yet, the two means of support – judicial and voluntary – may have to engage in dialogue and adjust to each other, if necessary.

Another common desire, as referred, is the one leading to *self-planning* a patrimonial strategy in advance (*i.e.*, resorting to anticipatory legal instruments regarding assets' administration and increase)<sup>6</sup>.

In an ageing society, one can easily imagine the following scenario: a person is diagnosed, in an early stage, with Alzheimer's disease; consequently, wants to provide for his/her own property management in the future.<sup>7</sup> What legal instruments can he/she resort to? With the adequate support, if needed, a person can conclude the contracts necessary for the planning he/she has in mind, in early stages of the disease or even in more advanced stages. It is nowadays incontestable: patrimonial strategies can be settled before the diminished capacity situation, but also during it, eventually with the necessary support (see SMITH / RILEY, 2021).

---

<sup>6</sup> The General comment No. 1 "Article 12: Equal recognition before the law" (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014) states that "[f]or many persons with disabilities, the ability to plan in advance is an important form of support, whereby they can state their will and preferences which should be followed at a time when they may not be in a position to communicate their wishes to others. All persons with disabilities have the right to engage in advance planning and should be given them opportunity to do so on an equal basis with others".

<sup>7</sup> ROSAS (2020), p. 133.

Moreover, estate planning – as any other kind of planification, including medical directives – is not only relevant in a diagnosed-disease situation, but also as an anticipation of the future in older age, irrespective of whether a reduction in capacity is foreseeable for a determined reason. It “gives you peace of mind so that you can get on with your life” (FARR, 2023).<sup>8</sup>

This problem – the need or will to provide for oneself, preparing for whatever the future may bring – can be solved by celebrating anticipatory contracts and by dictating advanced directives.<sup>9</sup> One of the contract parties is the same person seeking for stability. Self-regulation is always a preferable way: using the same example, it is up to the person with Alzheimer’s disease (or any other kind of condition) to determine the future administration of his/her assets, according to his/her preferences.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> “(...) the person who simply wants to prevent a reduction of capacity in old age seeks to celebrate a contract able to plan a future vulnerability. This last person wants, mainly, security” (ROSAS, 2020, p. 138).

<sup>9</sup> Nowadays, wealth planning, even in anticipation of an incapacity situation (mainly, mental health problems), must take into account the existing digital assets of the person (GENDERS / STEEN, 2017, p. 78).

<sup>10</sup> One of the main difficulties of anticipatory instruments has to do with the determination of the exact moment in which the instrument should start to produce its effects. In other words, as it is a matter of planning the future for when a situation (v.g., of reduced capacity or dependency) occurs, it is necessary to establish safe criteria to concretize when it occurs. For instance, «[t]he trust should specifically address the requirements for assessing and evaluating incapacity. There should be clear standards for how the declaration of incapacity is made, how notice is given, and by whom»: DANCY / LOE, (2021), p. 52. However, it is important to note that, as highlighted by the General comment No. 1 “Article 12: Equal recognition before the law” (Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2014) “[t]he point at which an advance directive enters into force (and ceases to have effect) should be decided by the person and included in the text of the directive; it should not be based on an assessment that the person lacks mental capacity”. According to STAVERT (2021), “[i]t directs that the person making an “advance directive,” and no one else, must decide point at which it enters in force (or ceases to have effect). Moreover, it should not come into effect when a person is assessed as lacking mental capacity. This last requirement tends to be at odds with common conceptions of advance statements or directives the operation of which does indeed tend to hinge on mental incapacity assessments”. Another concern that this type of planning raises is related to the need to ensure that the person maintains the same will (meaning that the person’s will has not shifted during the time) and guarantee an informed self-determination. Of course, it is also essential that there are no abuses committed by the person(s) entrusted

Some Civil Codes explicitly regulate special legal instruments and contracts conceived to respond to the said concern: it is the case of the Spanish Civil Code, which dedicates a considerable number of norms to voluntary support measures (“*medidas voluntarias de apoyo*”).<sup>11</sup> It is not the case of the Portuguese Civil Code, except for the already mentioned novel “mandate for accompaniment”.

A very important concern is the one of *family members’/other persons’* searching for available legal instruments and strategies in order to better support the special needs of a vulnerable beneficiary, regarding the present but also planning for the future.

Sometimes – mostly when the ‘special needs situation’ exists from birth or from an early age – family members, friends or other persons may have the intention to contribute to create patrimonial stability for the person. The parents of a young adult with a disability, for example, want to build a patrimonial strategy that allows them to catalyse and increase available assets to help support their son or daughter with patrimonial resources so that he/she can pursue his/her life project.<sup>12</sup> They expect that this strategy starts to produce its effects while the parents are still alive but also that it remains as a ‘support basis’ or a ‘security source’ even after their death. It is important to highlight that a patrimonial strategy like this is only a mean of support: it is up to the beneficiary to use it or not, according to his/her will, needs and expectations for the future. Many times, parents also intend to plan for their succession, because the fact of having a special needs descendent frequently justifies an increased concern for wealth distribution. The goal is to put family solidarity into practice in the most efficient and stable way possible,

---

with the management of the assets (see, about this issue related to power-of-attorney, MANN, 2023).

<sup>11</sup> “Arts. 254-262 CCEsp. regulate a group of voluntary support measures (“*medidas voluntarias de apoyo*”), such as: [...] “*autocuratela*”; a mandate with subsistence of effects (“*mandato continuado o con subsistencia de efectos*”); a preventive mandate, intended to start its effects only when the situation of “*discapacidad*” occurs, in the future (“*mandato preventivo*” *stricto sensu* or ad *cautelam*): ROSAS (2023), p. 48; see BERROCAL LANZAROT (2022), p. 166, who uses de designations referred.

<sup>12</sup> “People with disabilities sometimes have particular expenses related to their disability, including physician and therapist visits, prescription drugs, over-the-counter medications, drugs, over-the-counter medications, adapted vehicles, prostheses and similar expenses”: FINGLES (2019), p. 29.

creating a form of protecting, managing, and increasing the assets, so that the young adult (son or daughter) may live *independently* in society<sup>13</sup> (be autonomous from the family), knowing, however, that he/she can count with that mean of support.

Finally, vulnerability situations can lead to more vulnerability situations if proper strategies and planification / support structures are not available. The care of a loved one with a severe illness, for instance, can lead to a large number of tasks and appointments, pressuring the caregivers to leave the labour market (see LAUDERDALE, HUSTON (2012) p. 64). Dependency situations often increase the informal caregivers' risk of poverty, claiming for State intervention.<sup>14</sup> Thus, it is in the interest of everyone and of society that robust asset support plans are created, capable of preventing a 'multiplication' of situations of need. Of course, proper State intervention and available public help are also required in this field.

## 2. Possible answers: autonomy-based solutions and wealth planning

Regarding the will and concerns mentioned in *iii*) – *i.e.*, family members/other persons searching for suitable legal strategies to better support the patrimonial needs of a vulnerable beneficiary – there are some legal instruments, based on autonomy, which are likely to be considered. These instruments are classic private law ways of property organization.<sup>15</sup> For example: life insurance (and other insurance or insurance-like products); lifetime annuity settled by contract in the benefit of the vulnerable person;<sup>16</sup> assistance and care contracts (alimony fixed by contract); property ownership transfer with a usufruct reserve

---

<sup>13</sup> For a definition of independent living, see the position paper “ENIL’s Proposal for the EC Guidance on Independent Living and being included in the community”, April 2023, available at <https://enil.eu/position-papers/>.

<sup>14</sup> “Public policies need to ensure that informal carers will not be forced to reduce or give up paid employment, face social exclusion and ultimately be caught in a poverty trap”: “The challenging roles of informal carers”, UNECE Policy Brief on Ageing No. 22, September 2019, p. 2.

<sup>15</sup> Yet, the list of legal instruments referred in the text is based on the Portuguese context and law.

<sup>16</sup> “*Renda vitalícia*”, “*rendita vitalizia*”, “*rente viagère*”, “*Leiberente*”. Pointing this solution in an aging scenario, see MORAIS (2023), p. 68.

in the benefit of the person concerned; private foundation for charitable purposes (including<sup>17</sup> the patrimonial support of a more vulnerable family-member); donations (*inter vivos*) that create an obligation for the recipient (*sub modo*); some succession law solutions, such as a *fideicommissum* clause added to a testamentary gift (property is entrusted to the vulnerable heir, who must preserve it in order to deliver the same property in the future to a second heir); *inter alia*.

However, none of these solutions are faultless. There are several disadvantages or inconveniences, from a patrimonial efficiency point of view. For instance, and without being exhaustive, it is possible to note that insurance or insurance-like products are a simple and secure way of safeguarding the future: but they rely on pre-arranged and inflexible contracts and are, very often, insufficient to achieve the desired stability; other contracts, such as lifetime annuities, assistance contracts and ownership transfer with usufruct reserve result in a loss of capital, since property rights/the assets (for instance, the ownership of a house) are transferred to another person and the family estate is probably fragmented and transformed into mere credit rights; there is an obvious risk of a breach of contract; succession law solutions are not enough: independent living strategies must be implemented as soon as possible, whereas waiting for the parents/other persons death to start a patrimonial support might be too late.

### **3. Autonomous assets: how do they work in the benefit of a vulnerable person?**

The settlement of an autonomous asset, functionalized to the benefit of a person needing that support, is an often-preferable private law solution. The mentioned family-members or friends would better reach their intents by creating a special asset (a “patrimony”) with a unique purpose: serving the person’s special needs, making it possible for him/her to live independently and included in society. For example, the

---

<sup>17</sup> The purpose of the foundation may “include” the intended beneficiary – as one of the persons who find themselves in a certain situation of vulnerability or need – but it cannot be established specifically for their exclusive interest. See Rosas (2020), p. 139.

assets and the related income can be used for medical or therapeutic costs, transport and house adaptation, human and/or technical support to perform professional or leisure activities, *inter alia*.

The special asset works as a repository for various contributions and/or already existing property; it enables a concentration of efforts, avoiding property fragmentation and disorganized transfers. Once the special asset is settled, anyone who is concerned about the future of the beneficiary can pass on assets and rights to the fund. Property is mainly kept in the family circle, since it is not absolutely necessary to exchange property rights for personal or technical assistance: the beneficiary can use the functionalized assets directly (for example, a house) or use/invest the income of the fund. Special costs that the person may face, due to the vulnerability situations, can be paid from the fund sources, making it simpler to the beneficiary to pursue his/her life purposes and ambitions. Commonly, these special assets have some sort of limited liability, which means that property is more protected from creditors. These assets enable an efficient patrimonial/wealth planification, not only concerning the beneficiary's future needs but also allowing the settlors to program forthcoming help for their loved ones, with certainty and serenity. Family-members can put into practice a strategy that, at the same time, supports the beneficiary without jeopardizing his/her will and preferences and reassures the settlors' concerns and needs.

The Portuguese legal order hasn't yet enshrined any special, separate, functionalized, or autonomous asset specially conceived to support persons with disabilities or with other condition capable of leading to a vulnerable situation. As already noticed, the Portuguese civil Law reform brought to light by Law no. 49/2018, 14<sup>th</sup> August, only enshrined one private Law instrument based on autonomy (the mentioned "mandate for accompaniment").

From a comparative perspective, however, there are some legal orders that have recognized special groups of assets in benefit of a person with disability. For instance, it is the case of the *patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, a Spanish model with a very peculiar and interesting regime. In this model, functionalized assets are transferred to the beneficiary: the beneficiary is the owner of the functionalized patrimonial rights. This solution allows an easier articulation with domestic legislation and principles. However, this *patrimonio* seems to have

no limited liability.<sup>18</sup> The Spanish Law no. 41/2003, 18<sup>th</sup> November, states that the *patrimonio* is a patrimonial mass specially protected for persons with disabilities, directly related to the fulfilment of their vital needs. The Law expressly favours the constitution of these patrimonies and further contributions to increase it. The special asset has a specific administration and supervision regime.<sup>19</sup> The Italian legal instruments reunited in the “*Dopo, Durante Noi*” Law (Law no. 112, 22<sup>nd</sup> June), such as trusts, *atti di destinazione* and *affidamento fiduciario contracts*,<sup>20</sup> are also a good example of the importance of settling a patrimonial support for persons with disabilities and the need to encourage wealth planning in their benefit. In Italy, there are various solutions and different legal instruments suitable to pursue an identical purpose and the referred law is focused on promoting the use of those instruments as a way of supporting persons with severe disabilities. Furthermore, it is imperious to refer the inspirational model of functionalized assets: the Common Law trust. Legal orders that recognise the trust have a long tradition on using these special assets when a situation of vulnerability exists or may exist in the future. The trust is very flexible and dynamic and numerous ‘types’ of trust were developed, in Common Law systems, in order to support persons with disabilities, diseases, in dependency situations or in anticipation of old age.<sup>21</sup>

#### 4. Autonomous assets and CRPD principles

Estate planning and wealth managing, when intended and designed as a support for persons with disabilities, must necessarily align with the CRPD principles as any other support measure or strategy. In the centre of any patrimonial strategy there must be the will, wishes and preferences of the person concerned.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> This text only refers to common Spanish law and not to foral legislations.

<sup>19</sup> See the Preamble of the Law nr. 41/2003, 18<sup>th</sup> November.

<sup>20</sup> See, about the main characteristics and differences between the three instruments, BARTOLI (2018), pp. 2-169.

<sup>21</sup> In the Portuguese literature, see, about the “types” of trust and other protected assets specifically created in the benefit of persons with diminished capacity, VITOR (2008).

<sup>22</sup> This text does not enter into the discussion around the exact meaning of the concepts of “will” and “preferences”, given that there is some discussion, in the literature, around their

It is true that, as a rule, the constitution of an autonomous asset – as other patrimonial strategies (*e.g.*, an insurance or a rent) – represents a benefit to the person concerned, even when it is settled by third parties (family-members or friends). However, every benefit must be effectively wanted and desired by the person who the patrimonial instrument is intended to benefit; and that does not change when it comes to beneficiaries with a disability. If an autonomous asset is constituted and supposed to support and benefit a person who may have some disability, then – and although these are ‘merely’ patrimonial schemes – it is not possible to dissociate these assets from its actual purpose. This means that it is necessary to consider whether this benefit or mean of support<sup>23</sup> corresponds to what is desired by the beneficiary and whether he/she has an active role in its creation and maintenance. Otherwise, this type of patrimonial instrument runs the risk of disrupting the spirit of the CRPD, which is not acceptable in the current context and legal framework.

Respecting the will and preferences of the beneficiary means, for example, that self-settled instruments and advanced directives and instructions (given by an adult in anticipation of a vulnerability scenario) must take priority. If self-settled instruments exist, they represent the first step to be taken. Autonomous assets settled by other persons cannot collide with prior arrangements and directives dictated by the same person the special asset wants to support.

Furthermore, the beneficiary’s autonomy must always be respected: the special asset must work, as an actual mean of support, only when its beneficiary wants it<sup>24</sup> and always respecting his/her preferences. The administrator/trustee should promote the beneficiary’s independency

---

connotation and differences. See, for instance, CARNEY, THEN, BIGBY, WIESEL, DOUGLAS & SMITH (2019), concluding that “(...) understanding and applying the CRPD’s new gold standard principle of honouring ‘will, preferences and rights’ involves resolving numbers of theoretical debates and practice dilemmas.”

<sup>23</sup> “In the General Comment the Committee has emphasised that “Support” is a broad term that encompasses both informal and formal support arrangements, of varying types and intensity”: SERIES, NILSSON (2018).

<sup>24</sup> In the words of SERIES, NILSSON (2018), “[t]he General Comment also includes several statements about how the Committee envisages these supports operating. Access to supports, including advance planning instruments and supported decision-making, should be available to all and not conditional upon demonstrating particular abilities or ‘mental capacity’. *A person must have the right not to use support (...)*” (the italic is ours).

by providing him/her with a margin of autonomous utilization of the resources, in order to empower independent living and full participation in society. The beneficiary must also participate in the settlement act and must be entitled to give property management instructions. These last considerations are particularly accurate when the patrimonial rights integrating the special asset belong to the beneficiary him/herself, as is the case in the Spanish model. But this concern – guaranteeing the full respect of the beneficiary’s will and preferences – must illuminate every patrimonial strategy aiming to support a person with a disability.

### 5. Succession planning in a very brief glance

When a special group of assets is created and increased by the beneficiary’s family-members (mainly, his/her parents), there is an obvious potential for succession planning. Succession planning can be described as the resort to strategies designed by a person in order to transfer his/her assets after death: XAVIER (2016), p. 12. Among other intentions and concerns that may justify planning for *mortis causa* transmission, the existence of a vulnerable descendent in need of greater support is an obvious preoccupation, often leading to succession planning schemes (XAVIER (2016), p. 13). Planning for the future is a conscious and pragmatic attitude: ignoring the possibility of some events occurring (or the certainty of others, such as death) only leads to uncertainty, inefficient wealth distribution and may create family conflicts. When wealth planning is justified by a vulnerability scenario, not planning may lead to an absence of support: a support much needed to ensure a life with dignity and to provide the means to promote independent living in society.

The Portuguese succession law lacks a specific and express regime of positive discrimination for descendants with disability or some sort of greater economic dependency. Our Civil Code doesn’t regulate, for instance, a special *fideicommissum* in the benefit of a dependent or vulnerable descendent, as it happens in other legal orders. Portuguese succession law principles and the succession law regime are very strict: it is not plain how to strengthen the position of a descendent with supplemental needs, especially when there are other descendants in a similar position and with similar rights (*e.g.*, siblings). Consequently, a patrimonial strategy like the settlement of a special patrimony could be a

precious help for succession planning in these cases. Nevertheless, it would still have to respect the main principles and imperative rules of Portuguese succession law.

Having in mind the Portuguese legal scenario, to settle a functionalized patrimony would allow the parents of a person with disability, for example, an early determination of the assets received by the descendant-beneficiary, since they are transferred *inter vivos* but, whenever transferred *donandi causa*, these must be taken into account at the donor succession.<sup>25</sup> The settlement of a special asset would also allow the settlors to shape the management and supervision of the patrimonial mass and to choose someone trustworthy to perform the task (a close friend, another member of the family, a professional ‘administrator’, etc.). Also, it would safeguard property against abuse or undue interference from third parties, a concern often expressed when there is a vulnerable beneficiary. To a certain point, this solution would allow the settlors/donors to establish a further transmission of the assets to other persons or to assign other destiny for the goods, whenever the vulnerable beneficiary doesn’t need them anymore.

## 6. The way forward in the Portuguese legal context

The Portuguese legal order needs a unitary and efficient solution to help people face the necessities mentioned in the beginning of this text. The existing contracts and the available legal instruments are not sufficient and none of them seems completely suitable. They were not designed, from the start, with the special goal of supporting a vulnerable person. Instead of accommodating existing legal solutions, it would be better if private Law recognizes new ones, considering the singularity of the needs and concerns involved.

A ‘functionalized patrimony’, ‘special mass’ or ‘separate asset’ settled with the sole purpose of supporting the beneficiary with patrimonial means would be, *de iure condendo*, a better answer to the persons’ needs. Obviously, it would have to be properly regulated by the law, with a clear

---

<sup>25</sup> The brief considerations made, at this point, in the text have as background a specific solution or asset “design”: the owner of the assets being the beneficiary, as it happens in the Spanish *patrimonio protegido*.

regime. The settlement act could designate the property management directives, the administrator, and the organs of supervision and control (public control is also desirable). The beneficiary would participate in this act, giving his/her consent. Since the special group of assets is functionalized to a noble goal, some level of limited liability seems justified. If patrimonial rights/assets were transmitted to the beneficiary, the design of this legal regime would be effortlessly compatible with domestic principles.

There is still a long way for Civil law towards the implementation of the New York Convention (CDPD). The legal regulation of a special asset in the benefit of persons with disabilities would be a major step in the Portuguese legal context.

## References

- ALVES, RAUL GUICHARD (1995). “Alguns aspetos do instituto da interdição”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Direito e Justiça*, Lisbon, Vol. 9, T. 2, 131-168.
- BARBA, VINCENZO (2021). “La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista cubana de Derecho*, vol. 1, no. 1, 274-307.
- BARTLETT, PETER (2019). “Will and preferences in the overall CRPD project”, *World Psychiatry*, 18, 1 (DOI: 10.1002/wps.20604)
- BARTOLI, SAVERIO (2018). *La Tutela Del Patrimonio Familiare*, Milan, Giuffrè.
- BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL (2022). “La autonomía de la persona con discapacidad y las medidas de apoyo”, *Problemática Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual*, R. M. MORENO FLÓREZ (ed.), Madrid, Editorial Dykinson, pp. 163-170.
- CARNEY, TERRY, THEN, SHIH-NING, BIGBY, CHRISTINE, WIESEL, ILAN, DOUGLAS, JACINTA, SMITH, ELIZABETH (2019). “Realising ‘will, preferences and rights’: reconciling differences on best practice support for decision-making?”, *Griffith Law Review*, 28:4, 357-379 (DOI: 10.1080/10383441.2019.1690741)
- DANCY, KELLY O., LOE, EMILY G. (2021) “Gray Tsunami: Advice for Planning with Elderly Clients”, *Journal of Financial Service Professionals*, Feb 2021, Vol. 75, Issue 2, 49-57.
- FARR, EVAN. H. (2023). “Procrastination and Estate Planning: How to Avoid These Disaster Scenarios”, Everything Elder Law Blog, available online at <https://www.farrlawfirm.com/estate-planning-incapacity-planning/procrastination-and-estate-planning-how-to-avoid-these-disaster-scenarios/>

- FINGLES, IRA M. (2019). “Overview of financial planning issues for parents of children with disabilities”, *Exceptional Parent*, Nov. 2019; 49(11): 28-31.
- GENDERS, ROD, STEEN, ADAM (2017). “Financial and estate planning in the age of digital assets: a challenge for advisors and administrators”, *Financial planning research journal*, Vol. 3, 1, 75-80.
- GUEDES, ANTÓNIO AGOSTINHO, ROSAS, MARTA MONTERROSO (2021). “Regime jurídico do acompanhamento de maiores: o regime estabelecido nos arts. 138.º a 156.º do Código Civil, instituído pela Lei n.º 49/2018, de 1, 4 de agosto”, *Estudos em honra de João Soares da Silva*, Carlos Osório Castro (ed.), Coimbra, Almedina (Morais Leitão), pp. 135-158.
- LAUDERDALE, MITZI, HUSTON, SANDRA J. (2012). “Financial Therapy and Planning for Families with Special Needs Children”, *Journal of Financial Therapy*, 3(1), 3 (<http://dx.doi.org/10.4148/jft.v3i1.1494>)
- MANN, GENEVIEVE (2023). “It’s Not OK, Boomer: Preventing Financial Power-of-Attorney Abuse of Elders”, *Maryland Law Review*, Vol. 82, Issue 2, 181-239.
- MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA (2023). *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais*, Lisboa, AAFDL.
- ROSAS, MARTA MONTERROSO (2018). “A tutela patrimonial dos cidadãos portadores de deficiência”, *Autonomia e capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Luísa Neto, Anabela Costa Leão (eds), Ed. Universidade do Porto, Porto, pp. 117-124.
- . (2020). “Planning the Future of a Disabled Person: Civil Law Solutions?”, *Teisé*, Vol 114, Vilnius University Press, 132-143.
- . (2023). “A Dialogue Between The Portuguese And The Spanish Recent Civil Law Reforms Concerning The Support Of Vulnerable Adults”, *Book of the 26<sup>th</sup> Annual Meeting of NANTERRE NETWORK Law and Culture*, SEUL, DIJOUX, VEIGA (eds) Porto, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona, pp. 45-60.
- SMITH J., RILEY J. (2021). “Estate Planning to Protect Yourself and Your Assets in the Event of Incapacity as a Result of Dementia”, *Dela J Public Health*, Sep 27;7(4): 144-147. doi: 10.32481/djph.2021.09.017
- STAVERT, JILL (2021). “Supported Decision-Making and Paradigm Shifts: Word Play or Real Change?”, *Frontiers in Psychiatry*, Vol. 11 (DOI=10.3389/fpsyt.2020.571005)
- VÍTOR, PAULA TÁVORA (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora.
- XAVIER, MARIA RITA LOBO (2016). *Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Ed. Univ. Católica.

## Other sources

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (2014). *General Comment No. 1 “Article 12: Equal recognition before the law”*.

ENIL’s *Proposal for the EC Guidance on Independent Living and being included in the community* (2023), available online at <https://enil.eu/position-papers/>

UNECE Policy Brief on Ageing No. 22 (2019). “The challenging roles of informal carers”.

UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS – SOCIAL INCLUSION. Website: <https://social.desa.un.org/issues/disability/crpd/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpd>

# Autonomy of *mortis causa* property dispositions versus legal formalities. Time for a new approach in Europe?

MARIUSZ ZAŁUCKI\*

**Abstract:** The issue of the freedom to dispose of property on death is becoming increasingly important. Events in recent years are generating increasing interest in succession law. This raises questions such as whether the current rules on the form of a last will allow an appropriate disposal of assets. The author presents possible related concepts, including the doctrines of *strict compliance* and *substantial compliance*, indicating the differences between them and the desirable direction of further legal development in this area. The purpose of the article is to suggest a solution to the problem of an excessively formal approach to the provisions on the form of a last will. This proposal that can be used universally in the various European countries.

**Keywords:** testament, last will, substantial compliance, strict compliance, formal validity

## 1. Introduction

Problems of succession law, from time to time, seem to be of interest to a wider public than just scholars working in this field. This is usually the case when some major legislative changes in this area are planned in a particular legal system, or when the media highlight specific court decisions, usually questioning them (Crawford, 2019, pp. 269 ff.).

---

\* Mariusz Załucki is a Full Professor of Law and the Head of the Institute of Private Law at AFM Krakow University (Poland), a Justice at the Supreme Court of Poland, mzalucki@afm.edu.pl, ORCID: 0000-0002-3338-3832. The article is part of a research project funded by the National Science Centre (Poland), agreement No. UMO-2018/29/B/HS5/00361.

The pandemic caused by the SARS-CoV-2 coronavirus (which results in the COVID-19 infectious disease), which brought about a higher-than-usual human mortality rate and which had the effect, among other things, of prohibiting the exercise of certain civil liberties, including, for example, a ban on free movement, also provided the impetus for rethinking legal and judicial solutions in the area of the law of succession (Horton and Weisbord, 2020, pp. 1-11). During its course (the pandemic), it quickly became apparent that the use of traditional instruments of succession law was severely limited, if not impossible (Purser, Cockburn and Crawford, 2020). One such area where pandemic problems can be seen at a first glance was the area of making last wills. During a certain period of the pandemic, despite the increased risk of death when individuals were in various forms of isolation, due to the need to use traditional instruments requiring the participation of others, it was not possible to use certain forms of last wills and prepare a valid last will. Some legislators have reacted to this problem with considerable delay (by introducing temporary solutions) and some have not reacted at all (Załućki, 2020b, pp. 13-152).

This situation certainly calls for a fundamental rethink of the legal solutions in force in this area. Although the issue is subject to individual national regulations (Klasićek, 2019, pp. 29-48), it is now worth taking a general look at it, in view of analogous problems arising in different legal systems, and to consider whether similar problems can be avoided in the future, when the reflection of the testator's last will is at stake against the formal rigour of the law.

In this context, it is no secret that there are two opposing regimes in the world relating to formal rigour in legal transactions on death: *strict compliance* and *substantial compliance* (Załućki, 2021a, pp. 526-552). The discussion as to the practical merits of both of them has been going on for more than fifty years; nevertheless, this has not led to some uniformity of positions. Although there is a trend towards liberalisation of the formal requirements of a last will, this is not universal and there are still some countries in the world that adhere to the doctrine of *strict compliance* without exception (Brook, 2018). This state of affairs is not satisfactory, and further statutory changes are necessary to resolve the dilemma of whether the last will of the testator or the rigour of the law should take precedence in favour of the former solution.

For this reason, in this contribution I will present the current state of the discussion regarding the statutory solutions concerning the form of a last will and attempt to formulate postulates *de lege ferenda* that will allow the legal solutions to be brought closer towards respecting the last will of the deceased (at the expense of formal requirements).

## 2. *Strict compliance* and its imperfection

Making dispositions of property, both *inter vivos* and *mortis causa*, is natural today. The freedom granted to an individual in this field, derived from the private law principle of the autonomy of the will of the law subjects (Coumaros, 1931, p. 46; Schapp, 2009, p. 109), has a long legal tradition and is now one of the attributes of an individual as an owner and holder of other rights of a proprietary nature (Brox and Walker, 2018, pp. 5 ff.; Wendel, 2018, pp. 78 ff.). The evolution of legislation in this area has resulted over the years in the development of at least several instruments for property dispositions, the effect of which occurs upon the death of the bequeather, who is the subject of these rights (Kreiczler-Levy, 2008, p. 105; di Renzo Villata, 2018; Glover, 2018, p. 411). These instruments include, in particular, codicils and last wills, succession agreements and trust constructions (characteristic in particular of Anglo-American legislation) (Atkinson, 1953). Therefore, a last will is one of the basic titles of succession, which has emerged over the years through development of the law in this field and is now believed to be the most popular of these instruments, most frequently used in practice.

One of the basic requirements imposed by legislators on last wills is the necessity to prepare them in a special way, described in the law. This leads to general acceptance of the position, according to which a last will is a formal legal act (Gulliver and Tilson, 1941, p. 5). This view is accepted not only in *civil law* states (Breitschmid, 1995, p. 179), but also in *common law* countries (Crawford, 2019, p. 269). Individual legal systems provide for regulations according to which the disposition of property upon death by a testator may take place only within the framework of instruments designed by the legislator (Olzen, 2005, p. 73; Sitkoff and Dukeminier, 2017, p. 147). These instruments are commonly referred to as the form of a last will. The testator's declaration of last will cannot therefore be made in any way, but must take one of

the forms provided for by the law (Tampieri, 1998, p. 119). For this reason, according to the various legal provisions, failure to comply with the formal requirements of last wills, and therefore failure to comply with the rules on the form of last wills, has generally (and often still does) lead to the invalidity of a will (Załucki, 2020a). However, some legal systems have found few solutions to maintain a last will in force (as a valid will) despite being prepared in contravention of the provisions of the law on testamentary formalities. This is most often not a situation familiar to European legislatures, including Poland or Portugal, which take a very strict approach to this issue. These countries, as well as the majority of European countries, can be characterised in this context as countries with solutions based on the doctrine of *strict compliance*: the incompatibility of a last will with formal requirements means that the will is invalid in every case. The other pole is that of *substantial compliance* – despite the last will's non-compliance with formal requirements, it may be upheld as a valid will with legal effect.

In the light of the above, it is not surprising that in individual legal systems it has been argued many times, among others, that the current formal rigour does not correspond to modern times, not even taking into account the opportunities created by new technologies, which has been stressed especially in recent years.

The imperfection of this system can be seen, for example, in the case of a handwritten will, where it is rather commonly accepted that this type of will must be preserved on a durable medium, which in the opinion of the vast majority of the debaters (at least in the countries of continental Europe, where the form of a will is generally treated rigorously) makes it impossible to consider a will written on a tablet as a valid will (Wójcik and Zoll, 2006, p. 83; Gee, 2016, p. 149). In a place where succession law is entering the digital world, there are, moreover, a number of doubts, and traditional instruments from this area are not able to meet today's requirements (Hoeren, 2005, p. 2113). These are not only observations of today when attempts are made to make an act of last will by means of SMS (text) messages (*Nichol v. Nichol*, 2017), leaving a file in the memory of a computer (*MacDonald v. The Master*, 2002), sending an e-mail (*Mahlo v. Hehir*, 2011) or using a webcam for this purpose (*Estate of Sheron Jude Ladduhetti*), but also known examples found in succession law textbooks, including an attempt to make a will by means of

recording on a gramophone record (*German Reich Supreme Court*, 1935), cassette tape (*Estate of Robert G. Reed*, 1981), floppy disk (*Rioux v. Coulombe*, 1998) or DVD (*Mellino v. Wnuk*, 2013), most of which ended negatively for the testators and did not have legal effects after their death. This state of affairs seemed and still seems unsatisfactory to many.

For this reason, it is increasingly felt that there is a need for change. Various solutions are being considered, bearing in mind that the provisions on the form of a will have important functions in succession law. It can be pointed out here that the doctrine believes that the wills formalities regulations have four functions: evidentiary function, channelling function, cautionary (ritual) function, protective function (Gulliver and Tilson, 1941, pp. 1-39; Ponath, 2006, p. 442; Załucki, 2018, pp. 167-196). The implementation of the first of these functions in the area of the wills formalities is aimed at providing reliable evidence of the testator's intentions and the circumstances in which the will was created. The channelling function of the provisions on the form, in turn, serves to unify the process of passing the inheritance estate to the heirs. The cautionary function is intended to make the testator aware of the seriousness of the action performed. The creation of a protection mechanism, on the other hand, is primarily aimed at protecting the testator from external pressures and enabling him/her to create a last will freely (Gulliver and Tilson, 1941).

The preservation of these functions, according to many, is essential. They are the basis, the starting point, for looking for possible solutions to make the provisions on the form of a will more flexible.

### **3. Substantial compliance**

An important direction that can be observed in individual legal systems, as an expression of the above mentioned trend (to liberalise the law), is the search for solutions allowing to keep in force the *mortis causa* disposition (Muscheler, 2014, pp. 24 ff.), which, although it does not meet all the requirements for this type of legal actions, it is, really, – as one may think in the given circumstances – a disposition of the testator in case of death (Champine, 2014). It is connected with the acceptance of the principle of protecting the testator's intention as one of the most important, if not the most important, value protected by the law of

succession (Aloy, 2016). Thus, the doctrine of *strict compliance* (characterised by a strict formalism) is increasingly often abandoned in favour of the doctrine of *substantial compliance* and its variations, according to which the fulfilment of the testator's last will is the most important, and therefore the testator's wishes and intentions must be respected despite certain formal errors in the will (Langbein, 2017).

This concept, based on observations of jurisprudence and some normative solutions of selected countries was extensively presented in the science of law of succession in 1975 by John H. Langbein (Langbein, 1975). It now appears in some legal systems as a basis for normative solutions to protect the testator's last will, which significantly allows for its fuller reflection. It is at its basis that selected legislators refer to the construction of a "*harmless error*" of the testator or "clear and convincing evidence" of testation (Horton, 2015).

These solutions oscillate around the intentions of the testator, who wanted to dispose of the estate in case of his death, but was unable to do so in a manner dictated by the provisions of the applicable law. Such constructions occur primarily in *common law* systems, which is most probably due to the fact that until recently the various legislations in this circle approached the formal requirements of wills very rigorously, as well as perhaps because these systems are based on a wide discretionary power of the judge, which makes it somewhat easier to implement them in such realities (Baron, 2016). The law of succession is also familiar with other constructions whose effect is similar (Załużki, 2021b). As one may think, individual legislators have not yet said the last word in this respect.

Such concepts are largely based on a well-known article published in 1975 by John H. Langbein in his famous article entitled "*Substantial compliance with the Wills act*". He argued that the law of wills is notorious for its harsh and relentless formalism and the most minute defect in formal compliance is held to void the will, no matter how abundant the evidence that the defect was inconsequential (Langbein, 1975, p. 489). He advocated that the insistent formalism of the law of wills is mistaken and needless, the finding of a formal defect should not lead to automatic invalidity of a will, but to a further inquiry: "does the noncomplying document express the decedent's testamentary intent, and does its form sufficiently approximate formality to enable the court to conclude that it

serves the purposes of the law” (Langbein, 1975). At that time, he was convinced that the courts should have developed a *substantial compliance* doctrine as a matter of judicial interpretation of the wills formalities law.

Some jurisdictions around the world have introduced this type of arrangement, including Australian states, US state legislatures, Canadian provinces and Republic of South Africa, among others (Załucki, 2021b). Some, however, such as the already mentioned Portugal and Poland, are still on the opposite side and adhere to strict compliance. Is it time for a change? There are many indications that it is. The question then is how to make such a change?

#### 4. Adaptation of the doctrine of *substantial compliance* to stringent regimes

With the above in mind, a necessary solution to make the succession law of individual states more flexible, it may be thought, is to take existing solutions based on the doctrine of *substantial compliance* and emulate them into the succession law of the countries applying formal rules strictly (Horton, 2017). Such a solution can be achieved in several ways.

Firstly, there is an increasingly noticeable trend towards broadening the catalogue of available forms of wills in the individual states or liberalising the prerequisites for making last wills according to the forms already in existence (Sasso, 2018). In recent times, this has been particularly evident during the pandemic, when some states’ solutions were liberalised significantly (Anand and Arora, 2020). However, it was not only the pandemic that prompted the introduction of new solutions, but also, and perhaps above all, technological changes. In recent years, there has been, for example, discussion of the need to introduce into succession law such forms of wills as the electronic will (Gary, 2020) or the videotestament (Cottier, 2014; Załucki, 2018), which seems to be a step in the direction of modernising the existing regulations of succession law.

Secondly, there is also a noticeable trend towards the introduction into the law of solutions that allow wills to remain in force despite their having been drawn up contrary to the provisions on the form of a will (Gary, 2019). Such solutions are, of course, based on the concept of *substantial compliance* and aim to reflect the testator’s actual will (Scalise,

2020). The widening impact of this doctrine can be seen, for example, in more American states (Frerichs and Kovacevic, 2020) or, for example, in England (Hedlund, 2019), where the need to implement it is being discussed more and more boldly. This is certainly a step in the right direction.

Thirdly and finally, there is at least one more possibility that combines both of the above trends into one. Such a way might be to introduce into the system of succession law only a general definition of the form of the will and the related minimum requirements for such a disposition, which, I believe, could consist merely in the need to preserve the testator's declaration of will, but without indicating the specific form and manner of this preservation, while at the same time imposing on the authority applying the law the obligation to determine whether the testator's declaration in question contains a *mortis causa* disposition of his estate. It is the preservation of the testator's last will that is the most important task of the provisions on the form of a will; without the preservation of the testator's will there can be no will. The manner in which the will is preserved is of secondary importance, as is borne out by the diversity of provisions on form in the various legal systems (Thirugnanam, 2017). The legislators place the emphasis primarily on the material element (the medium) and not on the manner in which the last will is made known (Rescigno, 2017). Under such an assumption, the problems concerning the forms of wills currently existing in many legal systems would cease to play a significant role; whether the testator makes a declaration of will in the presence of a clerk, notary or witnesses would become irrelevant, as would whether he makes the declaration orally or in writing (Vukotic, 2017). The burden of proof that there is a will would be shifted to another dimension. Assuming, on the other hand, that such a solution would continue to fulfil the functions indicated for the form of a will [i.e. 1) evidential; 2) standardising; 3) warning and 4) protective], the question arises of the possibility of constructing the model of testamentary succession in such a way as to make it possible to testate freely while at the same time providing reliable evidence of the testator's intentions and the circumstances under which the will was prepared, to standardise the process of passing the inheritance property to the heirs, to make the testator aware of the seriousness of the act being performed or to protect him against external pressure. This is certainly a challenge for

individual legislators (Raventos, 2016). The realisation of the indicated functions by such model testamentary succession rules would depend on the configuration of the proposed solution.

## 5. Possible new solution

I have already proposed a suitable solution in another contribution (Załucki, 2021b). I pointed out that if the future statutory regulation in this area were to be shaped in general terms, what seems necessary and appropriate, the provision on the obligation to comply with the form of a wills could read as follows:

*“The testator may create a will in such a way that he expresses his testamentary intention by any conduct which reveals his declaration of will sufficiently, and his declaration is preserved on any medium which makes it possible to reflect it in a way which allows the person making this declaration to be identified”.*

Then, in principle, the other provisions contained in the individual laws on the form of wills (providing for types of wills form) would be redundant. In this case, there would be no need for further development of the provisions on form and no need to consider whether the current opportunities created for legislators should be supplemented in the light of technological change and the needs of society.

This proposal reconciles the *strict compliance* doctrine with the *substantial compliance* doctrine, and causes that no other regulations concerning testamentary formalities shall be necessary to ensure that the testator’s intentions are carried out (Gray, 2019, pp. 340 ff.). The evaluation of the testator’s performance would become a one-stage assessment. After such a change, a will would still be a formalised legal act, although this formalism would not refer to any particular type of testamentary form, but would allow for the testator’s freedom of choice in this regard, requiring only the preservation of a declaration of will in virtually any way. It may be a solution that enables the last will, which, under many circumstances, should be regarded as having been expressed unequivocally but in contravention of the law, and therefore often invalid under the current rules.

This would, I think, minimize the negative effects of informalisation of current solutions, and reconcile the *strict* and the *substantial* concepts

of wills formalities. The most important value in succession law would still be to reflect the will of the testator, to graciously refer to *animus testandi* and testator's intent (Langbein, 1987), while preserving all the functions of the wills formalities regulations and using the unquestionable *favor testamenti* rule as a tool to reflect the last will (Aloy, 2016, p. 11). This would achieve the goal of increasing the availability of succession planning tools. This availability will be independent of pandemics or other unforeseeable external circumstances that may occur in the future (Purser, Cockburn and Crawford, 2020)

The proposed solution should also not be regarded as a complete informalisation of the will. A total departure from formalism could lead to a blurring of the boundaries between valid and invalid wills, between a will and a draft or other document (Holmes, 2014, p. 261). The proposed solution runs no such risk. The wording of the proposed provision, with its emphasis on the testator's expression of a testamentary intention manifested by his conduct, the possibility of identifying the testator and of reconstructing the last will after his death, as mandatory requirements in any will, should prove sufficient to establish with a degree of probability verging on certainty that there is a last will in the case in question. Comparing this solution with the provisions currently in force regarding, for example, the validity of oral or holographic wills, the proposal seems to entail no bigger risks than the provisions already in force (Brown, 2005, p. 107). It certainly brings a breath of fresh air to models based on ancient models (du Toit, 2020). By means of the proposal, the possibility of seeking to uphold the testator's last will and testator's actual will appears wider (Załucki, 2021b). The drafting of wills would become simpler and formal obstacles would no longer constitute a barrier to the assessment of whether a will is valid in substance, i.e. made with the *animus testandi*. It is this last element that is the most important in a testamentary succession, just as the reflection of the testator's last will is the most important value of succession law to be pursued. Such a proposal also ensures the widest possible freedom of testation, enabling the testator to freely dispose of his property upon death. The question is: are we ready for such a new approach?

## 6. Some conclusions

Potential changes to the law of succession should not be made too frequently. Technological changes, extraordinary circumstances, states of emergency - all of these should be irrelevant to the operation of the law of succession, in particular in view of the will of the testator to pass on his estate to his heirs (Đurđić-Milošević, 2021). The instruments of the law of succession should be technologically neutral and allow, in principle, in all circumstances, the disposal of property upon death (Stilinovi, Trg and Hrvatske, 2021). These are the assumptions which should, in all probability, guide anyone contemplating a change to the current arrangements of succession law.

The need for such changes is however plain to see, especially when it comes to assessing the practice and its dilemmas. However, the direction that future changes should take is not so obvious. These are certainly dilemmas worth debating. The doctrine of *substantial compliance* and the examples of its application can provide a good starting point, as it is the solution that appears to be in line with contemporary needs (Załużcki, 2021b). The evolution of succession law must move in the direction of its modernization and flexibility. This should be recognised by all countries adhering to the doctrine of *strict compliance* (Sandoval, 2019). It is not possible to reconcile the most important value of succession law, which is the will of the deceased, with formalistic compliance with the rules on the expression of that will.

## Reference list

- ALOY, A. V. (2016). 'La relajación de las solemnidades del testamento', *Revista de Derecho Civil*, 3(4), pp. 9-34.
- ANAND, N. AND ARORA, D. (2020). 'Where There Is a Will, There Is No Way: COVID-19 and a Case for the Recognition of E-Wills in India and Other Common Law Jurisdictions', *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 27(1).
- ATKINSON, T. E. (1953). *Handbook of the Law of Wills and Other Principles of Succession: Including Intestacy and Administration of Decedents' Estates*. St. Paul: West Academic Publishing. Available online at: <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

- BARON, J. B. (2016). 'Irresolute Testators, Clear and Convincing Wills Law', *Washington & Lee Law Review*, 73(1), pp. 3-75.
- BREITSCHMID, P. (1995). 'Revision der Formvorschriften des Testaments - Bemerkungen zur Umsetzung der «Initiative Guinand»', *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1995(3), p. 179.
- BROOK, J. (2018). 'To Dispense or Not to Dispense? A Comparison of Dispensing Powers and Their Judicial Application', *Private Client Business*, 2018(6), pp. 205-212.
- BROWN, R. L. (2005). 'The Holograph Problem - The case Against Holographic Wills', *Tennessee Law Review*, 74(74), pp. 93-128.
- BROX, H. AND WALKER, W.-D. (2018). *Erbrecht*. München: C. H. Beck.
- CHAMPINE, P. R. (2014). 'My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator', *Nebraska Law Review*, 80(3), p. 388.
- COTTIER, M. (2014). 'Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz: Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller "Für ein zeitgemässes Erbrecht" zuhanden des Bundesamtes für Justiz', *Not@lex/successio*, Sonderheft, pp. 29-58.
- COUMAROS, N. (1931). *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- CRAWFORD, B. J. (2019). 'Wills Formalities in the Twenty-First Century', *Wisconsin Law Review*, 2019(2), pp. 269-294.
- ĐURĐIĆ-MILOŠEVIĆ, T. (2021). 'Testamentary Formalities in the time of pandemic', in A. Erceg and D. Akšamović (eds) *EU and comparative law issues and challenges*. Osijek: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, pp. 422-443. Available online at: <https://doi.org/10.25234/eclic/18314>.
- FRERICHS, M. J. and KOVACEVIC, E. (2020). *What could be the harm? Minnesota's harmless error statute*, *Lexology*. Available online at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=74e38c22-0717-4e2d-bc0f-3412e1ecd60f>.
- GARY, S. (2019). 'Harmless Error: History of the Doctrine and Recent Cases from the U.S. and Australia', in *Oregon State Bar CLE seminar Advanced Estate Planning 2019*. Oregon State Bar, p. 1.
- GARY, S. N. (2020). 'The Electronic Wills Act: Facing the Inevitable', *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 55, p. 305.
- GEE, K. B. (2016). 'Beyond Castro's Tablet Will: Exploring Electronic Will Cases Around the World and Re-visiting Ohio's Harmless Error Statute', *Probate Journal of Ohio*, 26(4), pp. 149-156.
- GLOVER, M. (2018). 'A Social Welfare Theory of Inheritance Regulation', *Utah Law Review*, 2018(2), pp. 411-456.
- GRAY, T. (2019). 'Succession Law: Reflections and Directions', *Adelaide Law Review*, 40(1), pp. 331-341.
- GULLIVER, A. G. and TILSON, C. J. (1941). 'Classification of Gratuitous Transfers', *Yale Law Journal*, 51(1), pp. 1-39.

- HEDLUND, R. (2019). 'Introducing a Dispensing Power in English Succession Law', *Trusts & Trustees*, 25(7), pp. 722-729. Available online at: <https://doi.org/10.1093/tandt/ttz059>.
- HOEREN, T. (2005). 'Der Tod und das Internet. Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers', *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005(30), p. 2113.
- HOLMES, G. (2014). 'Testamentary Formalism in Louisiana: Curing Notarial Will Defects Through a Likelihood-of-Fraud Analysis', *Louisiana Law Review*, 75(2), pp. 511-541.
- HORTON, D. (2015). 'Wills Law on the Ground', *UCLA Law Review*, 62, pp. 1094-1155.
- HORTON, D. (2017). 'Tomorrow's Inheritance: the Frontiers of Estate Planning Formalism', *Boston College Law Review*, 58(2), pp. 540-598.
- HORTON, D. AND WEISBORD, R. K. (2020). 'COVID-19 and Formal Wills', *Stanford Law Review Online*, pp. 1-11.
- KLASIČEK, D. (2019). '21 St Century Wills', *Pravni vjesnik*, 35(2), pp. 29-48.
- KREICZER-LEVY, S. (2008). 'The Mandatory Nature of Inheritance', *The American Journal of Jurisprudence*, 53(1), p. 105.
- LANGBEIN, J. H. (1975). 'Substantial Compliance with the Wills Act', *Harvard Law Review*, 88(3), pp. 489-531. Available online at: <https://doi.org/10.2307/1340322>.
- LANGBEIN, J. H. (1987). 'Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law', *Columbia Law Review*, 87(1), pp. 1-54.
- LANGBEIN, J. H. (2017). 'Absorbing South Australia's Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion', *Adelaide Law Review*, 38(38), pp. 1-12.
- MUSCHELER, K. (2014). 'Das eigenhändige Testament - gestern, heute und morgen', *Successio - Zeitschrift für Erbrecht*, 2014(1), pp. 24-35.
- OLZEN, D. (2005). *Erbrecht*. Berlin: De Gruyter.
- PONATH, G. (2006). *Die Beschränkungen der Testierfreiheit durch das Testamentsrecht*. Bonn: Zerb Verlag.
- PURSER, K., COCKBURN, T. AND CRAWFORD, B. J. (2020). 'Wills Formalities Beyond COVID-19: An Australian-United States Perspective', *UNSW Law Journal Forum*, 2020(5), pp. 1-14.
- RAVENTOS, L. A. (2016). 'The Formal Validity Of The Mortis Causa Provisions In The Regulations 650/2012 (EU): An Article on Spanish Law', *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 22(3), pp. 515-532.
- DI RENZO VILLATA, M. G. (ed.) (2018). *Succession Law, Practice and Society in Europe across the Centuries*. Cham: Springer.

- RESCIGNO, P. (2017). 'Il testatore anziano e la forma del testamento', *Jus civile*, (5), pp. 382-387.
- SANDOVAL, J. S. (2019). 'El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica', *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2019(2222), pp. 1-60.
- SASSO, I. (2018). 'Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks', *Italian Law Journal*, 4(1), pp. 169-193.
- SCALISE, R. J. J. (2020). 'Will Formalities in Louisiana: Yesterday, Today, and Tomorrow', *Louisiana Law Review*, 80, p. 1334.
- SCHAPP, J. (2009). *Methodenlehre und System des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- SITKOFF, R. H. AND DUKEMINIER, J. (2017). *Wills, Trusts and Estates*. 10<sup>th</sup> ed. New York: Wolters Kluwer.
- STILINOVI, M., TRG, Z. AND HRVATSKE, R. (2021). 'Testamentary dispositions in the context of global pandemic', in A. Erceg and D. Akšamović (eds) *EU and comparative law issues and challenges*. Osijek: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, pp. 501-525.
- TAMPIERI, M. (1998). 'Formalismo testamentario e testamento olografo', *Rivista del Notariato*, 1998(1-2), pp. 119-139.
- THIRUGNANAM, V. (2017). *Formkrav för upprättande av testamente*. Stockholm: Stockholms Universitet.
- DU TOIT, F. (2020). 'Remedying formal irregularities in wills: a comparative analysis of testamentary rescue in Canada and South Africa', *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 20(1), pp. 139-162. Available online at: <https://doi.org/10.1080/14729342.2020.1773017>.
- VUKOTIC, M. (2017). 'Importance of Will Execution Formalities in Serbian Law', in B. Milisavljevic, T. Jevremovic Petrovic, and M. Zivkovic (eds) *Law and Transition*. Belgrade: University of Belgrade, pp. 473-486.
- WENDEL, P. T. (2018). *Wills, Trusts, and Estates*. New York: Wolters Kluwer.
- WÓJCIK, S. AND ZOLL, F. (2006). 'Testament', *Studia Prawa Prywatnego*, 2006(2), p. 83.
- ZAŁUCKI, M. (2018). *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*. Warsaw: C. H. Beck.
- ZAŁUCKI, M. (2020a). 'Evidentiary Function of the Provisions on the Form of Wills in the Contemporary Succession Law. Is the Complete Abandonment of Formalism Possible?', *Trusts & Trustees*, 26(8-9), pp. 814-825. Available online at: <https://doi.org/10.1093/tandt/ttaa080>.
- ZAŁUCKI, M. (2020b). 'Preparation of Wills in Times of COVID-19 Pandemic - Selected Observations', *Journal of Modern Science*, 45(2), pp. 143-152.
- ZAŁUCKI, M. (2021a). 'Solving the "Problem" of Wills Formalities in the Modern Post-Pandemic Society: Can the Endless Discussion Be Concluded?', *Studia Iuridica*, (87), pp. 526-552. Available online at: <https://doi.org/10.31338/2544-3135.si.2020-87.26>.

ZAŁUCKI, M. (2021b). *Wills Formalities Versus Testator's Intention: Functional Model of Effective Testation for Informal Wills*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH.

### Case law

ESTATE OF ROBERT G. REED, [1981] 672 P.2d 829 (WY).

ESTATE OF SHERON JUDE LADDEHETTI, Supreme Court of Victoria, 20.9.2013, unreported.

JUDGMENT OF 18.7.1935, German Reich Supreme Court, *Deutsche Juristenzeitung* 1935, 78.

MACDONALD V. THE MASTER, [2002] South African Law Reports 64.

MAHLO V. HEHIR. [2011] Queensland Supreme Court 243.

MELLINO V. WNUK, [2013] Queensland Supreme Court 336.

NICHOL V. NICHOL, [2017] Queensland Supreme Court 220.

RIoux V. COULOMBE, [1998] 19 ESTATES AND TRUST REPORTS (2D) 201.

# “Wake up and smell the manure”: rethinking will and succession in light of private property

PEDRO COUTINHO\*

**Abstract:** Portuguese succession law relies on an out-dated paradigm, dating back to an agrarian society, large families, and fostered by a paternalistic dictatorship. This legal paradigm endures in spite of the fact that the underlying society has long ceased to exist and in spite of the fact that its supporting dictatorship has been abolished since the revolution of 1974 and ensuing Constitution of 1976. An urgent revamping of the Portuguese inheritance system is necessary, considering the relevant constitutional values, chief of which is private property and its social function.

**Keywords:** Succession law; mandatory heirs; Portugal; private property; social function of property; means of production size.

1.) A famous Portuguese law professor used to say that you can smell the manure in the Portuguese civil code. This is so because our Civil Code (CC) dates from 1966, a time when Portugal still lived under a conservative dictatorship and our society was mostly agrarian and rural. As such, the Civil Code often reflected this reality and parts of it are grounded on a rural and agrarian paradigm. This is evident when we consider, for instance, its extensive regulation of the ownership and usage of water,<sup>1</sup> the norms pertaining to the planting of trees and shrubs<sup>2</sup> – along with the ones regarding the picking of fruits and the wood resulting from the cutting of trees<sup>3</sup> – as well as norms specifically regulating

---

\* Universidade Lusófona e Universidade do Minho.

<sup>1</sup> Articles 1385 to 1402, amongst others dispersed throughout the Code.

<sup>2</sup> Article 1366.

<sup>3</sup> Articles 1367 and 1368, respectively.

the exchange and fractioning of lands fit for agricultural use.<sup>4</sup> Naturally, over time the Civil Code has been subject to numerous changes – 83 of them, to be precise – including an extensive one resulting from the change of political regime and the entry of the 1976 Constitution into force. While these changes have rewritten or eliminated some of the more anachronistic norms, such as the one concerning “fierce and evil animals,”<sup>5</sup> the overarching rural paradigm remains.

2.) Like all “western-style” constitutions – a concept coined by ERHARDT SOARES (1986-87) – the Portuguese Constitution protects private property as a fundamental right, in its article 62. The constitutional protection of private property includes its transmission upon death, “in accordance with the constitution.” Naturally, as is evidenced by the fact that article 62 protects private property “in accordance with the constitution,” private property is not an absolute right and may be subject to restrictions. While article 62 does not specify the scope and purpose of those restrictions, the quoted expression – “in accordance with the constitution” – means that we must understand the fundamental right to private property within the constitution as a whole, with its particular set of values, purposes and goals. This is something that the legislator must take into account when establishing and regulating private property, including transmission upon death, on an infra-constitutional level.

When we place private property alongside constitutional values, it is clear, in my view, that an adequate constitutional reading of it will conclude that private property has a social function. That is to say, it must not be read in 19th century fashion, as an absolute expression of individual liberalism, and merely conferring rights but rather also as conferring obligations and as a factor for making real the idea of common good – something particularly relevant when we refer to productive goods.

---

<sup>4</sup> Article 1376.

<sup>5</sup> The now revoked article 1321 used to state, under the title “Escaped fierce animals”, that: “Fierce and evil animals that evade the encircling in which their owner keeps them may be destroyed or freely occupied by any person who finds them.”

3.) An area where, I argue, the rural paradigm remains unchanged is the one regulating succession law. Succession law is, in fact, the area of civil law that denotes the most resistance to change (XAVIER and COUTINHO, 2020, p. 693). While significant restrictions to *mortis causa* disposition have been known in the Iberian Peninsula since very early on (for a detailed account, see MARIANO, 2019, pp. 749 ff.), the main pillars of its current regulation are closely linked to the role the family unit played in our autocratic and paternalistic society under the dictatorship of 1926-74. The family was, under this regime, not only a nuclear element of society but also, according to article 11 of the 1933 Constitution, an instrument for the conservation and furtherance of race, and the foundation of all political order.<sup>6</sup> Therefore, legal steps had to be undertaken in order to ensure its continuation. Even today, after this concept of family has been left behind, legal authors affirm that social reasons dictate the existence of inheritance mechanisms to ensure the sustenance of the family (CARVALHO FERNANDES, 2008, p. 31). Thus, the Portuguese Civil Code establishes a number of restrictions to *mortis causa* transmission of property. Chief amongst these is the imposition of mandatory heirs – article 2157 CC – comprised of spouse, ascendants and descendants. This means that, should any of these be alive at the time of the *de cuius*' passing, the percentage of his estate that he can dispose of by his free will is significantly reduced.<sup>7</sup> Therefore, in spite of the existence of an abstract right to dispose of property through a will and testament, the real scope of that right is severely constricted. The purpose of this, it must be underlined, is the protection of the family, which could otherwise be deprived – in the legislator's view – of its means of sustenance. Alongside this limitation, the situations that allow for the removal of a mandatory heir are solely those explicitly defined in the law – articles 2034 and 2166 CC – which are very few. The restrictions of the *de cuius*' will go so far as to allow mandatory heirs to impeach donations and gifts made in life by the deceased, should that be necessary to guarantee that the heirs receive the percentage they are entitled to. This

---

<sup>6</sup> Article 11 stated: “The State ensures the establishment and defence of the family, as a source of conservation and furtherance of race, as the primary basis of education, discipline and social harmony, as the foundation of all the political order through its aggregation and representation in the parish and municipality.”

<sup>7</sup> By 50% or by two thirds, depending on the case.

mechanism is established in article 2168 CC. While it must be exercised within 2 years of the acceptance of the inheritance, the Civil Code does not limit how far back you can go, so it is theoretically possible that a gift made 10 years ago, or more, can be annulled, which raises numerous problems from the point of view of legal security.

The author of the succession must not only respect the percentage of the inheritance legally defined for each mandatory heir but is also, in accordance with article 2163 CC, forbidden from indicating which concrete parts and goods of his estate will be accorded to each heir. Such determination will only take place after the passing of the author of the succession (XAVIER, 2016, p. 39).

The application, over the course of an extended period, of these rules has had some negative impacts, however. As families through the 30s, 40s 50s and 60s in rural Portugal tended to have lots of children – 5, 6, 7 or more – and, more often than not, inheritances were mostly comprised of land and not money, the need for property to remain within the family has led to fragmentation and to the diminishing size of plots, sometimes to a ridiculous size. Along with the fact that, due to certain customs in the way inheritances were split,<sup>8</sup> plots of land of the same owner aren't adjacent to each other, this has led, in some areas of the country, to a situation where plots are so small that it is not practical to farm them, something that has certainly contributed to the abandonment observed in the innermost areas of Portugal. This situation not only affronts constitutional values regarding territorial and social cohesion but also generates negative externalities, such as forest fires (COUTINHO, 2022, p. 77). It is also worth noting the link between property rights, including, naturally their transmission upon death, and wider issues such as the environment and sound usage of land, as defended by SCRUTON (2013, pp. 137 ff.).

---

<sup>8</sup> Inheritances in such contexts were usually split while both parents were still alive. but nearing the foreseeable end of their lives. The whole of the parents' estate, mostly lands, was listed and divided into groups of properties of approximate value, sometimes with the help of an outside valuator - a village elder or respect person -, according to the number of heirs. The plots comprising each group were then listed in what was called a "sheet", which was given a number. Then, the (presumptive) heirs would draw lots over the sheets. The need for each sheet to have a value as close as possible to the other often meant that plots of land had to be split up, hence the referred fragmentation.

4.) While article 62 of the Constitution certainly gives the legislator room to accommodate the protection of the family – which also enjoys constitutional credentials, in articles 36 and 67 of the Portuguese Constitution – into the inheritance system, it is doubtful, to say the least, that it should be the only value served by it. Whatever option the legislator makes should take other constitutional values into account, such as individual freedom, also constitutionally protected, and which includes the right to do with one’s property as one sees fit. It is also worth noting that private property is protected as a fundamental right due to its connection to human dignity and because the voluntary purchase, selling and disposition of goods is considered an extension of an individual’s personality. Rui MEDEIROS (2017, p. 901) states that the Constitution “protects private property because it regards it as a space of personal autonomy, that is to say, as a necessary instrument for the fulfilment of freely set life projects, responsibly undertaken, and that cannot and must not be interrupted or made impossible by oppressive external interferences.” Therefore, this is something that the legislator must be mindful of when establishing a succession system and therefore restricting a person’s ability to freely dispose, *mortis causa*, of his own property. As a rule, the individual should be able to freely dispose of the entirety of his estate, as that is what stems from the constitutional rules regarding private property, as well as from a general idea of freedom of the individual underlying fundamental rights. This does not require further justification. What does require further justification are limitations and restrictions of these principles. However, as explained above, limitations of the right to dispose of property upon death in the Portuguese case are so abundant and so severe that some doctrine (MARIANO, 2019, pp. 767 ff.) questions whether if, in view of all sociological and legal evolution in recent years, they pass the proportionality test required by the Portuguese Constitution (article 18) in order to be valid restrictions. As a result, some key aspects of our succession system border, at the very least, on unconstitutionality.

5.) Moreover, it is questionable, in my view, that the constitutional protection afforded to the family institution necessitates such restrictions as exist in our civil law. As previously explained, the existence of mandatory heirs grounds itself on the need of the *de cuius*’ property for

the continuation of the family but also on the bonds of solidarity within the family circle (XAVIER, 2016, p. 25).

Regarding the first argument, it must be said that it is frequently stated but seldom explained, at least in the current sociological context. Why is it that, as a rule, the legislator assumes that, should the *de cuius* opt to dispose of his estate outside the family, this will lead to an inability of the family to provide for itself? This is a train of thought that only makes sense when you think of both family and property within the rural paradigm mentioned before, when people lived of the land. That is clearly not the case today, at least in general.

Regarding the second argument, it must firstly be stressed that in current times, for better or worse, familial bonds have a far less absolute character than in other times. Family bonds, particularly those arising from marriage, have a far less definitive nature than before. That being said, there is no doubt in my mind that, even today, the bonds of familial solidarity may be used to justify legal obligations. However, taking it to the extent where someone cannot dispose of his/her inheritance according to his/her own will, simply because of the fact that he/she has close living relatives, undermines a fundamental ideal of liberalism, which is the idea that we are, primarily, responsible for ourselves. It places the burden of providing for the relatives on the deceased, rather than on the relatives themselves. This does not mean, naturally, that there aren't situations where the ability to freely dispose of the inheritance should be limited on grounds of familial solidarity, for instance when ascendants or descendants are physically or mentally incapable of providing for themselves.

Furthermore, the guarantee of inheritance can have the perverse consequence, in cases of significant wealth, of generating idle people, who abstain from working and generating social value due to the fact that they know they will inherit a substantial amount. And they know because they have a legal right to that inheritance. The question I pose, to put it simply, is: why should you have a legal right to inherit anything when that something is not necessary for your sustenance, nor are you unable to provide for yourself? In the absence of a satisfactory reason for such mechanisms, what we are faced with is an unjustified limitation of the right to transmit your property in case of death.

6.) This must be considered alongside the social function of property. The social function of property is usually invoked in order to establish limitations and restrictions to property, to prevent misuse, abuse or abandonment. In other words, to ensure that there is an operative side to the social function of property that distinguishes it from its 19th century counterpart. However, I argue, that cannot be its sole purpose. Indeed, the legislator must consider the social function of property not only as a reason for limiting private property but also as a reason for not limiting private property or even for removing existent limits. This is so because, in some cases, it is limiting private property that can inhibit it from performing its social role; and it is setting it free that will allow it to accomplish its social function. Consideration of the social function of property is particularly relevant when referring to transmission of productive goods upon death. The example of the effect of decades of application of the current succession law on the use of agricultural land, previously mentioned, is a clear indication of the negative impact that can occur. But it is by no means the only one. Another good example is the case of family businesses. Through the application of Portuguese succession law, control of a family business might pass to someone thoroughly unqualified for it or, alternatively become unmanageable. Either option will likely prevent the company from actively fulfilling its role in generating wealth, employment and well-being and, therefore, fulfilling its social function.

7.) As I believe it is clear from all that was just affirmed, Portuguese succession law is out-dated and requires deep changes in order not only to adapt it to the current sociological reality, but also to align it with the spirit of the Constitution. In broad terms, these changes should reinforce the role of the individual's will, by reducing the quota which he cannot dispose of or, more radically, eliminate it as whole and allow for the free disposition of the entirety of his property through will and testament or through donations while living. Deviations from these terms should occur only when reducing the scope of the individual's will is strictly necessary to ensure the sustenance of close relatives who are unable (and not unwilling) to provide for themselves.

## Reference list

- CARVALHO FERNANDES, LUÍS (2008). *Lições de Direito das Sucessões*, Lisbon, Quid Juris.
- COUTINHO, PEDRO (2022). *A Constituição Portuguesa, Coesão e Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, *Questões Atuais de Direito Local*, No. 34.
- MARIANO, JOÃO CURA (2019). “A Sucessão Legitimária: Um Regime no Limbo da Inconstitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Coimbra, Almedina.
- MEDEIROS, RUI (2017). *Artigo 62.º* in Jorge Miranda and Rui Medeiros (eds) *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisbon, UCP Editora.
- SCRUTON, ROGER (2013). *Green Philosophy*, London, Atlantic Books.
- SOARES, ROGÉRIO ERHARDT (1987-87). “O conceito ocidental de Constituição”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nos. 3743-3744, year 119, 36-39 and 69-73.
- XAVIER, RITA LOBO (2016). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, Porto, UCP Editora.
- XAVIER, RITA LOBO AND COUTINHO, PEDRO (2020). *Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão mortis causa - abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspetiva do interesse coletivo*, in Rita Lobo Xavier *et. al.* (ed.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz*, UCP Editora.

# Taxation of Fiduciary Structures

PAULO DA ROCHA PICHEL\*

**Abstract:** The tax recognition of trusts formed abroad brought certainty to the tax treatment of preexisting trust structures linked to HNW families redomiciling to Portugal, following the enactment of the NHR regime. This has created a legal and financial ecosystem suitable to address the succession concerns regarding family-owned businesses considering trusts settled abroad as an alternative to a domestic civil and succession law perspective still reluctant to introduce new legal instruments to rule succession or, at least, reapproach old instruments in accordance with the needs and nature of global families' estate, in particular, family-owned businesses. A combined civil and tax law approach to create or recognize domestic legal arrangements aimed at implementing a sustainable family governance and succession planning strategy could help increase the growing international relevance of Portugal as a jurisdiction capable of addressing socio-economic concerns of family-owned businesses intergenerational continuity.

**Key words:** Personal Income Tax; non-habitual tax residents; fiduciary structures; recognition of foreign trusts; family owned businesses continuity.

## Introduction

The Non-Habitual Tax Residents (NHR) Regime aimed to attract new tax residents, including high-net-worth (HNW) individuals whose income derives essentially from financial stakes. Under the NHR, financial income obtained abroad will be exempt in Portugal if such income can be taxed under the applicable double tax treaty (or, in case there

---

\* Lawyer, partner at Durham Agrellos.

is no double tax treaty, under the OECD MC). In general, interest and dividends will benefit from the exemption. On the contrary, except for certain double tax treaties, capital gains and *other income* will not be exempt. Furthermore, under the NHR regime financial income obtained in Portugal does not benefit from any exemption.

In 2015, trusts settled abroad were recognized as *fiduciary structures* in the Personal Income Tax (PIT) Code and the Stamp Tax Code.

The tax treatment of the trust *formation* is not specifically addressed by the PIT and Stamp Tax Code and, therefore, depends on the civil law qualification of the legal arrangement settling the trust.

With regard to distributions throughout the trust period, they are essentially governed by the PIT Code, and treated as investment income. In this context, doubts may be raised on the PIT treatment of repayment to the settlor of apportioned capital. Furthermore, CFC rules are potentially applicable to address the trust's net earning not distributed to the beneficiaries.

As to the distributions on the *extinction* of the trust, distributions to the settlor (treated as an onerous transaction subject to PIT) shall be distinguished from distributions to other beneficiaries (construed as a gratuitous acquisition subject to Stamp Tax if a relevant connection with the Portuguese territory exists).

For distributions subject to PIT, the NHR regime may, in limited circumstances, determine the exemption of income deriving from the trust to the settlor or beneficiary that have the NHR status.

The recognition of foreign trusts brought certainty to the tax treatment of preexisting fiduciary structures linked to HNW individuals aiming to become tax residents in Portugal under the NHR. This, in turn, helped change the classically suspicious perception on foreign trusts, which is progressively being considered as an alternative relevant succession instrument by Portuguese-based families.

## 1. The Portuguese NHR Regime: General Remarks

In 2009, Portugal introduced the NHR Regime aiming to attract new residents (individuals that were not deemed resident in Portuguese territory in the previous five years). The regime was designed to attract *pensioners*, individuals that develop *high-value-added activities* and *HNW*

*individuals* whose income derives from financial and entrepreneurial investments. The applicant may benefit from the regime for 10 years (non-renewable).<sup>1</sup>

Although some exceptions may apply, the regime is based on two fundamental pillars: the exemption of income obtained abroad (effectively subject to tax in case of *employment* or *business* income deriving from high-value-added activities, or that can be subject to tax in the *source State* in case of financial income), lower flat tax rates for certain kind of income that otherwise would be subject to progressive tax rates (20% for *employment* or *business income deriving from high-value-added activities*, 10% for *pension* income obtained abroad).

In regard to the taxation of financial income, the NHR regime is based on a domestic unilateral rule that establishes the exemption method to eliminate juridical double taxation.<sup>2</sup> As general rule, financial income obtained abroad will be exempt in Portugal if such income could be taxed at source under the applicable double tax convention or, in case there is no double tax convention applicable, such income could be taxed at source under the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD MC). The exemption does not apply to income deriving from *blacklisted* jurisdictions as listed in a Ministerial Order, periodically reviewed.<sup>3</sup>

In most double tax treaties on income and on capital Portugal has entered into, interest, dividends and royalties may be taxed at source and will, therefore, be exempt in Portugal. However, capital gains and income qualified as “other income” under the OECD MC terminology, will, in principle, be subject to tax in Portugal because they may not be subject to tax at the source State under the applicable double tax treaty.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> See article 16(8)-(12) PIT Code. For a detailed analysis of the NHR Regime foundations, see PALMA BORGES, Ricardo da and SOUSA, Pedro Ribeiro de, (2011).

<sup>2</sup> See article 81(4)(5) PIT Code.

<sup>3</sup> See Ministerial Order 150/2004, of January 13, as amended.

<sup>4</sup> Relevant exceptions apply. For instance, under the Portugal/Brazil Double Tax Convention, capital gains obtained in Brazil may be taxed in Brazil, therefore such capital gains are exempt in Portugal; under the Portugal/United States or Portugal/Canada Double Tax Convention, income qualified as “other income” may be subject to tax at source. Therefore, in situations covered by the referred double tax treaties, for instance, distributions from funds that do not qualify as dividends (e.g., funds that do not have a corporate form) are exempt in Portugal.

## 2. The taxation of foreign trusts

Fiduciary structures are expressly addressed in the Personal Income Tax (PIT) Code and the Stamp Tax since 2015.<sup>5</sup> The terminology used is not particularly accurate given that the concept of fiduciary structures seems to entail segregated patrimonies (as is the case of trusts) but also entities that have legal personality (as family foundations). In this context, I will be addressing *trusts* that qualify as fiduciary structures.

### 2.1. Trust formation

The PIT Code does not refer the nature of the legal arrangement settling the trust. In the absence of any specific tax rules on the subject, the tax treatment of the legal arrangement depends upon the private law arrangement under the applicable substantive law. Therefore, notwithstanding difficulties in connection with property in trust located in Portugal, in accordance with private international law rules, the legal arrangement concerning rights *in personam* is, in principle, governed by the law appointed by the settlor in the trust deed.<sup>6</sup> In the majority of express trusts, the settlor divests himself from his legal interest in the property in trust but the trustee will hold a mere legal title to the property in trust (“nominal ownership”) as he will hold it for the beneficiary who (eventually) gains an equitable interest in the trust property.<sup>7</sup>

Thus, the transfer of property to be nominally held by the trustee is not a transfer for *consideration* given that the settlor will not receive anything in exchange for the transfer of assets, but it is also not a gratuitous transfer to the trustee because he/she will only manage but not enjoy the property and it is not a gratuitous transfer to the beneficiary unless he/she actually enjoys the property or its *fructus*.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> See articles 5(2)(t), 10(1)(b)(3), 10(1)(j), 10(4)(g), 12(8), 18(1)(q), 72(18)(c), 72(22), PIT Code and articles 1(3)(h), Stamp Tax Code.

<sup>6</sup> See article 41 Portuguese Civil Code. Cf., PATRÃO, Afonso, (2011), pp. 400-403; PIRES, José Maria Fernandes, (2017), p. 282.

<sup>7</sup> PANESAR, Sukhninder (2017), p. 159.

<sup>8</sup> The transfer of title is based on the trust instrument which may include an onerous donation arrangement from a civil law perspective. Given that such transfer is qualified as an *onerous donation* for civil law purposes, the transfer cannot be construed as a *gratuitous acquisition of assets* («*aquisição gratuita de bens*») under article 1.1 of the Stamp Tax Table. Against,

It is important to note that the split of property in trust results from the trust instrument and not the transfer of title. In fact, a trust can also be formed by declaration of a self as trustee and, in this case, there is not a transfer of property.<sup>9</sup>

From a functional standpoint – i.e., a relevant transfer of wealth for tax purposes – the mere *split* of property between management and enjoyment functions on the trust ‘formation’ is much closer to an *asset ring fencing* to be subject to a particular contractual discipline than to an asset transfer. Under this rationale, the formation of a trust should be construed as tax-neutral both from the settlor and the trustee perspective.<sup>10</sup>

---

PIRES, José Maria Fernandes, (2017), pp. 290-291, considers that Stamp Tax applicability depends exclusively on the gratuitous nature of the acquisition. Therefore, the Author concludes that if the trust formation is based on a donation to the settlor, this is necessarily a gratuitous transfer subject to tax (and not exempted) due to the lack of ‘onerousness in this arrangement. However, in fact, donations in the context of the split of property in trust are qualified as *onerous donations* («doação modal» or «doação onerosa»). See LOBO XAVIER, Rita (2016), pp. 120-122. The acquisition has an onerous nature although it is not an acquisition for consideration because it is a *donation*. See also BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2014), p. 1116.

<sup>9</sup> PANESAR, Sukhninder (2017), p. 163. But PIRES, José Maria Fernandes considers that, to create a trust by appointing a trustee, the transfer of property is a structural element of such arrangement - see “O Regime Fiscal do Trust”, p. 290. I think the transfer is a *completion* requirement but not a structural one. In some situations, the trust may be formed even where there was not yet a transfer of property because the settlor has done everything in his power to transfer the assets (there is no return) although such transfer was not completed because a third-party act to perfect the transaction is missing. See PANESAR (2017), p. 167-168.

<sup>10</sup> See, however, SOUSA DA CÂMARA, Francisco (2017), pp. 488-489, 494. The Author sustains that “this contribution to the trust is not a sale and the settlor does not receive assets in return. Moreover, in the absence of a specific provision, this is not a gain with tax consequences to the foreign trust or trustees abroad.” However, the Author seems to admit that a ‘contribution’ to a non-revocable trust of assets located in Portugal may trigger CIT in Portugal for the trust or the trustee. I disagree with this fundamentally because I think that the segregation of trust property cannot be construed as a *contribution* to the settlor. Moreover, the property in title acquired by the trust is not for enjoyment but for management only (it is an *onerous donation* from a civil law standpoint). Furthermore, from a functional perspective, this so-called ‘contribution’ could be construed as capital endowment but not a *donation* relevant for determining the trust *net profit*. In any case, the value of *split property* for management purposes should be null or very low.

## 2.2. Distributions from the trust

In general, the PIT Code establishes that income deriving from a trust not connected to its revocation nor termination should be construed as investment income (*rendimentos de capitais*).<sup>11</sup> The PIT Code does not expressly address the regime of restitution of ‘apportioned’ capital.

Income generated by the estate in trust may be deemed distributed to the settlor or beneficiaries under the PIT and Corporate Income Tax (CIT) CFC rules. CFC rules may apply to income generated in trusts abroad in two circumstances: the trust is ‘located’ in a blacklisted jurisdiction or the trust income is subject to an income tax lower than 60% of the CIT rate (12.6%).<sup>12</sup> The practical applicability of CFC rules appears unlikely in the case of trusts with succession purposes for family owned-businesses because the domestic entity in a comparable situation would in most cases be tax-exempt due to the applicability of the participation exemption regime established in article 51 of the CIT.<sup>13</sup>

### 2.2.1. Repayment of apportioned capital

The PIT Code does not expressly address the repayment of “capital contributions” made by the settlor. This could lead to the interpretation that the restitution of capital in trust to the settlor would be subject to tax. This interpretation would, however, be contrary to the ability-to-pay principle and the right to private property. Thus, the restitution of

---

<sup>11</sup> Article 5(2)(t) PIT Code.

<sup>12</sup> See article 20 PIT Code and article 66 CIT Code. In accordance with article 72(22) PIT Code, a fiduciary structure will be considered located in a *blacklisted jurisdiction* if the fiduciary entity has its headquarters or place of effective management therein or, in case the fiduciary is an individual, if the individual is tax resident in a blacklisted jurisdiction.

<sup>13</sup> In addition, there are relevant alternative investment undertakings that although subject to tax, benefit from broad exemptions (e.g., unit-linked insurance policies, SICAVs, etc.). The applicability of instruments conceived to tackle ‘entities’ on an international perspective based on the harmful nature of its beneficial tax treatment is hard to justify if analogous entities at the domestic level are given the same beneficial tax treatment. See, MORAIS, Rui Duarte, (2005), p. 351-355. There is room to argue that a discrepancy of criteria is likely to trigger discrimination issues. In the end, *valid economic reasons* to form a trust appears to remain the fundamental normative parameter to be considered.

settlor's capital contributions cannot be construed as a distribution for this purpose and is, therefore, not subject to PIT.<sup>14</sup>

As explained, the tax treatment in Portugal of distributions from trusts located abroad will depend on the tax treatment of such distributions under the applicable double tax treaty or, if no tax treatment applies, the tax treatment under the OECD mc.<sup>15</sup>

### 2.3. Revocation and termination

Income deriving from or in connection with trust's *revocation* or *termination* is subject to PIT and qualified as capital gain as the beneficiary of such payment is the 'settlor'. The tax base to determine the capital-gain corresponds to the difference of the amount received and the initial or subsequent apportionments of capital by the settlor.<sup>16</sup>

In both situations – distributions occurring in the trust's duration or on its revocation or termination – will be subject to a special flat tax rate.<sup>17</sup>

In the context of the trust's *termination*, payments to beneficiaries other than the settlor are excluded from PIT. In these cases, the transfer of wealth to the beneficiary is construed as gratuitous transfer. For assets not located in Portuguese territory, the transfer of assets is not subject to tax.

For assets located in Portugal (e.g., real estate, bank deposits held in trust in Portuguese banks), a 10% Stamp Tax will apply.<sup>18</sup> The transfer

<sup>14</sup> See SOUSA DA CÂMARA, Francisco (2017), p. 491.

<sup>15</sup> To ascertain if a double tax convention could apply, it is important to determine the trust "location" for this purpose. In general, the trust *governing law* is not a proper criterion to establish the source of income deriving from the trust. The trustee's place of effective management and the public law rules it is subject (compliance, financial reporting, etc.) appears to be a criterion more *adjusted* to establish a connecting factor to a given jurisdiction. This is consistent with the special provision concerning the location criteria for fiduciary structures located in blacklisted jurisdictions (article 72(22) PIT Code).

<sup>16</sup> See article 10(1)(b)(3) PIT Code. Amounts deemed taxable under the CFC regime should be deducted to the net value subject to tax (article 10(4)(g) PIT Code).

<sup>17</sup> Currently, 28% (article 72(1)(c) and (d) PIT Code). If the trustee's tax residency, headquarters or effective management is in a blacklisted jurisdiction, the applicable tax rate is 35% (article 72(18)(a) and (c) PIT Code). Taxpayer may opt for the general progressive tax rates.

<sup>18</sup> See Stamp Tax Code, article 1.2 Stamp Tax Table.

of assets from the trust in the context of its dissolution may be construed as transfer of assets between the settlor and the trustees. Assuming such approach, an exemption on gratuitous transfer between spouses, descendants and ascendants in the first line applies (article 6(e) Stamp Tax Code).<sup>19</sup>

In any case, for real estate located in Portugal an additional 0.8 Stamp tax on the property tax value applies.<sup>20</sup>

### 3. Distributions to NHR individuals

The NHR regime applies to income subject to PIT. Therefore, in the context of distributions from trusts, only the distributions subject to PIT, i.e., distributions occurring within the trust duration period or distributions to settlor in the revocation or termination of the trust, may potentially have a different treatment if distributed to an NHR. All other distributions to third beneficiaries occurring on the trust termination are covered by the Stamp Tax in the terms explained above.

Distributions from trusts should be qualified in accordance with the *lex situationis* or, at least, the source State laws, which should be the trust's governing law.<sup>21</sup>

In principle, distributions from trusts qualify as 'other income' for the purpose of double tax treaties based on the OECD MC. It is arguable that distributions to the settlor in the context of the *revocation* or *termination* of the trust could be qualified as capital gains, although it is difficult to regard the beneficiary as the alienator. However, the alienation of a beneficial interest under the trust may be qualified as *capital gains*.<sup>22</sup>

'Other income' and 'capital gains' may only be subject to tax at the beneficiary residency State under most double tax treaties Portugal has entered. Thus, such distributions to Portuguese NHR will be subject to tax and cannot benefit from the exemption mechanism. However, in

---

<sup>19</sup> See, *mutatis mutandis*, the Tax Arbitration Court decision in CAAD Case 287/2020-T (2021.06.11), where it was decided that in a *fidei commissum* arrangement the transfer of property occurs from the testator to the *fidei commissarium*. For tax purposes, there is not a gratuitous transfer of property between the fiduciary and the *fidei commissarium*.

<sup>20</sup> See Stamp Tax Code, article 1.1 Stamp Tax Table.

<sup>21</sup> See, XAVIER, Alberto (2014), p. 178.

<sup>22</sup> See BAKER, Philip (2002); RUST, Alexander (2022), p. 1761.

certain double tax treaties, the source State is also entitled to tax ‘other income’ or ‘capital gains’ obtained in its territory. In these cases, distributions to settlors or beneficiaries who benefit from the NHR regime will be exempt.<sup>23</sup>

If the exemption on distribution applies, income attributed under CFC rules should also be exempt because taxation based on CFC rules results from a legal fiction whereby non-distributed income is regarded as income for tax purposes, to avoid a *lock-in effect*.<sup>24</sup> Furthermore, the nature of income effectively distributed or attributed to the beneficiary under the CFC rules is the same according with the PIT Code and the taxation of the investment income effectively distributed is subject to tax insofar as such income was not yet taxed under the CFC rules.<sup>25</sup> Therefore, the imputed income under CFC rules has the same nature and qualification of the income effectively distributed. Thus, if the effectively distributed income is exempt, the imputed income under the CFC rules will also be exempt.

#### 4. The relevance of recognition of trusts settled abroad

##### 4.1. *The relevance of recognition for new residents*

To influence the nature of *foreign* investment, public policies (also, but not exclusively, tax policies) should address the concerns of the investor they aim to attract. Sustainable long-term investment linked to the community implies targeting the business owners, the individuals and families that run the businesses. The assumption is if we make them part of the community, involve them in the local and regional organizations, the economic profile of the investment made therein will be consistent with such socio-cultural ties. The recognition of trusts formed abroad was particularly important to bring certainty and ensure the adequacy of the tax treatment of preexisting fiduciary structures linked to high-net-worth individuals who established their tax residence

---

<sup>23</sup> See *other income* provisions in PT/US Double Tax Convention and PT/Canada Double Tax Convention; and *capital gains* provisions in PT/BR Double Tax Convention.

<sup>24</sup> See MORAIS, (2005), pp. 258-268.

<sup>25</sup> Articles 20(4), 5(2)(t) PIT Code and 66(8), CIT Code.

in Portugal in the context of the inbound movement of HNW individuals produced by the NHR.

However, with some relevant exceptions, the mechanics of the exemptions on financial income under the NHR regime proves to negatively discriminate income deriving from trusts when compared to income derived from structures with a corporate form. This is in my opinion particularly critical in the context of succession of family-owned businesses because the tax system is negatively influencing the choice of the adequate legal instruments required to satisfy the stability needs of intergenerational transition of businesses that serve relevant socio-economic interests in the community which go beyond the family and the heirs. Furthermore, the NHR regime does not address Portuguese source income. This creates an odd incentive to establish the family holding structure outside Portugal, as otherwise, the applicable tax treatment could be more burdensome. This reverse discrimination effect could be addressed particularly in the context of succession planning given the socio-economic relevance of interests at stake.

#### *4.2. The relevance of the tax recognition of foreign trusts for Portuguese families*

The recognition of trusts abroad, together with the enhancement, use and sharing of experience gained domestically with ‘foreign’ families fixing residence in Portugal created a legal and financial ecosystem particularly suitable to address the succession concerns regarding family-owned businesses. In fact, the growing cases of global high-net-worth families (particularly, but not exclusively, from Common Law jurisdictions) with some relevant connection with Portugal, promoted a systematic interaction with alternative legal instruments and arrangements, in particular, trusts settled abroad. This helped – also with the contribute of financial information reporting instruments such as the US FATCA and the OECD Common Reporting Standard – unveil the old wrong perception of ‘fiduciary structures’ as an opaque instrument used to circumvent the law.

In this context, the use of a trust instrument to rule the succession in the context of family-owned businesses is an alternative to be considered. It is important to note that the problem with the estate succession

in Portugal is trickier not so much due to some incongruencies on the tax effects of succession but more and foremost because some restructuring transactions required to implement an effective succession planning trigger adverse tax effects which prevent its adoption.<sup>26</sup>

This is in part the result of a civil law perspective very much attached to an individualistic perspective of property, and a ‘binary’ onerous/gratuitous approach to transactions. It is therefore difficult to plan succession from a tax perspective because the system is based on a fundamentally misleading assumption in what regards the estate perceived and managed as Family Property / heritage and not linked to an individual as an “ideal fraction of the property”. Evidently, this succession system led to successive fragmentation of the property for each generation transfer and created an unmanageable problem of governance with dramatic economic repercussions particularly for family-owned businesses.

#### ***4.3. Conclusion: the convenience of a combined civil and tax law approach to tackle regulatory fragilities and tax reverse discrimination***

The NHR exemptions regime on financial income was designed to address income deriving from legal entities abroad based on a unilateral provision to avoid juridical double taxation. In essence, the regime partially abandons the worldwide income principle and opts to tax resident individuals on a domestic-source-based approach. Thus, from the NHR individual’s perspective, financial income deriving from foreign entities will most likely have a better tax treatment in Portugal than it would have if distributed by a domestic entity.

At the same time, from a domestic civil and succession law perspective there is still reluctance to introduce new legal instruments to rule succession or, at least, reapproach old instruments in accordance

---

<sup>26</sup> For instance, a reorganization of the family estate may imply the transfer of the family financial assets to a legal vehicle where the family estate is consolidating and all provisions governing succession are attached (statutes of association, family business charter, wills, etc.). Such transfer may be treated as ‘deemed sale’ triggering adverse tax consequences and inhibiting the adequate planning of succession. See PICHEL, Paulo da Rocha (2018). See also LOBO XAVIER, Rita and ROCHA, Ana Paula, (2018); VILELA, Fernando Reis (2020).

with the needs and nature of global families' estate, in particular, family-owned businesses.<sup>27</sup>

The obvious consequence is a preferential election of foreign legal instruments to address succession matters that ensure tax neutrality from an implementation standpoint and the proper interaction with the NHR regime.

In my opinion, addressing this issue from the tax side alone would not suffice because the fundamental driver of HNW individuals in this context is not tax matters but *family governance* and *succession planning*. However, if succession planning instruments have a disproportionate tax cost, it is obvious that families will opt for alternative foreign legal structures.

Therefore, I understand that a combined civil and tax law approach to create or recognize legal arrangements aimed at implementing a sustainable family governance and succession planning strategy could help making Portugal a relevant jurisdiction in the *Private Client* sector.

Otherwise, insisting on a static approach to succession planning instruments and on the reverse discrimination of income obtained in Portugal will result in the already growing trend of global families based in Portugal to elect foreign legal structures such as trusts to hold the family estate with a pivotal role in family governance and succession planning.

## Bibliography

- BAKER, PHILIP (2002). "The Application of The Convention To Partnerships, Trusts and Other Non-Corporate Entities", *GITC Review*, Vol II, no. 1, 1-31, 18-19.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2014). *Do Trust no Direito Civil*, Almedina.
- LOBO XAVIER, RITA (2016). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, UCE.
- LOBO XAVIER, RITA (2017). *Sucessão Familiar na Empresa. A empresa familiar como objeto da sucessão mortis causa*, UCE.
- LOBO XAVIER, RITA and ROCHA, ANA PAULA (2018). "Transmissão por morte de empresas familiares: méritos e constrangimentos de uma isenção em Imposto do Selo", in *Roadmap para Empresas Familiares: Mapeamento*,

---

<sup>27</sup> See LOBO XAVIER, Rita (2017), pp. 91-101.

- Profissionalização e Inovação, Seminário Internacional*, Universidade do Minho/AEP, 19 de setembro de 2018.
- MORAIS, RUI DUARTE (2005). *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado*, Porto, UCE.
- PALMA BORGES, RICARDO DA and SOUSA, PEDRO RIBEIRO DE (2011). “O Novo Regime Fiscal dos Residentes Não Habituais”, in Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama (eds) *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. V, Coimbra Editora, pp. 709-772.
- PANESAR, SUKHNINDER (2017). *Equity and Trusts*, 3<sup>rd</sup> edition, Pearson.
- PATRÃO, AFONSO (2011). “Reflexões sobre o Reconhecimento de Trusts Voluntários”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2011, 357-427, pp. 400-403.
- PICHEL, PAULO DA ROCHA (2018). “Family governance e transmissão do património familiar – questões fiscais”, *Cadernos de Justiça Tributária*, Abr-Jun 2018, 20-29.
- PIRES, JOSÉ MARIA FERNANDES (2017). “O Regime Fiscal do Trust”, *Ciência e Técnica Fiscal*, jan-jun 2017, 437, 239-298.
- RUST, ALEXANDER (2022). “Other Income”, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 5th Edition, Wolters Kluwer.
- SOUSA DA CÂMARA, FRANCISCO (2017). “The Taxation of Trusts in Portugal”, *European Taxation*, November 2017.
- VILELA, FERNANDO REIS (2020). “Partilha de Herança: Consequências Tributárias”, *Cadernos de Justiça Tributária*, Out-Dez 2020, 30, 27-36.
- XAVIER, ALBERTO (2014). *Direito Tributário Internacional*, 2<sup>nd</sup> Edition, Almedina.

# Sucessão Legitimária e Ordem Pública Internacional

RUI MANUEL MOURA RAMOS\*

**Abstract:** This contribution deals with the question whether lack of protection by applicable succession law of what is considered, by the *lex fori*, an unavailable quota (forced share) must be considered against public policy (*ordre public international*). After mentioning the position of several legal orders on the topic, the stand is taken that a general and fixed answer is not possible to this question, also given the exceptionality that is characteristic of this institute, but that the mere fact of non recognition of forced shares (reserve) may not as such (*in se*) be viewed as violating public policy, even if in certain circumstances (for example, when it leads to total exclusion of descendant minors without other means of existence from the assets of the deceased) a different answer could be provided. The discussion also includes a critique to some legal reforms that try to reach the same result achieved by public policy using material rules of private international law.

**Keywords:** Public Policy; *Ordre Public International*; Reserve; Legitimate share; Unavailable quota.

1. Antes de iniciar a minha intervenção gostaria de deixar registadas três notas que neste momento me ocupam o espírito.

A primeira é para felicitar muito vivamente os organizadores desta conferência internacional (o que me permito fazer na pessoa da Professora Doutora Rita Lobo Xavier), que nos convoca para uma reflexão sobre uma temática (*Património, Sucessão, Autonomia: Novos Bens e Tendências*) cujo relevo se torna desnecessário encarecer e que creio não

---

\* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ter ainda suscitado o merecido interesse no debate jurídico pátrio; razão bastante, desde logo, para merecer a atenção de todos nós.

Em seguida, para agradecer, muito em particular ainda à outora Rita Lobo Xavier, o amável convite que me dirigiu para participar nesta iniciativa, em particular numa sessão dedicada às relações transfronteiriças e ao direito da União Europeia, áreas que sempre suscitaram o meu interesse e a que tenho dedicado desde há muito o essencial da minha reflexão académica.

Finalmente, para sublinhar quer o gosto (e mesmo a emoção) com que, uma vez mais (ainda que agora de forma remota), regresso a esta casa à qual me ligam tantas recordações, quer a alegria que sinto em vê-la desempenhar o papel que por direito lhe cabe ao liderar a reflexão sobre esta relevante questão. Queria por isso saudar todos os que aqui trabalham, o que faço nas pessoas do Doutor Manuel Fontaine, Diretor da Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP que já hoje tivemos ocasião de ouvir, da Doutora Rita Xavier, responsável pela nossa comum presença aqui e agora, da Doutora Sofia Pais, que modera esta sessão e que é responsável pelo dinamismo que na Universidade Católica assumiu o Centro de Investigação para o Futuro do Direito, e do Doutor António Frada de Sousa, que se me seguirá no uso da palavra – todos detentores de excelentes percursos universitários que tive o ensejo de seguir desde muito cedo e de continuar a acompanhar.

2. Escolhi como contributo para a nossa reflexão conjunta que, repito, se insere no tríptico Património, Sucessão, Autonomia, uma questão de particular relevo nas relações internacionais ou transfronteiriças em que, na atualidade, parecem desenhar-se na jurisprudência e mesmo na legislação, novos caminhos sobre os termos em que deve ter lugar a articulação destas noções. Trata-se do problema de saber se o desconhecimento, por parte da lei estrangeira competente, do instituto da legítima (designadamente da dos descendentes), ou seja, a completa exclusão de uma sucessão<sup>1</sup>, por esse ordenamento, daqueles que, no

---

<sup>1</sup> Ou também, a circunstância de a esses herdeiros ser atribuída por aquela lei uma posição jurídica sucessória diferente (e inferior) daquela que lhes reconhece a *lex fori*, ou, ainda, a de a *lex successionis* reservar a legítima a um grupo distinto de herdeiros daqueles a quem aquela fração da herança é garantida pelo ordenamento do foro.

entender do sistema jurídico do foro, seriam considerados como herdeiros forçados, envolve, sem mais, violação da reserva de ordem pública internacional<sup>2</sup>. Trata-se, na verdade, de uma questão relevante, que tem dividido a nossa jurisprudência<sup>3</sup>, e sobre a qual recaiu recentemente a atenção da nossa doutrina<sup>4</sup>.

A primeira nota que cremos que a este respeito importa fazer é no sentido de que a fórmula que acabámos de referir suscita, logo à partida, alguma estranheza. E isto porque como geralmente se recorda, o recurso à exceção de ordem pública se justifica como reação aos efeitos intoleráveis que a aplicação de uma dada lei estrangeira provoca, face às conceções de justiça dominantes, pela sua aplicação a um determinado caso concreto. É, pois, por isso desde logo questionável que ela possa ser desde logo mobilizável, em todos os casos, face a um determinado instituto configurado numa lei estrangeira<sup>5</sup>.

Não que tal não possa em absoluto suceder. Mas, para tanto, seria necessário que esse instituto ofendesse valores jurídicos absolutamente fundamentais, o que cremos seria o caso, por exemplo, se um determinado sistema jurídico estrangeiro reconhecesse formas qualificadas de negação da dignidade da pessoa humana, como por exemplo a admissão da escravatura. Em tal caso, pode aceitar-se que a natureza e estatuto dos bens jurídicos ofendidos por tais normas, desde logo pelo relevo que lhes é constitucionalmente reconhecido e pela proteção de que são objeto nas declarações de direitos reconhecidos no plano internacional<sup>6</sup>,

---

<sup>2</sup> Como entre nós tem sido decidido (ao que cremos maioritariamente) pelo Supremo Tribunal de Justiça, designadamente nos seus acórdãos de 23 de outubro de 2008 e de 15 de janeiro de 2015.

<sup>3</sup> Em sentido contrário ao dos acórdãos referidos na nota anterior, veja-se o acórdão da mesma alta jurisdição de 27 de setembro de 1994 (in *Colectânea de Jurisprudência*. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 1994, III, pp. 71-73), que confirma o Acórdão da Relação de Évora de 28 de outubro de 1993 [in *Colectânea de Jurisprudência*, v. 18 (1993), V, pp. 276-278]. Para a análise de algumas destas e de outras espécies jurisprudenciais, cfr. também Passinhas (2019), pp. 306-311.

<sup>4</sup> Cfr. os trabalhos de Pinheiro (2019), pp. 47-57), e Passinhas (2019).

<sup>5</sup> Ou à total ausência de expressão deste nessa mesma lei.

<sup>6</sup> Baptista Machado fala, ainda que num diferente contexto, mas utilizando fórmulas que podem ser transpostas para o problema que nos ocupa, de «princípios fundamentais da ordem jurídica nacional considerados como inamovíveis e imutáveis, como património

justificasse a total proscricção *in foro*, através da exceção de ordem pública, dos efeitos das normas que configurassem tal situação.

Fora deste círculo de situações, porém, a ordem pública internacional não constitui um meio de expressar um julgamento sobre as normas do sistema jurídico estrangeiro em questão, servindo apenas para afastar a produção *in foro domestico* daqueles dos efeitos da sua aplicação a um determinado caso concreto que se revelem absolutamente intoleráveis para a consciência jurídica do Estado do foro.

3. É a partir deste enquadramento, que há que perguntar se o desconhecimento, por parte de um ordenamento jurídico estrangeiro, do instituto da sucessão legitimária<sup>7</sup>, decorrente da forma como nesse sistema se reconhece o princípio da plena liberdade de testar, deve ser visto como constituindo uma violação da ordem pública internacional, a que alude o artigo 22.º do nosso Código Civil.

Não se duvida que aquele instituto integra, dados os termos em que é acolhido nos artigos 2156.º e seguintes do nosso Código Civil, a ordem pública interna portuguesa, isto é, «aquelas normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social, pelo que são, como tais, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos»<sup>8</sup>. Mas tal não implica, como se sabe, que se possa concluir que o desrespeito, por uma dada lei estrangeira, do instituto da legítima, seja considerado como revelador de contrariedade à ordem pública internacional, uma vez que, para que esta entre em jogo, não é só por si decisivo o conteúdo da lei estrangeira competente, havendo antes que considerar «as circunstâncias ou os resultados da aplicação dessa lei ao caso concreto»<sup>9</sup>. Na

---

intangível de que partilha uma comunidade cultural», e de «expressão de uma justiça absoluta». Cfr. Machado (1982, p. 264).

<sup>7</sup> Ou a sua configuração pela *lex successionis* em termos distintos dos que ocorrem na *lex fori*, como se refere *supra*, na nota 1.

<sup>8</sup> Assim Machado (1982, p. 254). Ou, numa diferente formulação, dir-se-á que «*domestic public policy consists of rules and principles that parties cannot derogate from and poses a limit to party autonomy, whose infringement determines the nullity of the agreement concerned*». Cfr. Perriello (2019, p. 388).

<sup>9</sup> Cfr. Machado (1982, p. 265). Ou, como também se escreveu, «*the compatibility of foreign laws with public policy must not be reviewed on an abstract, theoretical level, pursuant to syllogistic*

verdade, e como o escrevemos noutra local<sup>10</sup>, «*la fonction même du droit international privé exige que la réserve de l'ordre public international soit restreinte aux cas où l'application de la loi étrangère ne se limite pas à aboutir à des solutions contraires à celles contenues dans les normes impératives du for mais met plutôt en cause les valeurs fondamentales de cet ordre juridique ou les intérêts de plus haut niveau parmi ceux qu'il vise protéger*»<sup>11</sup>.

4. Considerando agora mais de perto o referido regime da sucessão legitimária, tal como ele se encontra consagrado entre nós<sup>12</sup>, há que reconhecer que a proteção da família nuclear que com ela se leva a cabo não pressupõe necessariamente um estado de carência daqueles que dela são beneficiários, nem sequer a efetiva existência de laços de dependência económica ou de solidariedade pessoal entre estes últimos e o *de cujus*. Na verdade, aquele regime faz beneficiar, em termos variáveis, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes do *de cujus* de uma parte da herança deste, pela simples existência de uma dada relação familiar com este último, irrelevando para o efeito quaisquer outras considerações, designadamente as que acabamos de mencionar. Nestes termos, a desconsideração da vontade do autor da sucessão pode *in concreto* não

---

*schemes; public policy must be tailored to the requirements of each particular case, so that the same law may be found to be at times at odds with public policy, at times in keeping therewith* [assim Perrielo (2019, pp. 385-386)].

<sup>10</sup> Cfr. Ramos (1998, p. 49). No mesmo sentido, e segundo Perrielo (2019), «*international ordre public amounts to a limit to the application of a foreign law which would result from the operation of conflict law rules, thereby seeking to prevent foreign law at odds with the fundamentals of the system from being enforced therein [...] international public policy does not cover all the mandatory principles in the forum, [...] but only those endowed with fundamentality, i.e., those designed to protect human rights*» (pp. 388-390).

Para a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, cfr. ainda Vareilles-Sommières (2015, pp. 217-237).

<sup>11</sup> Ainda para o dizer com Perrielo (2019, pp. 392-393), «*that a given fundamental right is alien to the forum does not imply that it is at variance therewith; indeed, international public policy demands its transplant, along with the remedies which support it. As long as the territory of fundamental rights and liberties may be expanded, international public policy requires that the forum accepts foreign ideas*».

<sup>12</sup> Para uma perspetiva histórica, a este propósito, veja-se, recentemente, a súmula que nos é oferecida por Passinhas (2019, pp. 297-302), e Mariano (2019, pp. 749-758).

Para o caso de outros ordenamentos que conhecem a mesma instituição ainda que configurada em moldes distintos, cfr. no que respeita ao sistema francês, por exemplo, Rousseau (2020).

se fundar em nada mais do que numa ideia de forçada transmissão do património deste para o círculo restrito dos seus familiares, sendo estranha, repetimos, à eventual situação de precariedade ou de necessidade dos beneficiários da reserva hereditária e à existência de laços de solidariedade afetiva destes para com o *de cuius*.

É certo que mesmo a referida situação de precariedade dos beneficiários pode não constituir fundamento decisivo para o recurso à exceção de ordem pública, se se pensar que, como ocorre no direito inglês<sup>13</sup>, a lei considerada competente pode conter disposições que protegem, nomeadamente, os filhos, no caso de terem sido privados de bens e capacidade financeira por óbito do *de cuius*. Mas, seja o que quer que se entenda a respeito desta particular hipótese<sup>14</sup>, não pode negar-se que, estando em causa uma efetiva situação de carência patrimonial por parte dos beneficiários da sucessão legitimária<sup>15</sup>, pode legitimamente perguntar-se se a proteção destes, quando menores e impossibilitados de a ela fazer face, não deverá prevalecer sobre a tutela da plena liberdade de disposição dos seus bens, por parte do autor da sucessão. Só que, em tal caso, já não é o respeito pela quota reservada aos herdeiros forçosos que está em causa, mas a particular situação de um (ou de alguns) dos herdeiros beneficiários da reserva hereditária, que poderá fundar a invocação da exceção de ordem pública internacional.

Neste contexto, já não será, com efeito, o desconhecimento, em si mesmo, por parte da lei competente para regular a sucessão, do instituto da legítima, que fundamentaria o recurso à ordem pública, mas os particulares efeitos que, em concreto, resultariam da aplicação da lei que não conhecesse aquele instituto. O que não deixa de se apresentar em termos muito mais compatíveis com a compreensão, que consideramos a mais correta, da reserva de ordem pública internacional, ao exigir, numa

---

<sup>13</sup> Veja-se o *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

<sup>14</sup> Que, num acórdão de 16 de maio de 2018, o Supremo Tribunal de Justiça caracterizaria por nela estar em causa o facto de a lei competente «concebe(r) um caminho sucessório que elimina por completo os filhos da sucessão dos seus pais [...] caminho esse nunca trilhado pela lei portuguesa, segundo a qual haverá sempre ao menos uma porção da herança dos pais que se destina aos filhos, o qual é inspirado por razões de interesse e ordem pública». Sobre esta decisão, cfr. Ramos (2020, pp. 210-247).

<sup>15</sup> À qual, acrescenta-se, não se revele possível dar resposta através de outros institutos como por exemplo o direito a alimentos.

conceção aposteriorística, o controlo das consequências da aplicação *in casu* do regime contido na lei estrangeira considerada competente (e a sua desconformidade com os princípios fundamentais que informam a ordem jurídica do foro), em lugar de se ficar pela simples oposição entre este e o existente nesta última.

Em suma, a limitação à *autonomia* do testador que por esta via se consagra não decorre de considerações que tenham a ver com o destino do *património* deste, mas, antes e tão só, com um imperativo de proteção de um círculo de pessoas (ligadas, bem entendido, àquele por fortes vínculos familiares) a que a ordem jurídica pretende dar resposta por esta via, e que só por isso se projeta no plano da *sucessão*.

5. Saliente-se que o *distinguo* que se acaba de fazer não envolve uma simples *nuance*, sendo os termos da diferença existente entre as duas situações particularmente evidenciados por uma recente decisão da *Cour de Cassation* francesa. Nesses acórdãos<sup>16</sup>, decidiu-se, com efeito, que «*une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels*», e que, não tendo sido alegado que a aplicação de tal lei deixaria em condições de precaridade económica ou de necessidade os herdeiros legitimários maiores, tal aplicação, que permitia ao *de cujus* dispor de todos os seus bens a favor de um *trust* de que era beneficiária a mulher, mãe das suas filhas menores sem reservar uma parte aos outros filhos, não contrariava a ordem pública internacional francesa<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Da *Première chambre civile*, de 27 de setembro de 2017.

<sup>17</sup> Nos termos desta decisão (1104), «*attendu qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des [...], tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin, que Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis; que la cour d'appel, [...], en a exactement déduit que la loi californienne ayant permis à Michel X... de disposer de tous ses biens en faveur d'un trust bénéficiant à son épouse, mère de leurs deux filles alors mineures, sans en réserver une part à ses autres enfants, ne heurtait pas l'ordre public international français*». E, noutra decisão (1105) da mesma jurisdição proferida nesse mesmo dia, depois de se reafirmar o princípio que se recordou em texto, acrescentou-se que «*attendu qu'après avoir énoncé que la loi applicable à la succession de Maurice X... est*

De acordo com este entendimento, que por isso se nos afigura corresponder à melhor compreensão da exceção de ordem pública internacional<sup>18</sup>, não é o desconhecimento do instituto da reserva hereditária (decorrente do reconhecimento ao *de cuius* da plena liberdade de disposição dos seus bens para depois da morte), em si mesmo, que poderá contrariar a ordem pública internacional (ou muito menos a sua modelação em termos diversos dos conhecidos na ordenação jurídica do foro)<sup>19</sup>. O que é suscetível de desencadear a sua aplicação são antes as consequências, particularmente chocantes para a consciência jurídica do foro<sup>20</sup>, que podem num dado caso resultar da aplicação das regras que, num dado sistema estrangeiro, a ignoram. Neste entendimento, que faz jus à excecionalidade que caracteriza aquele instituto, a aplicação de uma lei estrangeira que reconheça o princípio da plena liberdade de testar pode ser contrária à ordem pública internacional em certas situações<sup>21</sup> sem o ser noutras<sup>22</sup>. E o decisivo para que se possa traçar esta linha divisória é a circunstância de a aplicação da lei estrangeira ao caso concreto ofender frontalmente os princípios fundamentais em que se estriba a ideia de justiça do sistema do foro.

Saliente-se que esta construção tem sido perfilhada pela jurisprudência de diversos países<sup>23</sup> e acolhida, de um modo que diríamos

---

celle de l'Etat de Californie, qui ne connaît pas la réserve, l'arrêt relève, par motifs propres, que le dernier domicile du défunt est situé dans l'Etat de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux Etats-Unis, où son installation était ancienne et durable et, par motifs adoptés, que les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin; que la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'écarter la loi californienne au profit de la loi française».

Sobre estas decisões, cfr. as notas de Ancel (2018, pp. 87-98), e Bendela (2018, pp. 113-124).

<sup>18</sup> Sobre a sua caracterização, veja-se (para além dos trabalhos citados *supra*, na nota 10) ainda Bucher (1993, pp. 11-116), e, em língua portuguesa, Dolinger (1979).

<sup>19</sup> Ainda que, em Portugal como de resto em França, tal contrarie a ordem pública interna.

<sup>20</sup> Designadamente por poderem deixar totalmente desprotegidos, sob o ponto de vista patrimonial, alguns dos próximos do *de cuius* que, eventualmente por serem menores, dele exclusivamente dependiam e se não encontravam em condições de prover ao respetivo sustento.

<sup>21</sup> As mencionadas na nota anterior.

<sup>22</sup> Por exemplo, as referidas na nota 17.

<sup>23</sup> Para além dos acórdãos acabados de citar, vejam-se as espécies jurisprudenciais referidas por Pinheiro (2019, pp. 55-57).

crescente, pela nossa doutrina<sup>24</sup>, merecendo igualmente o nosso aplauso, pela sua maior fidelidade à teleologia do instituto<sup>25</sup>, quando comparada com a que tem obtido o apoio (cremos que maioritário) da nossa jurisprudência<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Assim Santos (1998, pp. 128-134), Correia (2002, p. 759), Pinheiro (2015, p. 695), e (2019, p. 55), e Passinhas (2019, p. 313).

Anote-se que, ainda na nossa doutrina, se têm manifestado vozes no sentido de contestar, de iure condendo, a própria existência da sucessão legitimária [assim Dias (2016, pp. 499-463), Campos / Campos (2017, p. 29), e Pinheiro (2017, p. 178)], e que a constitucionalidade deste instituto tem inclusivamente vindo a ser objeto de discussão [sobre o ponto, cfr. Xavier (2016, pp. 22-25), e (2023-II, pp. 195-197), Mariano (2019), e Xavier / Coutinho (2020, pp. 693-699 e 702-707); em sentido divergente, e à face do sistema jurídico germânico, veja-se a decisão de 19 de abril de 2005 da primeira secção do Bundesverfassungsgericht alemão que considerou compatíveis com a Grundgesetz alemã as disposições legais do Burgerliches Gezezbuch (§ 2303, 1) relativas à porção reservatária dos filhos do testador]. A ser consagrada aquela primeira orientação, o instituto deixaria, naturalmente, de integrar a própria ordem pública interna; mas a controvérsia referida não é irrelevante para a mobilização ou não, e este propósito, da ordem pública internacional.

Acresce que este movimento de reponderação do instituto da sucessão legitimária ultrapassa as nossas fronteiras, manifestando-se também em Espanha, onde se tem sustentado que a função social a que obedeceu a sua instauração terá desaparecido na atualidade, havendo pelo contrário que favorecer a liberdade de testar. Sobre o ponto, cfr. Garcia (2009, pp. 297-302), Luelmo (2016, pp. 399-413), Ibáñez (2016, pp. 415-432), e Amayuelas / Amorós (2016, pp. 465-480).

<sup>25</sup> Na verdade, só desta forma este entendimento será harmonizável com a característica da excecionalidade que usualmente tende a ser reconhecida à atuação da ordem pública internacional, e que parece reclamar uma conceção aposteriorística desta cláusula ou princípio geral [cfr. também a síntese de Machado (1982, pp. 253-272)].

<sup>26</sup> Situação que nos distancia da que prevalece noutros países, onde a jurisprudência se inclina nitidamente no sentido de não considerar contrárias à ordem pública leis estrangeiras que não prevejam uma quota reservatária a favor dos familiares do de cujus. Assim, além do caso francês (cfr. supra, as decisões citadas nas notas 16 e 17), veja-se a jurisprudência espanhola do Tribunal Supremo [casos Lowenthal e Denney, respetivamente de 15 de novembro de 1996 e 21 de maio de 1999, sobre que recaiu o comentário de Soriano / Pineau (2004, pp. 977-992)], a sentença do Tribunal Federal suíço de 17 de agosto de 1976, a sentença da Corte de Cassazione italiana de 24 de junho de 1996 e a sentença do Bundesgerichtshof alemão de 21 de abril de 1993; de acordo com Dorner / Lagarde (2002, p. 59), esta orientação teria também eco na Grécia. No mesmo sentido pode ainda referir-se uma interessante decisão belga de 25 de abril de 1955 (proferida pela Cour d'Appel de Liège) que, pronunciando-se sobre as regras de prescrição do direito alemão que limitavam o exercício do direito à reserva, fez questão de incluir na fundamentação que «les règles mêmes relatives à la réserve et à la quotité disponible en matière successorale ne sont pas d'ordre

6. O que acaba de dizer-se explica que vejamos, com alguma perplexidade, recentes iniciativas tendentes a recuperar a conceção que reconhece, a este propósito, um mais lato papel à atuação da ordem pública (ainda que a solução se apresente sob outras vestes)<sup>27</sup>. E tal ocorre já após a adoção, no seio da União Europeia, de um novo regulamento relativo às sucessões<sup>28</sup>, onde expressamente se declara que a lei aplicável à sucessão<sup>29</sup> rege, nomeadamente «a quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pessoas próximas do falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros» [artigo 21.º, alínea *h*)], e que «a aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro» (artigo 35.º)<sup>30</sup>.

---

public international» uma vez que o direito à reserva «a perdu son caractère d'une institution touchant à l'organisation sociale et à l'ordre des familles, pour n'être plus qu'un bénéfice pécuniaire, auquel les réservataires peuvent désormais renoncer» [sobre esta decisão, cfr. o comentário de van Boxtael (2016, pp. 563-567)]. Num registo oposto, vendo na prevenção dos riscos de enfraquecimento da tutela dos legitimários uma das exigências de maior relevo que o novo direito internacional privado europeu das sucessões deveria satisfazer, cfr. diversas tomadas de posição do Parlamento europeu e de parlamentos nacionais referenciadas por Davi / Zanobetti (2014, p. 67, nota 62).

<sup>27</sup> O ponto fora aliás discutido recentemente a propósito do Regulamento Europeu sobre as Sucessões. Cfr., por exemplo, Pataut (2010), Bonomi (2011, pp. 263-292), e, criticamente sobre as soluções que acabaram por ser adotadas pelo legislador da União, González (2011, pp. 369-406).

<sup>28</sup> Trata-se do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Sobre este diploma, cfr. Ramos (2014, pp. 205-235).

<sup>29</sup> Nos termos do artigo 21.º, n.º 1, a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito, sem prejuízo da cláusula de exceção prevista no n.º 2 deste artigo e do reconhecimento da autonomia da vontade (*professio iuris*) do testador que é consagrada e, em termos limitados embora, no artigo 22.º

<sup>30</sup> Note-se que a disposição correspondente da proposta de regulamento (de 2009) continha um n.º 2 nos termos do qual «*l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for*». O abandono desta disposição (que marcava aparentemente uma orientação de certo modo restritiva quanto à aplicação da cláusula de ordem pública internacional) não permite, no entanto, conjeturar se o legislador simplesmente a considerou desnecessária (por ser de todo evidente) ou se, ao

Assim, o legislador francês aprovou recentemente<sup>31</sup> o aditamento de um novo n.º 3 ao artigo 913 do *Code Civil*, nos termos do qual «*Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci*»<sup>32</sup>. Em lugar de deixar o debate no plano da ordem pública internacional, criou-se assim uma regra de direito internacional privado material nos termos da qual, nas sucessões em que exista uma determinada ligação ao sistema jurídico da União Europeia<sup>33</sup>, e quando a lei estrangeira aplicável à sucessão não conheça qualquer mecanismo reservatório protetor dos descendentes, qualquer um destes, bem como os seus herdeiros ou beneficiários, pode recorrer aos bens existentes situados em França no momento da morte, de molde a, no limite daqueles, serem restabelecidos na posição sucessória que lhes seria atribuída pela lei francesa<sup>34</sup>. Importa que fique claro, no entanto, que o que se encontra em causa é,

---

contrário, se pretendeu distanciar do seu conteúdo. De todo o modo, pode decerto acompanhar-se, também a este respeito, a conclusão nos termos da qual o regulamento (como de resto o relativo ao regime matrimonial, que se lhe seguiu) deve ser interpretado e aplicado «de acordo com as suas categorias conceptuais próprias e à luz das normas primárias dos Tratados fundadores, de onde decorre uma ideia de favorecimento da autonomia privada de cidadãos que desfrutam das liberdades que lhes são reconhecidas de circulação de pessoas e de bens e de liberdades económicas» [Xavier (2023-I, p. 560)].

<sup>31</sup> Pela lei n.º 2021-1109, de 24 de agosto de 2021, «*confortant le respect des principes de la République*», cujo artigo 24 acrescenta uma nova disposição ao artigo mencionado em texto. Sobre este diploma, cfr. Egéa (2022, pp. 75-91).

<sup>32</sup> Para os trabalhos preparatórios que estiveram na base desta lei, cfr. o Rapport du Groupe de Travail sobre *La réserve héréditaire*, constituído no âmbito do Ministério francês da Justiça sob a direção de Cécile Pérès e Philippe Potentier, e entregue àquele membro do Governo a 13 de dezembro de 2019.

<sup>33</sup> Traduzida pela nacionalidade (do *de cuius* ou de ao menos um dos seus descendentes), no momento da morte daquele, de um dos seus Estados-membros, ou pela residência habitual de alguma dessas pessoas num qualquer desses Estados.

<sup>34</sup> Para a discussão desta solução legal, cfr., por exemplo, as contribuições contrastadas de Lagarde (2021), Pérès (2021), Belleroche (2021), Ramaciotti (2021), Joubert (2021), e, entre nós, Xavier (2022, pp. 79-94).

pura e simplesmente, a inexistência, na lei aplicável, de um mecanismo reservatório protetor dos descendentes, e não, verdadeiramente, a efetiva necessidade de proteção de pessoas que se possam reclamar de uma particular ligação de proximidade com o falecido<sup>35</sup>.

Sem utilizar o mecanismo da ordem pública internacional, a disciplina jurídica em questão conduz, na sua aplicação, a resultados semelhantes aos que decorreriam da atuação daquela cláusula geral. Na verdade, com ela se reage à não previsão da reserva hereditária, por parte da lei aplicável à sucessão, permitindo-se que aqueles que a ela teriam direito pela *lex fori* (a lei francesa) pudessem ser reintegrados na posição jurídica que seria a sua, se esta última fosse a ordem jurídica com competência para reger a sucessão (desde que tal fosse possível a partir dos bens da herança sitos em França). O que viria também muito provavelmente a acontecer se se entendesse que a não previsão do instituto da reserva seria desconforme com os princípios da ordem pública internacional. A similitude vai ainda ao ponto de a solução depender de algo como que uma *Binnenbeziehung*, a exigência de uma ligação estreita ao ordenamento que prevê a reserva, e que na circunstância decorre da exigência de uma conexão pessoal (nacionalidade ou residência habitual) do *de cuius* ou de algum dos seus descendentes com um dos Estados-membros da União Europeia.

Por outro lado, repetimos, a solução apenas se tornará possível com recurso aos bens do *de cuius* situados em França, o que aproxima a disciplina ora criada do clássico *droit de prélèvement*, conhecido do direito sucessório francês desde a lei de 14 de julho de 1819, e que, entretanto, o *Conseil Constitutionnel*, no âmbito de uma Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) considerara desconforme à Constituição, por decisão (n.º 2011-159) de 5 de agosto de 2011, por violação

---

<sup>35</sup> Note-se que à proteção de certas pessoas próximas do *de cuius* tende a ser reconhecida a natureza de princípio ou valor suscetível de poder desencadear a intervenção da ordem pública internacional, ao menos quando exista uma clara necessidade de proteção (pela ausência de outros mecanismos que a garantam) e quando se trate do círculo mais restrito de pessoas ligadas ao falecido (cônjuge e filhos), o que, naturalmente, apenas em concreto, e em face de todas as circunstâncias do caso (como de resto é exigido pela correta atuação deste mecanismo) se pode determinar. Procurando detalhar um pouco mais os termos em que tal intervenção é de admitir, cfr. as considerações de Bonomi e Wautelet (2013, pp. 538-547).

do princípio da igualdade<sup>36</sup>; tal decorreria de o direito reconhecido pelo artigo 2.º daquele diploma apenas ser atribuído aos herdeiros que possuísem a nacionalidade francesa, e tal diferença de tratamento, fundada no critério da nacionalidade, não se encontrar em relação direta com o objeto da lei que a estabelecia<sup>37</sup>.

Diferentemente, encontramos igualmente em certos sistemas a proteção (limitada) da reserva através de mecanismos próprios ao direito de conflitos, em situações que de todo se afastam do mecanismo da ordem pública internacional, pois se trata de situações em que verdadeiramente não estão em causa os seus pressupostos. Assim, o artigo 79 do Código belga de direito internacional privado permite a uma pessoa submeter o conjunto da sua sucessão a um sistema jurídico determinado, desde que a designação recaia sobre a lei do Estado da nacionalidade ou da residência habitual, tanto no momento da designação como no da morte, mas exclui a eficácia da *professio iuris* se ela tiver por resultado privar um herdeiro de um direito à reserva que lhe fosse reconhecido pela lei que seria aplicável à sucessão na ausência daquela designação<sup>38</sup>.

7. Regressando agora ao direito português, e não esquecendo que este deve ser interpretado tendo igualmente em consideração o direito da União que nele é aplicável, deve salientar-se que, nesta circunstância, e diferentemente do que ocorre noutras situações, a forma como o nosso ordenamento se refere a certas regras ou princípios que revestem claramente a natureza de ordem pública interna não permite antecipar o que quer que seja sobre a suscetibilidade da sua invocação no quadro

---

<sup>36</sup> Este princípio é igualmente esgrimido pela doutrina italiana em sede de apreciação crítica da solução prevista no artigo 46, n.º 2, da lei n. 218, sobre o direito internacional privado, de 31 de maio de 1995, onde se prevê que «na hipótese de sucessão de um cidadão italiano, a escolha pelo de cujus da lei do seu Estado da residência não pode pôr em causa os direitos que a lei italiana atribui aos legitimários residentes em Itália no momento da morte do autor da sucessão» [assim Picone (1998, p. 74)]. No sentido de que ele constitui um dos princípios e valores protegidos através da cláusula de ordem pública, cfr. Bonomi e Wautelet (2013, pp. 533-538).

<sup>37</sup> Que visava proteger a reserva hereditária e a igualdade entre os herdeiros, garantidas pela lei francesa (independentemente da circunstância de aqueles possuírem ou não a nacionalidade francesa).

<sup>38</sup> Na circunstância, a lei do Estado onde o *de cujus* tinha a sua residência habitual no momento da morte (artigo 78).

da ordem pública internacional<sup>39</sup>. Pelo que haverá necessariamente que recorrer às linhas de força que geralmente enquadram a nossa apreciação nesta matéria.

Assim, cremos que não poderá deixar de se afastar a pretensão de considerar que o desconhecimento da reserva hereditária por parte da lei competente para regular uma sucessão plurilocalizada (ou a modelação desta, quer no que toca aos beneficiários, quer no que respeita aos valores em causa, em termos distintos dos previstos no Estado do foro) implicaria necessariamente a atuação da ordem pública internacional. Na verdade, semelhante entendimento, para além de desconforme com as características e modo de atuar daquela cláusula geral, que reclamam uma apreciação casuística, afigura-se desprovido de fundamento racional, para além de se situar em aberta colisão com as linhas de força (em particular o reforço da autonomia privada, no caso, a vontade do *de cuius*) que atualmente inspiram, nesta sede, a maioria das legislações, entre as quais também a nossa. O que é também reforçado pela circunstância de, colocando-se a questão nos dias de hoje perante um regulamento da União, ser forçoso reconhecer um especial peso ao contexto europeu em que se coloca este problema<sup>40</sup>.

Tal não significa que se deva necessariamente entender que, respeitada aquela análise casuística que implica a consideração do caso

---

<sup>39</sup> Na verdade, não existe no nosso sistema jurídico, a propósito da reserva hereditária, uma disposição com o alcance da do n.º 1 do artigo 54.º do Código Civil, onde, a propósito da possibilidade de modificação dos regimes de bens, se dispõe que «aos cônjuges é permitido modificar o regime de bens, legal ou convencional, se a tal forem autorizados pela lei competente nos termos do artigo 52.º». Trata-se, manifestamente, de uma norma sobre a qualificação, precisando que aquela questão se deve enquadrar na regra de conflitos pertinente às relações entre os cônjuges, em geral, e não à que se reporta especificamente às convenções antenupciais e ao regime de bens [sobre o ponto, cfr. Machado (1982, pp. 409-411)], mas, ao admitir-se, de forma expressa, que, nas relações plurilocalizadas, o regime de bens de um casal possa ser objeto de modificação, naturalmente que quando tal seja admitido pela lei competente para o efeito (que o legislador curou de especificar qual era), está-se sem sombra de dúvida perante o reconhecimento legal de que a regra contida no artigo 1711.º, n.º 1, daquele diploma sobre a imutabilidade das convenções antenupciais, bem como dos regimes de bens legalmente fixados é, tão-só, de ordem pública interna.

<sup>40</sup> Assim também Rosenau (2016, p. 20).

concreto nas suas especificidades, a exceção de ordem pública deixe de poder algum dia vir a ser utilizada neste contexto – o que seria igualmente contrário à sua natureza e função. Na verdade, essa atuação dificilmente deixará de poder ser considerada nos casos em que descendentes menores do *de cujus* sejam deixados desprovidos de qualquer proteção por não existir qualquer mecanismo na *lex successionis* que lhes permita assegurar um mínimo de subsistência e esta lei admita a plena liberdade de testar que terá sido exercida pelo falecido em favor de terceiros. Não está naturalmente em causa qualquer automatismo, mas, dentro do respeito pela «interpretação estricte» e dentro do quadro de excecionalidade que o Tribunal de Justiça recordou na decisão *Krombach*<sup>41</sup>, não se vê como recusar a possibilidade de admitir neste contexto o funcionamento desta cláusula geral.

É claro que, sendo este o quadro em que entendemos que a nossa análise deve ter lugar, pouco mais poderemos acrescentar nesta circunstância à referida crença de que o jogo da exceção de ordem pública internacional não poderá deixar de, neste contexto, ser considerado, sem se poder na verdade ir mais longe quanto aos resultados a que a respetiva análise deverá conduzir<sup>42</sup>. Mas tal não nos parece excluir a pertinência das considerações atrás expendidas, que poderão possivelmente ser úteis para quem possa vir a ter de se defrontar com o julgamento de uma situação concreta em que a questão que nos ocupou seja colocada.

É com esta síntese do sentido e alcance da contribuição que julgámos poder trazer ao debate ora aberto sobre Património, Sucessão,

---

<sup>41</sup> Acórdão de 28 de março de 2000, *Dieter Krombach contra André Bamberski*, C-7/98, *Colecção*, 2000, pp. I-1956-1973, ponto 21 [sobre esta decisão, cfr. Ramos (2000, pp. 25-39)]. A circunstância de no acórdão citado estar em causa uma interpretação de um texto de direito convencional (e não de direito próprio da União), bem como de a cláusula em questão ser aplicada num contexto de conflito de jurisdições (e não de conflito de leis) não prejudica a transposição das considerações a este respeito produzidas pelo Tribunal.

<sup>42</sup> Para além da reforçada convicção de que, quer pelo quadro de considerações que o Tribunal de Justiça já produziu a este respeito (e cfr. *supra*, o local citado na nota anterior), quer pelo peso acrescido reconhecido ao princípio da autonomia das partes, quer pela reponderação de que o instituto da reserva hereditária não tem deixado de ser objeto, será sempre muito reduzido (ainda que ineliminável) o espaço da sua atuação.

Autonomia que, antecipando desde já o relevo das conclusões que dele se poderão esperar, queríamos agradecer a atenção com que nos escutaram.

## Referências

- AMAYUELAS, ESTHER ARROYO / AMORÓS, ESTHER FARNÓS. (2016). «Nuevas causas de privación de la legítima: Más libertad para el testador?», in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Coordenação: Helena Mota e Maria Raquel Guimarães). Coimbra: Almedina, pp. 465-480.
- ANCEL, BERTRAND. (2018). «Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français». *Rev. crit. DIP*, janvier-mars, pp. 87-98.
- BELLEROUCHE, DIANE LE GRAND DE. (2021). «Contre le retour du droit de prélèvement en droit français: une vue de la pratique du droit international». *Rev. crit. DIP*, avril-juin, pp. 303-309.
- BENDELA, ESTHER. (2018). «Note». *Journal de Droit International*, 145, 1, pp. 113-124.
- BONOMI, ANDREA. (2011). «Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?», in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 19<sup>e</sup> année, 2008-2010. Paris: Éditions Pedone, pp. 263-292.
- BONOMI, ANDREA E WAULETEL, PATRICK (Avec la collaboration d'Ilaria Pretelli et Azadi Ozturk). (2013). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*. Bruxelles: Bruylant.
- BUCHER, ANDREAS. (1993). «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 239-II, pp. 11-116.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE / CAMPOS, MÓNICA LEITE DE. (2017). *Lições de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, A. FERRER. (2002). «Contribuição para uma história da Fundação Calouste Gulbenkian», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. I – *Direito Privado e Vária*. Coimbra: Almedina, pp. 755-788.
- DAVI, ANGELO / ZANOBETTI, ALESSANDRA. (2014). *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*. Torino: G. Giappichelli editore.
- DIAS, CRISTINA ARAÚJO. (2016). «A protecção sucessória da família: notas críticas em torno da sucessão legitimária», in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Coordenação: Helena Mota e Maria Raquel Guimarães). Coimbra: Almedina, pp. 449-463.
- DOLINGER, JACOB. (1979). *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro.

- DORNER / LAGARDE. (2002). *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*. Rapport Final: Synthèse et Conclusions 18 septembre/8 novembre 2002, délivré par DeutschesNotarinstitut.
- EGÉA, VINCENT. (2022). «Les effets de la loi du 24 août 2021 sur le droit civil», *Revue du Droit des Religions*. 13, pp. 75-91.
- GARCIA, TEODORA F. TORRES. (2009). «La Legítima en el Código Civil», in *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)* [Santiago Álvarez González (ed.)]. Santiago de Compostela: Imprenta Universitaria, pp. 297-321.
- GONZÁLEZ, SANTIAGO ÁLVAREZ. (2011). «Las Legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, pp. 369-406.
- IBÁÑEZ, CARMEN HERNÁNDEZ. (2016). «La sucesión del cónyuge viudo en el código civil español: una cuestión a resolver», in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Coordenação: Helena Mota e Maria Raquel Guimarães). Coimbra: Almedina, pp. 415-432.
- JOUBERT, NATALIE. (2021). «Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode?». *Rev. crit. DIP*, avril-juin, pp. 322-332.
- LAGARDE, PAUL. (2021). «Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire». *Rev. crit. DIP*, avril-juin, pp. 291-295.
- LUELMO, ANDRÉS DOMÍNGUEZ. (2016). «La transmisión unitaria del patrimonio familiar en el código civil español y el problema de las legítimas», in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Coordenação: Helena Mota e Maria Raquel Guimarães). Coimbra: Almedina, pp. 399-413.
- MACHADO, BAPTISTA. (1982). *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.
- MARIANO, JOÃO CURA. (2019). «A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, v. I – *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, pp. 745-769.
- PASSINHAS, SANDRA. (2019). «A sucessão legitimária em Portugal e a excepção de ordem pública internacional: breves considerações», in *Insights and Proposals related to the Application of the European Succession Regulation 650/2012* [a cura di Sara Landini]. Giuffrè, pp. 295-311.
- PATAUT, ÉTIENNE. (2010). «L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen [COM(2009)154]».

- PÉRÈS, CÉCILE. (2021). «Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République». *Rev. crit. DIP*, avril-juin, pp. 296-302.
- PERRIELO, LUCA ETTORE. (2019). «Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012», in *Insights and Proposed related to the Application of the European Succession Regulation 650/2012*, [a cura di Sara Landini]. Giuffrè, pp. 371-403.
- PICONE, PAULO. (1998). *La riforma italiana del diritto internazionale privato*. Padova: Cedam.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2017). *Direito das Sucessões Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL.
- PINHEIRO, LIMA. (2019). «A ordem pública internacional: hoje». *RDC IV*, 1, pp. 47-57.
- PINHEIRO, LIMA. (2015). *Direito Internacional Privado*, v. II – *Direito de Conflitos*. Parte Especial, 4.<sup>a</sup> edição refundida. Coimbra: Almedina.
- RAMACIOTTI, SUZEL. (2021). «Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles». *Rev. crit. DIP*, avril-juin, pp. 310-321.
- RAMOS, MOURA. (1998). «L'Ordre Public International en Droit Portugais», in *Boletim da Faculdade de Direito*, t. LXXIV, pp. 45-62.
- RAMOS, MOURA. (2000). «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice». *2 Yearbook on Private International Law*, pp. 25-39.
- RAMOS, MOURA. (2014). «Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne. Premières Réflexions», in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati* (a cura di Bernardo Cortese). Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 205-235.
- RAMOS, MOURA. (2020). «Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1.<sup>a</sup> Secção) de 16 de maio de 2018». *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 149.<sup>o</sup> (janeiro-fevereiro), n.<sup>o</sup> 4020, pp. 210-247.
- ROSENAU, VINCIANE. (2016). «Le règlement successoral européen à l'aune de la réserve successorale». *Revue trimestrielle de droit familial*, 1, pp. 11-47.
- ROUSSEAU, ELIZABETH. (2020). «La réserve héréditaire. Réflexions sur l'autorité d'une institution du droit français». *Droit Prospectif. Revue de la Recherche Juridique*.
- SANTOS, MARQUES DOS. (1998). «Lei aplicável a uma sucessão por morte aberta em Hong Kong». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 39, pp. 115-134.

- SORIANO, MIGUEL VIRGÓS / PINEAU, ELENA RODRÍGUEZ. (2004). «Succession Law and Renvoi: The Spanish Solution», in *Festschrift für Erik Jayme*, v. I. München: Sellier. European Law Publishers, pp. 977-992.
- VAN BOXTAEL, JEAN-LOUIS. (2016). «La réserve est-elle d'ordre public international?». *Revue du Notariat Belge*, n.º 3109, pp. 563-567.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, PASCAL DE. (2015). «L'Exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 371, pp. 155-272.
- XAVIER, RITA LOBO. (2016). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, RITA LOBO. (2022). «Reintegração da legítima de descendente dela privado por força da lei aplicável a sucessão internacional por meio de bens incluídos na herança situados em França – como os irredutíveis gauleses resistem ao Regulamento Europeu das Sucessões». *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LXII (XXXVI da 2.ª Série), n.º 1-4 (janeiro-dezembro), pp. 79-94.
- XAVIER, RITA LOBO. (2022-2023). «Planeamento sucessório e famílias globais – Regulamentos europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório», in *XXII Congreso Mundial de Derecho Registral, 22st World Land Registration Congress*, Oporto, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, pp. 543-560.
- XAVIER, RITA LOBO. (2016). *Manual de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, RITA LOBO / COUTINHO, PEDRO. (2020). «Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão *mortis causa* – abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspectiva do interesse colectivo», in *Constitucionalismos e (con)temporaneidade - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, [Rita Lobo Xavier & Outros (eds.)]. Porto: Universidade Católica Editora, pp. 693-715.

# Autonomia do maior acompanhado, direito sucessório e substituição quase-pupilar

DANIEL MORAIS\*

**Abstract:** Considering the enormous change in paradigm, because of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, from 2008, in this paper we focus mainly on the situation where disabled persons are unable to make a will. Is the possibility of representation of these persons, by their parents, in making a will – resulting from articles 2297 to 2300 of the Portuguese Civil Code – compatible with the new paradigm or should the so called “quasi-pupilar substitution” be revoked from Portuguese Law (as it happened recently in the Spanish Civil Code)? We answer the question affirmatively, although proposing some legal changes in the existing rules. On the other hand, we consider the possibility of a disabled person making a will accompanied by another person inadmissible according to the new paradigm.

**Keywords:** Disabled persons autonomy; Testamentary freedom; Quasi-pupilar substitution; Representation; Succession Law.

**Sumário:** 1. Capacidade diminuída: um novo paradigma. 2. A capacidade de testar do maior acompanhado e as preocupações em torno da sua proteção nesse âmbito. 3. O regime do maior acompanhado e o exercício do direito de suceder em situações anteriormente não contempladas (estado de coma). 4. Situações de incapacidade de testar do maior acompanhado: a substituição quase-pupilar. 5. Da impossibilidade de o tribunal conferir autorização ao acompanhante para exercer o direito de testar em nome do maior acompanhado: referência jurisprudencial.

---

\* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

6. A relevância da substituição quase-pupilar na sociedade portuguesa contemporânea. 7. Problemas de compatibilidade entre as formas de suprimento da incapacidade de testar e o novo paradigma em matéria de capacidade diminuída: a substituição quase-pupilar, os *statutory wills* e os testamentos realizados pelo maior acompanhado «com apoio» (?). 8. Proposta de reforma da substituição quase-pupilar e da substituição pupilar no direito português.

## 1. Capacidade diminuída: um novo paradigma

I. Até 2018, o ordenamento jurídico português contemplava as figuras da interdição (arts. 138.º e ss.<sup>1</sup>) e da inabilitação (arts. 152 e ss.), que permitiam que a capacidade de exercício de direitos fosse limitada, atendendo ao interesse do incapaz. A situação da pessoa era avaliada, sendo judicialmente decretada a interdição ou a inabilitação e nomeado um tutor para substituir o incapaz na prática dos atos ou um curador para o auxiliar nessa prática. No entanto, com a mudança dos tempos alteraram-se, igualmente, os paradigmas, não se considerando, hoje, sequer adequada a referência ao termo deficiência, sendo de preferir a designação de «pessoa com capacidade diminuída».

O regime legal da interdição e da inabilitação vinha sendo criticado, há muito, pela sua rigidez e pelo seu carácter estigmatizante. Os processos respetivos eram também morosos e com custos elevados. Mais do que «um fato por medida» estávamos perante um conjunto de medidas uniformes, «de tamanho único», por assim dizer, que não atendiam à situação concreta da pessoa em causa e que se projetavam, não só no plano patrimonial, mas também no plano pessoal.

Na inabilitação, visava-se, fundamentalmente, a proteção do património do incapaz e não a sua pessoa. Por outro lado, na interdição a proteção do incapaz verificava-se através da tutela, que era inspirada na tutela enquanto forma de suprimento do poder paternal, caracterizada pela rigidez. Em ambas não se valorizava suficientemente a vontade do incapaz, ainda que diminuída (PINHEIRO, 2020, p. 372). Não seria, pelo contrário, de optar por uma solução que valorizasse mais a autonomia

---

<sup>1</sup> Todos os preceitos mencionados no texto sem indicação da respetiva fonte pertencem ao Código Civil português.

da pessoa com capacidade diminuída, respeitando o máximo possível os seus direitos fundamentais?

II. No âmbito do casamento, por exemplo, a interdição e a inabilitação, assim como a demência notória, constituíam impedimentos dirimentes absolutos ao casamento (art. 1601.º/b), o que significava que o casamento celebrado pelos interditos e pelos inabilitados seria anulável (art. 1631.º/a), por estes carecerem de capacidade para contrair casamento (art. 1600.º), tendo a anulação de ser decretada em ação especialmente intentada para esse fim (art. 1632.º). A legitimidade para intentar ou prosseguir a ação caberia aos cônjuges, a qualquer parente deles na linha reta ou até ao 4.º grau na linha colateral, aos herdeiros e adotantes dos cônjuges e também ao Ministério Público. A competência deste último demonstrava que estavam em causa interesses públicos e não interesses meramente particulares.

Na doutrina também este regime era considerado demasiado rigoroso, tendo em conta que as anomalias psíquicas não são «integral e sistematicamente transmitidas por via hereditária» e na medida em que «o casamento, enquanto acto, se projecta sobretudo na esfera pessoal das partes», não sendo «completamente incompatível com uma anomalia psíquica que influa apenas na capacidade de administração dos bens, como é aquela que constitui causa de inabilitação». Por isso, atendendo às diversas manifestações de demência existentes, «seria, pelo menos, adequada uma alteração legal que permita àqueles que sofrem de demência *de direito* ou *de facto* notória e habitual contraírem validamente casamento, quando seja judicialmente apurado que a perturbação mental não impede a vida conjugal». A solução em vigor antes de 2018 criava a suspeita de «uma restrição inconstitucional dos direitos do cidadão portador de deficiência mental (cf. arts. 71.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP)» (PINHEIRO, 2016, pp. 335-336).

III. «A evolução da estrutura social, a consciência da gravidade que os remédios referidos [interdição e inabilitação] comportam para o incapaz e a influência de instrumentos de direito internacionais ditaram que, paulatinamente, se fosse questionando a bondade da solução consagrada no Código Civil», num processo que teve reflexos, primeiro na doutrina e, logo depois, no âmbito político (BARBOSA, 2021, p. 12) e que

culminou na aprovação da Lei n.º 49/2018<sup>2</sup>, de 14 de agosto. Esta lei introduziu um novo paradigma em matéria de incapacidade na ordem jurídica portuguesa, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação por influência e no respeito da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (doravante CDPD), adotada pela ONU e que entrou em vigor em 3 de maio de 2008<sup>3</sup>.

Assim se respondeu às dificuldades provocadas pelo regime anterior, no que se refere à rigidez relativa aos fundamentos das incapacidades, que não abrangiam as situações de incapacidade temporária. Por outro lado, a interdição poderia pôr em causa o princípio da proporcionalidade, por não atender às capacidades, ainda que residuais, da pessoa, devido ao seu carácter genérico, abrangendo todos os negócios jurídicos. Na prática, a inabilitação conduzia a um resultado semelhante. Acresce que nem a vontade do interdito nem a vontade do inabilitado era relevante para a determinação da pessoa que os iria representar ou assistir. Para além destes aspetos, as medidas em causa não promoviam a integração do maior acompanhado, e centravam-se fortemente nos aspetos patrimoniais, mas revelando-se insuficientes e inadequadas relativamente à sua esfera pessoal (BARBOSA, 2021, pp. 39-42). Como referimos anteriormente, mais do que uma preocupação com a pessoa do incapaz e com a sua vontade, a atuação do representante legal visava a conservação do património do interdito.

Procura-se, agora, preservar o mais possível a autonomia da pessoa com capacidade diminuída, partindo-se de uma ideia de capacidade, e procurando garantir-lhe os apoios necessários para que esta exerça tal capacidade; de um modelo de *substituição*, transitou-se para um modelo de *apoio*. Após a aprovação do regime jurídico do maior acompanhado na ordem jurídica portuguesa, Portugal encontra-se, finalmente, em sintonia com a referida CDPD. A aprovação desta convenção traduz-se na reafirmação dos direitos das pessoas com deficiência como uma questão

---

<sup>2</sup> A Proposta de Lei 110/XIII que esteve na origem da Lei n.º 49/2018, baseou-se em dois estudos, entretanto publicados: Cordeiro, Monteiro e Sousa (2018, pp. 687-740) e Cordeiro (2018, pp. 473-554).

<sup>3</sup> Em Portugal, a Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30/07, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 7/2009, da mesma data.

de direitos humanos, que lhes são reconhecidos no respeito pela sua dignidade. Deste modo, não são criados novos direitos, mas reafirmados os já existentes no contexto particular em causa (CARVALHO, 2023).

IV. Fundamental para a compreensão do novo paradigma em matéria de capacidade é o art. 12.º da CDPD que determina o seguinte:

1 – Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica em qualquer lugar.

2 – Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspetos da vida.

3 – Os Estados Partes tomam medidas apropriadas para providenciar acesso das pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica.

4 – Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efetivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afetam os direitos e interesses da pessoa.

5 – Sem prejuízo das disposições do presente artigo, os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar a igualdade de direitos das pessoas com deficiência em serem proprietárias e herdarem património, a controlarem os seus próprios assuntos financeiros e a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e asseguram que as pessoas com deficiência não são, arbitrariamente, privadas do seu património.

Resulta claramente deste preceito o paradigma da capacidade universal do qual decorre o abandono dos modelos de substituição em prol de modelos de apoio. De qualquer forma, existe alguma ambiguidade na sua redação, visto que não se verifica uma renúncia clara aos modelos de substituição, o que deixa uma margem larga de conformação legislativa pelos seus aplicadores (VÍTOR, 2020, p. 128). No entanto, o preceito não implica o afastamento de todas as formas de representação, o que pode acontecer em situações mais extremas (v.g., nas situações de estado de coma). No entanto, quando a tomada de decisão cabe ao acompanhante, deve pautar-se pela vontade e preferências da pessoa e, não sendo possível determinar essa vontade, pela melhor interpretação da mesma e não pelos melhores interesses do maior acompanhado, objetivamente considerados, o que se traduziria no retorno a um modelo de substituição que a CDPD pretende afastar.

Na lei portuguesa, o art. 145.º/2/e nos termos do qual o tribunal pode cometer ao acompanhante «intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas», que deveriam constituir «o núcleo do acompanhamento, uma vez que é no seu âmbito que devemos incluir os deveres de cuidado, os atos de apoio ao processo decisório, que potenciem a autonomia do acompanhado e os atos que visem a satisfação das necessidades do acompanhado, bem como o afastamento de situações de perigo em que este se encontre». No mesmo sentido, a concessão de poderes de representação especial, nos casos em que isso seja especialmente justificado também respeitará o novo modelo, se for orientado pela vontade e preferências do maior acompanhado. No entanto, isso já não acontece na hipótese de serem concedidos poderes de representação gerais, ao que acresce que o padrão resultante do art. 146.º do CC para a atuação do acompanhante é a «diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada», o que pode ser diverso dos desejos do acompanhado (VÍTOR, 2020, pp. 132-133).

V. Ainda na nossa ordem jurídica, o art. 138.º do CC que dispõe o seguinte: «o maior impossibilitado, por razões de saúde, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código».

Segundo BARBOSA (2021, pp. 55-57) do preceito mencionado se retira que existem requisitos de carácter objetivo e subjetivo para que o acompanhamento possa ser decretado. Relativamente aos primeiros, terá de se tratar de um maior impossibilitado de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou cumprir os seus deveres, ou seja, impossibilitado de se autodeterminar neste âmbito. Por outro lado, a lei não exige que essa impossibilidade seja duradoura e habitual, podendo o acompanhamento ser decretado em relação a um domínio da vida do beneficiário embora não se trate do suprimento de uma incapacidade para a prática de um ato pontual. Exige-se, por isso, alguma constância, embora seja possível que o acompanhamento seja decretado relativamente a situações transitórias, como no internamento subsequente a um acidente, tratamento ou intervenção cirúrgica, que deixa a pessoa impossibilitada de exercer os seus direitos durante um período de tempo, mesmo que curto, como um estado de coma transitório, segundo o exemplo apontado pela mesma autora. O requisito objetivo prende-se com o facto de a impossibilidade de exercer os direitos ou cumprir os deveres resultar de razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário, o que inclui patologias de ordem física, bem como mental. Verifica-se, por isso, um alargamento relativamente aos fundamentos da interdição e da inabilitação.

Segundo BARBOSA, (2021, pp. 31-53) as medidas de acompanhamento regem-se pelo princípio da subsidiariedade, conforme resulta do art. 140.º que estabelece que o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, com as exceções determinadas na sentença. Por outro lado, a medida de acompanhamento não terá lugar se o seu objetivo for garantido através de deveres gerais de cooperação e de assistência aplicáveis no caso. Procura-se, deste modo, salvar a vontade do sujeito, pelo que o acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante sua autorização, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou pelo Ministério Público sem necessidade de autorização neste último caso. A autorização pode ser suprida quando a pessoa não a possa dar livre e conscientemente ou quando existir para isso um motivo atendível.

Ainda na mesma linha de ideias de respeito pela autonomia da pessoa, sendo designado judicialmente, o acompanhante é escolhido pelo

acompanhado ou pelo seu representante legal (art. 143.º/1). A referência ao representante legal da pessoa, prende-se com a possibilidade de o acompanhamento ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta (art. 142.º). Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido à pessoa que melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário, designadamente as pessoas elencadas no art. 143.º/2.

Aponta a mesma autora que o acompanhamento é, ainda, caracterizado pelo princípio da necessidade, visto que se limita ao necessário, nos termos do art.145.º/1. Também é este princípio que justifica que o acompanhamento cesse ou seja modificado quando cessarem as causas que o justificaram ou quando tais causas se alterarem, respetivamente (art. 149.º). Pela mesma razão se exige que haja uma revisão periódica das medidas de acompanhamento.

## **2. A capacidade de testar do maior acompanhado e as preocupações em torno da sua proteção nesse âmbito**

De acordo com o novo regime, a regra geral é a de que o maior acompanhado pode exercer livremente os seus direitos pessoais (art. 147.º/1), constando do art. 147.º/2 uma enumeração exemplificativa desses atos, na qual se inclui o direito de testar (bem como o direito de casar, supra-mencionado). No Direito Sucessório, a preocupação com a proteção do maior acompanhado, que se encontra na ordem do dia, reflete-se, desde logo, na proteção dessa liberdade.

As formas de proteção da liberdade testamentária do maior acompanhado reconduzem-se aos mecanismos de proteção de liberdade de testar em geral. Como meio de o proteger, neste âmbito, temos as próprias regras quanto à forma do testamento (arts. 2204.º e ss.), sendo este um negócio solene, o mesmo se podendo dizer relativamente à sua livre revogabilidade (art. 2179.º), que não pode ser objeto de renúncia (art. 2311.º). Para atender às legítimas preocupações quanto ao exercício da liberdade de testar do acompanhado é, também, importante atender ao art. 2034.º, al. c), que determina que são incapazes por motivo de indignidade aqueles que por meio de dolo ou coação induziram o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediram.

Recorde-se, ainda, que é anulável a disposição testamentária determinada por coação moral ou dolo (art. 2201.º). Próxima da coação encontra-se a situação de aproveitamento do estado de necessidade (usura). Embora não se encontre contemplada nas regras relativas à falta e vícios da vontade do testador, a doutrina admite a aplicação do regime geral, sendo o art. 282.º aplicável ao testamento (PINHEIRO, 2022, pp. 118 e MORAIS, 2019a, p. 95), no mesmo sentido se pronunciando a nossa jurisprudência<sup>4</sup>. No entanto, existem posições na doutrina em sentido contrário (LEITÃO, 2021, p. 227).

Visando, ainda, a proteção da liberdade testamentária, o art. 2192.º estabelece a nulidade da disposição testamentária feita por maior acompanhado a favor do acompanhante, ainda que estejam aprovadas as respetivas contas. Tal nulidade não se verificará, no entanto, quando estejam em causa descendentes, ascendentes, colaterais até ao terceiro grau, cônjuge do testador ou pessoa com quem este viva em união de facto. O mesmo regime se aplica às doações, *ex vi* do art. 953.º

Na mesma linha de proteção da liberdade de testar do maior acompanhado, tenha-se presente o art. 2199.º, que determina a anulabilidade do testamento feito por quem se encontrava incapacitado de entender o sentido da sua declaração ou não tinha o livre exercício da sua vontade por qualquer causa, mesmo que transitória. Um aspeto digno de nota é o de que a incapacidade acidental assume particular importância relativamente ao negócio testamentário, visto que a incapacidade de testar só

---

<sup>4</sup> Neste sentido, atendendo ao seu carácter ilustrativo, cfr. o acórdão do TRP de 08/07/2015, Proc. n.º 1579/14.5TBVNG.P1 (Relatora: Ana Paula Amorim) em que a decisão foi a seguinte: «I – O regime jurídico dos negócios usurários previsto no art. 282º/1 CC é aplicável a qualquer tipo de negócio jurídico, designadamente aos negócios jurídicos unilaterais, como é o caso das disposições testamentárias. II – Configura um negócio jurídico usurário, nos termos do art. 282º/1 CC, a consciência e o aproveitamento pelo cuidador, que prestou assistência durante cerca de dois anos, da situação de inferioridade em mulher, viúva, com 75 para 77 anos, doente e dependente dos cuidados de terceira pessoa para a satisfação das necessidades básicas da vida (sofreu amputação do membro inferior direito, hemiparésia esquerda, mastectomia por carcinoma da mama direita), com algumas limitações cognitivas, sem ascendentes vivos e sem descendentes, a quem o cuidador impediu as visitas de familiares e amigos e que neste quadro vem a falecer, depois de dispor de todo o seu património a favor desse cuidador, sem causa justificativa.» Todos os acórdãos mencionados no texto encontram-se disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

se verifica nos casos de menoridade e quando a sentença de acompanhamento o determine (art. 2189.º).

A incapacidade acidental pode cobrir, além de situações transitórias de incapacidade (devidas, p. e., ao consumo de álcool ou de estupeficientes), situações permanentes de incapacidade (v.g., demência notória e estados que tenham levado a que fosse decretado o acompanhamento sem o estabelecimento de limitação à capacidade de testar).

### **3. O regime do maior acompanhado e o exercício do direito de suceder em situações anteriormente não contempladas (estado de coma)**

Não resulta do regime do maior acompanhado uma taxatividade dos fundamentos do acompanhamento, tendo o legislador prescindido dos requisitos da habitualidade e durabilidade, embora se exija uma certa constância da situação que o determina. Deste modo, pode concluir-se que o acompanhamento pode ser determinado por uma situação de estado de coma transitório, que tenha resultado de uma intervenção cirúrgica, por exemplo, como foi referido.

Para além deste alargamento, estão incluídas situações que já eram contempladas no regime anterior: esquizofrenias, depressões, psicoses maníaco-depressivas, doenças senis, demências pré-senis, etc. Pelo contrário, serão residuais as situações de cegueira e surdez-mudez que justifiquem o acompanhamento, na medida em que tais situações não implicam, normalmente, uma limitação do sujeito em termos volitivos e cognitivos (BARBOSA, 2021, p. 57).

Como é sabido, a abertura da sucessão dá-se no momento da morte do seu autor (art. 2031.º). É, então, determinado o mapa dos sucessíveis do *de cuius*, ou seja, os sujeitos a quem será atribuído o direito de suceder, que estes podem exercer, aceitando ou repudiando a herança. *Quid iuris* numa situação em que um sujeito em estado de coma transitório é chamado a uma herança, não se encontrando em situação de a aceitar ou repudiar?

Salvo melhor opinião, até à aprovação do regime do maior acompanhado a situação em causa não se encontrava contemplada na nossa ordem jurídica. Devido ao seu carácter transitório, não se podia recorrer ao regime da interdição e da inabilitação. Diferente seria, eventualmente, o caso, se a situação se prolongasse por um considerável período

de tempo. De qualquer forma, era necessário demonstrar que a pessoa não conseguiria recuperar do estado de coma, o que poderia ser difícil. Por outro lado, no plano sucessório, o estado de coma não configura uma situação de «não poder aceitar a herança», com vista ao funcionamento das vocações indiretas, a saber, o direito de representação (art. 2039.º), o direito de acrescer (arts. 2137.º/2 e 2301.º e ss.) e a substituição direta (art. 2281.º) (PINHEIRO, 2022, p. 251).

A não ser que a pessoa em estado de coma falecesse (o que determinaria a transmissão do direito de suceder), como resolver o problema enquanto a situação se pudesse considerar «transitória»? Era um problema clássico a que o anterior regime não parecia dar uma resposta adequada.

Poderiam os restantes herdeiros recorrer à *actio interrogatoria*, prevista no art. 2049.º, com vista à notificação do sujeito para declarar se aceitava ou repudiava a herança? E nesta ação dar-se-ia a nomeação de um curador especial, por estar em causa uma pessoa impossibilitada de receber a citação por motivo grave (art. 20.º/1 do CPC)? Solução rebuscada e dificilmente adequada a garantir a proteção necessária do sucessível em estado de coma. Somente se poderia recorrer a um processo de interdição ou inabilitação se a situação se mantivesse por um espaço de tempo considerável. E quanto tempo seria necessário? E isto admitindo que se tratava de uma anomalia psíquica, o que não era claro. A situação da pessoa em estado de coma era, sem dúvida, ambígua.

Em caso de interdição ou inabilitação, se o sujeito recuperasse do estado de coma com as suas faculdades intactas, teria de requerer o levantamento das medidas em causa, o que também poderia não ser simples. Acresceria a dificuldade de administrar o património da pessoa em causa, se houvesse necessidade urgente de tomar medidas, na ausência de um mandato em previsão da situação de incapacidade.

Este exemplo demonstra a flexibilidade do novo regime que se contrapõe à rigidez do regime anterior. Acresce que, de acordo com o regime do maior acompanhado, o tribunal deve rever as medidas de acompanhamento segundo a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos (art. 155.º).

#### 4. Situações de incapacidade de testar do maior acompanhado: a substituição quase-pupilar<sup>5</sup>

I. Ainda que, por via de regra, o maior acompanhado mantenha a sua capacidade de testar, a sentença de acompanhamento pode decretar o contrário (art. 2189.º). Neste caso, a lei estabelece formas de suprimimento dessa incapacidade através da substituição pupilar e quase-pupilar.

Normalmente, a doutrina aponta estes institutos como exceções ao carácter pessoal do testamento (XAVIER, 2022, p. 165). Como já tivemos oportunidade de afirmar noutros textos, em nossa opinião, o instituto da substituição quase-pupilar (art. 2298.º) constitui uma exceção *sui generis* ao carácter pessoal do testamento (art. 2182.º) (MORAIS, 2023a, p. 437 e 2023b, p. 87). De facto, resulta do art. 2297.º que os progenitores que não estejam inibidos total ou parcialmente das responsabilidades parentais têm a faculdade de substituir aos filhos os herdeiros e legatários que entenderem, para o caso de os mesmos filhos falecerem antes de perfazer os dezoito anos de idade, o que se designa substituição pupilar. Por outro lado, através da substituição quase-pupilar, a mesma faculdade é reconhecida aos progenitores sem distinção de idade, no caso de o filho ser incapaz de testar em consequência de uma sentença de acompanhamento (art. 2298.º). A substituição quase-pupilar é igualmente designada substituição «exemplar» ou «justinianeia», porque foi criada pelo imperador Justiniano, a exemplo da substituição pupilar (*exemplo pupillaris substitutionis*).

A substituição pupilar e a substituição quase-pupilar só podem ter por objeto os bens que o substituído haja adquirido por via do testador, ainda que os haja adquirido a título de legítima (art. 2300.º), abrangendo tanto os bens adquiridos em vida, através de doação, quanto os adquiridos *mortis causa* (FERNANDES, 2012, p. 460 e CORTE-REAL, 2012, p. 98).

A substituição caduca se, ao maior acompanhado, sobreviverem descendentes ou ascendentes (art. 2298.º/2), bem como no momento em que cessa a limitação resultante da sentença de acompanhamento

---

<sup>5</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o regime da substituição quase-pupilar, cfr. MORAIS (2022, pp. 368-470), (2023a, pp. 435-476) e (2023b, pp. 85-127). O presente texto constitui, em certos pontos, um desenvolvimento dos estudos anteriormente realizados sobre o tema, em particular, no que se refere à possibilidade de uma reforma do instituto em causa.

(art. 2298.º/2), mesmo que aquele que readquire a capacidade de testar não faça qualquer testamento. Também se deve entender que a caducidade se verifica se se tornar conhecido um testamento feito pelo maior acompanhado numa data anterior à data da sentença de acompanhamento, atendendo à natureza jurídica da substituição quase-pupilar (GONÇALVES, 1935, p. 139).

O STJ entende que a substituição quase-pupilar só poderá operar se já exista uma sentença de acompanhamento no momento em que o testamento é realizado<sup>6</sup>. Trata-se de uma posição que nos suscita algumas reservas e que não nos parece consentânea com a proteção do maior acompanhado que subjaz ao instituto.

Por último, e para completar o regime legal aplicável ao instituto em análise, o art. 2299.º determina a conversão da substituição pupilar em quase-pupilar, se estiverem preenchidos os respetivos pressupostos, o que permite que a substituição continue a produzir os seus efeitos após a maioria do filho e aponta para a proximidade de ambas as figuras no que se refere à sua natureza jurídica (ASCENSÃO, 2000, p. 51).

II. Não nos querendo alongar na temática da natureza jurídica da substituição pupilar e da substituição quase-pupilar, que gera diversas dúvidas fruto de um regime contraditório, que ora parece remeter para a sucessão dos progenitores, ora para a sucessão do respetivo filho, digam-se somente duas coisas:

*a)* relativamente à substituição pupilar «é, em todo o caso, inadequado o seu tratamento em sede de capacidade testamentária», visto que «o regime deste instituto situa-o, na verdade, longe de uma *simples* função de suprimento da incapacidade testamentária activa dos menores e dos interditos», considerações que valem, igualmente, para a substituição quase-pupilar (FERNANDES, 2012, pp. 457 e 461).

---

<sup>6</sup> Cfr. o acórdão do STJ de 10/01/2006, Proc. n.º 3743/05 (Relator: Ribeiro de Almeida). Sumário disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/sumarios-civel-2006.pdf> (consultado a 13/10/2022). O acórdão reporta-se à sentença de interdição, embora a ideia veiculada no texto seja a mesma.

b) «aceitando que o substituto sucede ao filho, a capacidade sucessória tem de verificar-se relativamente a este. Aceitando que o substituto herda do testador, a capacidade sucessória relevante é em face do testador» (OLIVEIRA, 2001, p. 190).

III. Tendo em conta que, na substituição quase-pupilar, os interesses dos progenitores também são tidos em conta (cf. art. 2300.º), entendemos que estes não têm necessariamente de ser acompanhantes para poderem exercer a faculdade de se substituir ao acompanhado na realização do seu testamento, visto que não estamos perante uma forma pura de suprimimento de uma incapacidade. Trata-se de uma posição defendida por uma parte da doutrina (SOUSA, 2000, p. 227, nota 544), embora alguns autores manifestem a sua discordância (PINHEIRO, 2022, p. 104). De qualquer forma, tal faculdade não deve ser reconhecida aos progenitores se, antes da maioridade do acompanhado, foram total ou parcialmente inibidos das responsabilidades parentais. Por isso, em suma, basta que os progenitores sejam idóneos (v.g., podem ser afastados como acompanhantes somente devido à sua idade, sendo, ainda assim, idóneos).

O aspeto supramencionado aponta no sentido de que a substituição poderá funcionar se o acompanhante for o cônjuge, visto que a sua sobrevivência não implica a caducidade da substituição quase-pupilar. Nenhum motivo existe para que assim seja (LEITÃO, 2021, p. 212). Em nossa opinião, trata-se de um instituto que funciona numa lógica de troncalidade, procurando-se garantir que os bens dos progenitores permanecem no respetivo tronco familiar. Neste sentido aponta a limitação do art. 2300.º anteriormente mencionada. Por isso, o facto de o cônjuge ter sido «elevado» a herdeiro legítimo, em 1977, não implica que a sua sobrevivência determine a caducidade da substituição, embora alguns autores defendam o contrário (CORTE-REAL, 2012, p. 98 e Sousa, 2000, p. 226, nota 543).

## **5. Da impossibilidade de o tribunal conferir autorização ao acompanhante para exercer o direito de testar em nome do maior acompanhado: referência jurisprudencial**

I. Alguns acórdãos bastante recentes demonstram que, embora os contornos da substituição quase-pupilar sejam frequentemente desconhecidos pela maioria das pessoas, incluindo juristas (tal como, aliás, o próprio instituto) esta ganhou novo vigor com a aprovação do regime do maior acompanhado. Nos acórdãos em causa os tribunais tiveram de se pronunciar sobre a pedidos de autorização por parte dos acompanhantes para exercerem o direito de testar em nome do maior acompanhado, o que demonstra claramente esse desconhecimento.

Atente-se, em primeiro lugar, no acórdão do TRL, de 13/01/2022, Proc. n.º 4106/11.2TCLRS-B.L1-8 (Relatora: Cristina Lourenço). De forma muito resumida, tratava-se de uma situação em que a autorização referida foi solicitada por um pai, que era acompanhante do seu filho. O acompanhante invocou o disposto no art. 26.º/5 da Lei n.º 49/2018, que prevê a possibilidade de o juiz autorizar a prática de atos pessoais, direta e livremente, mediante requerimento justificado. No entanto, o preceito reporta-se à autorização para a prática de atos pelo próprio acompanhado e não pelo acompanhante, como não deixou de considerar o tribunal.

Por outro lado, o carácter pessoal do testamento (artigo 2182.º) opor-se-ia a que o maior acompanhado fosse representado no exercício do seu direito de suceder. Por isso, este direito não consta do elenco dos atos relativamente aos quais o acompanhante deve solicitar prévia autorização judicial, em representação do acompanhado, o que retira de uma leitura conjugada dos artigos 145.º, 1938.º/1 e 1889.º/1. A conclusão, por isso, não poderia ser outra senão a da impossibilidade de o tribunal autorizar o requerente a outorgar testamento em representação do filho/acompanhado.

II. No mesmo acórdão do TRL, o progenitor referido era co-herdeiro, juntamente com o seu filho, na herança da sua esposa (mãe do maior acompanhado), cabendo a cada um metade da mesma. Por outro lado, o acompanhante era o único herdeiro do maior acompanhado. Pretendia este último fazer um testamento para assegurar o futuro do seu filho,

que residia habitualmente numa instituição, deixando a totalidade do património herdado da sua esposa por este e pelo seu filho a pessoas de confiança que sabia que iriam tratar dele com dedicação, ou seja, a dois sobrinhos desse progenitor, um dos quais vogal no Conselho de Família. Sem a autorização judicial para representar o maior acompanhado no exercício do direito de suceder o progenitor pensava que se encontrava limitado à quota disponível ao beneficiar os referidos sobrinhos. Desconhecia, claramente, a existência da faculdade que lhe era concedida pela substituição quase-pupilar.

O testamento em causa só teria efeito se o testador (maior acompanhado) falecesse depois do seu progenitor. Por outro lado, a deixa testamentária ficaria, ainda assim, «dependente do facto dos legatários cuidarem do testador, prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos, mantendo-o na instituição onde ora se encontra, tendo carácter resolutivo caso tais cuidados não lhe sejam prestados até à sua morte».

Trata-se de um exemplo clássico em que o progenitor poderia ter recorrido à substituição quase-pupilar em prol da proteção do maior acompanhado após a sua morte, realizando um testamento em representação (impura) deste e utilizando cláusulas acessórias, como condições ou encargos, para lhe garantir cuidados até ao fim da sua vida.

III. Em segundo lugar, veja-se o acórdão do mesmo TRL de 15/12/2020, Proc. n.º 19055/18.5T8SNT-A.L1-7 (Relatora: Dina Monteiro). Embora a questão jurídica em causa fosse a mesma – ou seja, um pedido de autorização judicial por parte do acompanhante para representar o maior acompanhado no exercício do direito de suceder – os contornos factuais do caso eram bastante diversos. Também neste caso o tribunal recusou semelhante autorização, com base no carácter pessoal do testamento, salientando que a incapacidade de testar só pode ser superada através da figura da substituição pupilar e quase-pupilar. No entanto, ao contrário do primeiro acórdão mencionado, nesta situação, a maior acompanhada, esposa do acompanhante, tinha outorgado validamente testamento antes de ser decretado o acompanhamento.

Procurava o esposo-acompanhante representar a maior acompanhada no exercício do seu direito de suceder para evitar que o Estado fosse chamado à sucessão desta, visto que não tinha quaisquer parentes

sucessíveis legitimários ou legítimos, visando beneficiar «pessoas singulares e/ou instituições religiosas ou de solidariedade social». Embora reconhecendo os «nobres intentos» do requerente, o TRL salientou que nada fazia supor que, se a maior acompanhada pudesse manifestar naquele momento a sua vontade de forma expressa, a mesma seria diferente daquela que havia sido manifestada num testamento outorgado quarenta anos antes. Ao contrário do que acontecia na situação analisada no primeiro acórdão mencionado, neste caso a impossibilidade de recurso à substituição quase-pupilar era manifesta.

## 6. A relevância da substituição quase-pupilar na sociedade portuguesa contemporânea

I. Uma das nobres funções que o Direito das Sucessões é chamado hoje a cumprir prende-se com a proteção de pessoas com capacidade diminuída, nomeadamente no que se refere aos idosos (MORAIS, 2019b) e aos maiores acompanhados. A isto acresce o problema dos direitos sucessórios dos cuidadores do *de cuius* (GARCÍA e RUBIO, 2014, pp. 58-78 e 178 e ss). Eis o motivo pelo qual a substituição quase-pupilar ganha, hoje uma importância renovada (RODRÍGUEZ, 2018, p. 38), ainda que sejam poucos os ordenamentos jurídicos que admitem a figura – inadmissível no direito italiano, no direito francês e no direito alemão – e ainda que no direito comum espanhol a mesma tenha sido recentemente abolida – através da revogação do art. 776 do Código Civil espanhol pelo art. 2.37 da *Ley* n.º 8/2021, de 2 de junho, embora com hesitações e num ordenamento jurídico que consagra numerosas medidas de proteção das pessoas com capacidade diminuída –, embora continue a subsistir em alguns direitos forais, como é o caso do direito catalão – arts. 425-10 a 425-12 do Código Civil da Catalunha, aprovado pela *Ley* n.º 10/2008, de 10 de julho. A doutrina espanhola tem dedicado alguma atenção à figura, cujo regime legal, em muitos aspetos lacunar, suscitava inúmeras dificuldades sobre as quais não nos pronunciaremos, visto que já tivemos oportunidade de o fazer num estudo anterior sobre este tema (MORAIS, 2023a, pp. 457-467 e 2023b, pp. 107-118).

II. Uma análise da jurisprudência espanhola nesta temática revela-nos uma preocupação em utilizar a substituição quase-pupilar como

forma de proteger os descendentes e não para prosseguir os interesses egoístas dos progenitores (RODRÍGUEZ, 2018, pp. 17-22). O mesmo aspeto resulta do primeiro dos acórdãos que mencionámos do TRL. Este aspeto aponta no sentido da manutenção da substituição quase-pupilar na nossa ordem jurídica, ainda que, possivelmente, com algumas alterações. Veja-se que o aumento da esperança média de vida determina que o maior acompanhado poderá sobreviver muitos anos após a morte dos seus progenitores, pelo que a preocupação com o bem-estar deste após a morte daqueles é absolutamente legítima.

A utilização das cláusulas acessórias, tais como condições ou encargos, para assegurar cuidados a pessoas mais vulneráveis é algo comum e resulta da referida jurisprudência. A «ampliação» da liberdade testamentária que a substituição quase-pupilar assegura aos progenitores para garantirem os cuidados dos seus filhos, maiores acompanhados, após a sua morte, afigura-se como um mecanismo particularmente interessante. Através do mesmo, embora estejam em causa duas sucessões diversas, a do progenitor e a do seu filho, na prática, o progenitor que se substitui àquele no exercício do direito de testar passa a dispor de uma maior massa patrimonial para lhe garantir os cuidados necessários após a sua morte, visto que não fica limitado à sua quota disponível.

Embora seja um risco deixar a proteção do maior acompanhado na mão daqueles que beneficiarão com a sua morte, seguramente que os progenitores farão uma escolha criteriosa dessas pessoas, ao que acresce a possibilidade de ser nomeado um executor testamentário para vigiar o cumprimento do testamento e ainda o próprio regime legal aplicável aos encargos (art. 2248.º), com a possibilidade de resolução da disposição se os mesmos não forem cumpridos. Quanto a este último aspeto, é importante que a possibilidade de resolução da disposição resulte expressamente do testamento, para não suscitar quaisquer dúvidas. Aponte-se ainda a ineficácia da disposição pela verificação da condição resolutiva ou pela não verificação da condição suspensiva, como forma de proteção do maior acompanhado neste caso.

III. Sem a substituição quase-pupilar, após a morte desses filhos, os seus bens poderão ser atribuídos a familiares afastados, fruto de um vínculo de parentesco meramente formal, sem qualquer correspondência com vínculos de carácter afetivo com a pessoa com a capacidade

diminuída. Seria o chamamento à sucessão do maior acompanhado de pessoas que em nada contribuíram para o seu bem-estar. Deste modo, embora se possa afirmar que o propósito da substituição quase-pupilar é evitar que o maior acompanhado morra sem testamento – recorde-se que, no direito romano, no qual o instituto teve a sua origem, morrer sem testamento era considerado uma ignomínia –, deve acrescentar-se que, na sociedade atual, a finalidade mais relevante deste instituto é, precisamente, assegurar a proteção daquele após a morte dos seus progenitores, impelindo certas pessoas a cuidar do incapaz (RODRÍGUEZ, 2018, p. 15).

IV. De qualquer forma, não serão os outros institutos existentes na ordem jurídica portuguesa suficientes para garantir a função que se visa prosseguir com a substituição quase-pupilar? Se se pensar na substituição fideicomissária, nomeadamente irregular (arts. 2286.º e 2295.º), logo se conclui no sentido negativo, bastando ter em conta que, na ausência da substituição quase-pupilar, todas as liberalidades a que os progenitores pudessem recorrer para assegurar a proteção do maior acompanhado teriam como limite a legítima de outros filhos, devendo cingir-se, por isso, à quota disponível.

O direito espanhol tentou superar a limitação referida concedendo aos progenitores a faculdade de realizar uma substituição fideicomissária tendo por objeto a legítima de alguns dos seus filhos em benefício de outros que se encontrem em situação capacidade diminuída (art. 808.º do Código Civil espanhol). Neste caso, o filho incapaz não poderá alienar os bens e os fideicomissários serão os filhos de cuja legítima se trata. No entanto, pelos conflitos que poderá potenciar, esta não será, seguramente, uma solução melhor do que a substituição quase-pupilar (RODRÍGUEZ, 2018, p. 167).

V. São, deste modo, fortes os argumentos para a manutenção da substituição quase-pupilar na nossa ordem jurídica, tal como aconteceu no direito catalão, e continua a acontecer na nossa ordem jurídica, bem como no art. 2127.º do Código Civil de Macau.

Recentemente, o saudoso ZENO VELOSO (2018) considerou a figura suficientemente relevante para ser introduzida no direito brasileiro. Nesta figura, diz o autor, «presume-se que este ascendente tem muito afeto pelo filho – *quod plerumque fit* –, haverá de atuar com o maior

respeito, responsabilidade e atenção, com vistas a superar a impossibilidade invencível do filho para outorgar testamento, escolhendo herdeiros e legatários que esse filho provavelmente elegeria, se pudesse fazer a sua própria disposição de última vontade. Essa presunção do amor e do carinho do pai por seu filho cai por terra e se desvanece se esse genitor teve limitado ou extinto o poder familiar».

E o que dizer do argumento de que a figura é uma «peça de museu»? A este argumento responde o autor de forma lúcida: «não acho que na época em que vivemos devamos rejeitar antigos institutos jurídicos só por serem vetustos, ou porque não têm grande atrativo ou interesse prático. Se assim fosse, teríamos de revogar, simplesmente, muitos artigos do Código Civil (o próprio instituto do testamento é de escassa utilização por nosso povo, quase ninguém faz testamento, e nem se pode admitir uma ideia disparatada de abolir a figura...)». De facto, salta à vista que, em certas situações, a substituição quase-pupilar «pode ser de grande utilidade» (VELOSO, 2018).

O autor propôs a seguinte formulação legal para o instituto no Código Civil brasileiro sob a epígrafe (substituição do filho incapaz de testar):

Art. 1.960-A. O ascendente que não teve suspenso nem extinto o poder familiar (arts. 1.635, 1.637, 1.638), cujo filho não pode manifestar a sua vontade, por enfermidade ou deficiência mental, poderá, por testamento, nomear herdeiros ou legatários para este filho.

Art. 1.960-B. Caduca o testamento se o filho recobrar a razão, ou deixar descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro.

Nesta formulação, a figura poderia abranger a totalidade dos bens do incapaz, tal como propusemos *de iure constituendo* no direito português (MORAIS, 2023a, p. 475 e 2023b, p. 126).

## 7. Problemas de compatibilidade entre as formas de suprimento da incapacidade de testar e o novo paradigma em matéria de capacidade diminuída: a substituição quase-pupilar, os *statutory wills* e os testamentos realizados pelo maior acompanhado «com apoio» (?)

I. Logo no início do texto tivemos ocasião de explicitar o novo paradigma em matéria de capacidade diminuída. Resta saber se a substituição quase-pupilar é compatível com o mesmo, plasmado, em particular, no art. 12.º da CDPD. Não obsta a esta articulação o facto de o art. 12.º/5 da CDPD apenas se reportar à capacidade das pessoas com deficiência para herdarem em condições de igualdade com as demais pessoas ou para controlar os seus assuntos económicos, nada referindo relativamente à liberdade de disposição por morte (RODRÍGUEZ, 2018, p. 44).

Em Portugal, a utilização da substituição quase-pupilar para atender principalmente aos interesses dos progenitores em evitar que os seus bens sejam atribuídos a alguns sucessíveis legítimos, numa lógica de troncalidade, sem qualquer consideração pela vontade e preferências do maior acompanhado, e desligada de uma preocupação com a sua proteção, será dificilmente compatível com o preceito mencionado, bastando ter em conta os considerandos que tecemos logo no início deste texto sobre o novo paradigma suprarreferido.

II. O problema da compatibilidade entre o art. 12.º da CDPD e os mecanismos de proteção das pessoas com capacidade diminuída no plano sucessório tem sido discutido nos países de *common law* a propósito dos *statutory wills*. No Reino Unido, a secção 18(1) (i) do *Mental Capacity Act*, de 2005, determina que o tribunal pode realizar um testamento em nome do incapaz. A sua decisão será guiada pelo critério objetivo dos «*best interests*», concretizado pela secção 4. Resulta da respetiva secção (4) que a pessoa deve ser encorajada a participar, na medida do que seja razoável. Por outro lado, resulta da secção 4(6) que devem ser tidos em conta na determinação do «melhor interesse» da pessoa, na medida em que isso se possa razoavelmente determinar: *a*) os seus desejos e sentimentos passados e presentes, em particular qualquer declaração escrita feita por esta enquanto ainda tinha capacidade; *b*) as suas crenças e valores que provavelmente influenciariam a sua decisão se a pessoa tivesse capacidade; *c*) outros fatores que seria provável que a

pessoa tivesse em conta se o pudesse fazer. A secção 4(7) estabelece que os magistrados têm de ter em conta, se tal for exequível e se for apropriado proceder a essa consulta: *a)* qualquer pessoa indicada pelo incapaz para ser consultada nos assuntos em causa; *b)* qualquer pessoa que cuide do incapaz ou interessada no seu bem-estar.

III. O recurso a um critério objetivo na realização do testamento pelo incapaz traduziu-se numa mudança do paradigma em vigor na legislação anterior, de cariz subjetivo, pois uma coisa é concretizar o testamento que o incapaz «poderia ter feito» (e que é no seu «melhor interesse») e outra é concretizar o testamento que este «teria feito» (CROUCHER, 2009, pp. 681 e 689). Na verdade, resulta das *Explanatory Notes do Mental Capacity Act* (2005, nota 28), que:

O melhor interesse não é um teste de «julgamento substituído» (o que a pessoa teria querido), mas, pelo contrário, requer que se determine o que seria no melhor interesse da pessoa por aplicação de um teste objetivo. Todas as circunstâncias relevantes, incluindo os fatores mencionados nesta secção, têm de se considerados, mas nenhum deles tem mais peso ou assume prioridade sobre outro. Todos devem ser atendidos para determinar o que seria no melhor interesse da pessoa em causa. Os fatores referidos nesta secção não uma definição de melhor interesse e não são exaustivos.<sup>7</sup>

CROUCHER (2009, p. 697) considera que a possibilidade de o tribunal fazer um testamento em nome do incapaz é compatível com a liberdade de testar, pois quando tal poder é exercido com base nas intenções e preferências do incapaz traduz-se numa extensão da sua autonomia. No entanto, quando o paradigma é objetivo e não subjetivo, estamos perante uma abordagem paternalista, que se afasta da função do testamento como um ato baseado na livre vontade dos titulares dos bens, dificilmente compatível com a CDPD. O recurso ao critério do «melhor interesse» de uma pessoa pode violar o seu direito a ter capacidade jurídica

---

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes> (consultado a 08/11/2022).

em condições de igualdade, que lhe é reconhecido pela Convenção (artigo 12.º/2). Por outro lado, poderá funcionar como uma cortina de fumo que esconde outras razões para a decisão com menor justificação legal, tais como os valores sociais e culturais de quem decide. Por último, nega a capacidade de tomada de decisões a pessoas com deficiência, contra o que dita a CPDP.

IV. Tendo em conta os aspetos mencionados, HARDING (2015, pp. 964-970), conclui que o regime em vigor no Reino Unido deveria ser revisto. Sobretudo nas situações em que o tribunal deve fazer um testamento baseando-se nos melhores interesses de uma pessoa que nunca teve capacidade de testar. Pelo contrário, nas situações em que os tribunais reestabelecem a vontade testamentária de uma pessoa que perdeu a sua capacidade testamentária, normalmente por demência devido a uma alteração das suas condições económicas, as dificuldades serão menores, tendo em conta que o regime legal em vigor remete para os desejos, sentimentos, crenças, valores e preferências da pessoa com capacidade diminuída para determinar o seu «melhor interesse». A relevância dos *statutory wills* é clara se tivermos em conta que, até 2025, as estatísticas apontam para um milhão de pessoas com demência no Reino Unido.

Nas situações em que a pessoa, tendo tido, anteriormente, capacidade de testar, nunca fez testamento, considera a autora que seria difícil justificar o afastamento das regras da sucessão intestada, constituindo a execução de um *statutory will* nestas situações uma interferência inapropriada nos direitos das pessoas com deficiência, reconhecidos pela Convenção, em favor dos interesses financeiros dos potenciais beneficiários desse testamento. Neste caso, se resultam eventuais injustiças ou desigualdades da aplicação das regras da sucessão intestada, a autora entende que terão de ser tais regras a ser alteradas. No entanto, na perspetiva do direito português, somente o facto de o maior acompanhado ter realizado um testamento num momento anterior ao início do processo de acompanhamento poderá impedir o funcionamento da substituição quase-pupilar. Pelo contrário, o facto de não ter realizado um testamento quando podia tê-lo feito não deverá ser valorizado para excluir o funcionamento deste instituto. Para além da valorização das preferências e desejos do maior acompanhado, o mesmo visa a sua

proteção, impelindo pessoas que lhe sejam próximas ao seu cuidado, após a morte dos seus progenitores e do seu cônjuge.

V. Saliente-se que a compatibilização da substituição quase-pupilar com o modelo de apoio introduzido na CDPD e que se traduz num afastamento de uma lógica de «substituição», passaria por ter em conta os desejos e preferências do maior acompanhado, na medida do que seja razoável, no momento da realização do testamento em sua substituição. Pelo contrário, admitir a realização do testamento pelo maior acompanhado com o apoio do seu acompanhante seria não só ignorar os princípios basilares do Direito Sucessório, nomeadamente o que se prende com o carácter pessoal do testamento, mas, mais do que isso, desproteger o maior acompanhado no momento particularmente delicado da realização de um ato tão sensível quanto o é o testamento. Tratar-se-ia de um testamento realizado pelo maior acompanhado, mas no qual, com elevada probabilidade, prevaleceria a vontade do seu acompanhante. Por isso, das duas uma: ou o maior acompanhado tem capacidade para fazer testamento ou não tem; *tertium non datur*.

Neste sentido se pronunciou Rodríguez ao analisar o problema na ordem jurídica espanhola (2018, pp. 68-74). Segundo esta autora, trata-se de um problema sobre o qual se debruçou pela jurisprudência espanhola, que chegou a admitir a realização do testamento por parte de uma pessoa com *discapacidad*, desde que apoiada. No entanto, esta tendência foi corrigida pelo Supremo Tribunal espanhol já em 2017.

## **8. Proposta de reforma da substituição quase-pupilar e da substituição pupilar no direito português**

I. A relevância prática da substituição quase-pupilar é inegável, como referimos, na medida em que, embora em princípio os maiores acompanhados mantenham o seu direito de testar, a sentença de acompanhamento pode decretar o contrário. Acresce que, nas situações em que a interdição foi decretada na vigência do anterior regime, o âmbito dos atos que podem ser praticados pelo maior acompanhado (anteriormente interdito, é igual, embora seja possível a revisão do acompanhamento, conforme resulta do art. 26.º, n.ºs 4, 5 e 8 da Lei n.º 49/2018. Isto significa que fica excluída a realização do testamento na medida em

que, de acordo com o regime pretérito (art. 2189.º/b), o interdito também não tinha capacidade para fazer testamento.

II. Embora consideremos que a substituição quase-pupilar poderá ser compatibilizada com a CDPD, nomeadamente com o seu art. 12.º, o respetivo regime jurídico deveria de ser objeto de uma reforma. É sintomático desta necessidade de reforma o facto de o Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra, num projeto realizado por Paula Távora Vítor e Geraldo Rocha Ribeiro sobre as incapacidades dos adultos a pedido do Ministério da Justiça, ter proposto a revogação da figura. Por outro lado, aquando da aprovação da Lei n.º 49/2018 o legislador não se preocupou em atualizar a terminologia resultante do regime legal da substituição quase-pupilar, o que leva a crer que não teve em mente o impacto que a CDPD, ou o novo regime legal agora consagrado na lei portuguesa, poderiam ter neste instituto.

Após esta reforma ficaria claro que o instituto visa primordialmente a proteção do maior acompanhado. Embora seja natural que a figura seja utilizada pelos progenitores para proteger os seus filhos, sendo também natural que escolha criteriosa levada a cabo pelos mesmos das pessoas mais adequadas para receber o património do maior acompanhado – impelindo-os a cuidar do mesmo – recaia sobre pessoas com quem estes tenham laços afetivos significativos, esta função de proteção assumida pelo instituto deverá resultar da própria lei, assim como deverá constar do regime legal aplicável a relevância das preferências do maior acompanhado ou da melhor interpretação das mesmas.

III. Não nos podemos esquecer da origem histórica da figura, na qual, em tempos remotos, se entendia estar em causa a herança do *paterfamilias* e não do *filius*. Por isso, parece-nos de admitir que a faculdade de recorrer à substituição seja concedida ao progenitor ainda que este não seja o acompanhante do maior. Bastará que seja idóneo, por nunca ter sido inibido total ou parcialmente das responsabilidades parentais antes de maioridade do maior acompanhado ou por nunca ter praticados os atos que permitiram que o mesmo fosse deserdado ou declarado indigno na sucessão do maior acompanhado. Pelo contrário, ainda que seja seu acompanhante, o progenitor não poderá substituí-lo na realização do seu testamento, nomeadamente para evitar que os

bens sejam atribuídos ao Estado, como resultou de um dos acórdãos que analisámos no TRL. Temos dúvidas que a tradição que se encontra na base do instituto pudesse sustentar semelhante solução, ainda que a substituição fosse utilizada para a proteção do próprio maior acompanhado.

IV. Por outro lado, numa ótica reformista se poderia apontar que, sendo o instituto configurado primordialmente como um mecanismo de proteção do maior acompanhado, a sobrevivência do seu cônjuge, tal como a sobrevivência dos ascendentes ou descendentes ao maior acompanhado, implicaria a caducidade da substituição, visto que essa sobrevivência permitira assegurar a referida proteção, tendo em conta os deveres dos cônjuges que resultam do art. 1672.º, em particular, os deveres de cooperação e assistência, bem como os deveres paternofiliais (art. 1874.º), especialmente os deveres de auxílio e assistência.

V. A aceitação de que a substituição pode abranger a totalidade dos bens do maior acompanhado implicaria a consagração de normas para a situação de concurso de substituições. Desde logo, as disposições que fossem compatíveis poderiam produzir os seus efeitos. Por outro lado, e respeitando a nossa tradição nesta matéria, prevaleceria a disposição de cada progenitor relativamente ao que tivesse deixado ao descendente, tal como acontece hoje à luz do art. 2300.º; o restante seria atribuído proporcionalmente – assim se propôs em Espanha, no Projeto de Lei n.º 121/000027, através de uma alteração ao art. 776 do Código Civil espanhol (*Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*)<sup>8</sup>.

VI. Alguns dos autores que advogam a manutenção da substituição quase-pupilar consideram que, pelo contrário, a substituição pupilar tem um interesse diminuto na sociedade contemporânea (RODRÍGUEZ, 2018, p. 38 e VELOSO, 2018). Trata-se de uma posição que nos parece

---

<sup>8</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Série A, n.º 27-1, de 17/07/2020, pp. 1 e ss. (cf. em particular, p. 31), disponível em: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF) (consultado a 02/06/2023).

incongruente, salvo o devido respeito. Basta ter em conta que o maior acompanhado em tempos teve menos de dezoito anos e que as razões de saúde que poderiam, no futuro, justificar que o acompanhamento seja decretado podem ter origem na infância e limitar a esperança de vida da criança, não sendo plausível que esta sobreviva até atingir a maioridade. Se a isto se somar uma esperança de vida diminuta dos pais, por alguma razão de saúde, encontram-se preenchidos os requisitos para que a figura ganhe alguma relevância. Trata-se de uma situação menos plausível, mas, ainda assim, que poderá ocorrer. A transformação da substituição pupilar em substituição quase-pupilar demonstra que esta última pode ser uma continuação de uma situação a que a primeira procurou atender, por isso, ou aceitamos ambas, ou rejeitamos ambas.

A supressão da substituição pupilar seria realizada contra a ideia hoje dominante de que, mais do que um ser incapaz, a criança é uma pessoa inteira, mas vulnerável, devido à sua falta de maturidade, nomeadamente física e psíquica (PINHEIRO, 2021, p. 2021). Faria sentido privar esta de um instrumento de proteção relevante existente na nossa ordem jurídica no Direito Sucessório? Tendo em conta as teses gerais de gradualismo autonomista relativamente à criança, deveria ser tida em conta a sua opinião na realização do testamento em sua substituição, na medida do possível.

No sentido referido aponta o art. 1878.º/2 de acordo com o qual, segundo com a maturidade dos filhos, os pais que exercem as responsabilidades parentais «devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares mais importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida». De igual modo, o art. 12.º/1 da *Convenção Sobre os Direitos da Criança* obriga os Estados partes, entre os quais Portugal, a garantir «à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhes respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade». Por último, o art. 4.º/1/c do Regime Geral do Processo Tutelar Cível contempla o princípio da audição e participação da criança no âmbito dos processos tutelares cíveis. Trata-se de regras que, segundo PINHEIRO (2021, p. 237), devem ser aplicadas no quadro dos processos e procedimentos de cariz sucessório.

Pelo contrário, no âmbito sucessório «não se vislumbra [...] nenhuma das múltiplas manifestações legais de autonomia da criança, que, além

das indicadas no texto principal, se revelam, por exemplo, a partir de certa idade, na perfilhação, na celebração de contrato de trabalho, no planeamento familiar, na adesão a associações e na apresentação de queixa exigível em procedimento criminal (PINHEIRO, 2021, pp. 238-129, nota 28).

VII. Terminamos com a seguinte sugestão para a formulação do regime legal do instituto:

*Art. 2297.º (Substituição pupilar):*

1. O progenitor que não estiver inibido total ou parcialmente das responsabilidades parentais tem a faculdade de substituir aos filhos herdeiros ou legatários, para o caso de os mesmos filhos falecerem antes de perfazer dezoito anos de idade: é o que se chama substituição pupilar.
2. No testamento realizado em substituição do filho só poderão ser contempladas pessoas que venham a assumir a função de tutores deste ou que tenham assumido, de facto, o cuidado do mesmo até à sua morte, ou pessoas assumam obrigações de cuidado e de prestação de alimentos em relação ao mesmo, de fonte legal ou negocial, e que os tenham cumprido até à sua morte.
3. Na realização da substituição deverá ser tida em conta a opinião do menor de acordo com a sua idade e maturidade.
4. A substituição fica sem efeito pela emancipação do substituído ou logo que este perfaça dezoito anos, ou se falecer deixando descendentes ou ascendentes.

*Art. 2298.º (Substituição quase-pupilar):*

1. A disposição do artigo anterior é aplicável, sem distinção de idade, ao caso de o filho ser incapaz de testar em consequência de uma sentença de acompanhamento: é o que se chama substituição quase-pupilar.
2. No testamento realizado pelo progenitor só poderão ser contempladas pessoas que venham a assumir a função de acompanhantes do substituído ou que tenham assumido, de facto, o cuidado do mesmo até à sua morte, ou pessoas que assumam

obrigações de cuidado e de prestação de alimentos em relação ao mesmo, de fonte legal ou negocial, e que os tenham cumprido até à sua morte.

3. A substituição é válida ainda que o acompanhamento só venha a ser decretado após a outorga do testamento.

4. Não poderá recorrer à substituição quase-pupilar o progenitor que foi inibido das responsabilidades parentais antes de o substituído ter atingido a maioridade ou que tenha praticado algum dos atos que justificam a indignidade ou a deserção na sucessão do mesmo.

5. O progenitor terá a faculdade referida no n.º 1 ainda que não seja o acompanhante do maior e desde que não esteja preenchida nenhuma das situações previstas no n.º 3.

6. Na outorga do testamento o progenitor deverá ter em conta os desejos e as preferências do substituído ou a melhor interpretação dos mesmos.

7. A substituição fica sem efeito se se tornar conhecido um testamento do maior acompanhado, outorgado antes da publicação do início do processo de acompanhamento e ainda que este seja inválido desde que com um fundamento diverso da falta ou vício da vontade. A substituição também fica sem efeito logo que cesse o acompanhamento ou se o substituído falecer deixando descendentes, ascendentes ou cônjuge.

*Art. 2299.º (Transformação da substituição pupilar em quase-pupilar):*

A substituição pupilar é havida para todos os efeitos como quase-pupilar se o acompanhamento for decretado em relação ao substituído e resultar da sentença a sua incapacidade para fazer testamento.

*Art. 2300.º (Bens que podem ser abrangidos):*

As substituições pupilar e quase-pupilar podem abranger a totalidade dos bens do substituído, incluindo os bens este haja adquirido por via do progenitor que realiza a substituição.

Art. (2300.º-A) (*Concurso de substituições*):

Se os dois progenitores tiverem feito uso da substituição, atender-se-á às disposições de ambos, se forem compatíveis. Se não forem compatíveis, prevalecerá a de cada um relativamente aos bens que o substituído haja adquirido a título gratuito, em vida ou por morte, por via desse progenitor, e o resto entender-se-á atribuído proporcionalmente.

## 9. Referências

- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. (2000). *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA. (2021). *Maiores Acompanhados. A Disciplina da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*.
- CARVALHO, ANA SOFIA DE MAGALHÃES E. (2023). «O acompanhamento de maiores», in Cristina Araújo Dias et al. (organização), *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões As relações pessoais, familiares e sucessórias*. Coimbra: Gestlegal, pp. 7-30.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. (2018). «Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores». *RDC*, Vol. III, n.º 3, pp. 473-554.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES; MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO E SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE. (2018). «Da situação jurídica do maior acompanhado – Anteprojeto de reforma». *RDC*, Vol. III, n.º 4, pp. 687-740.
- CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA. (2012). *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris.
- CROUCHER, ROSALIND F. (2009). «“An interventionist, paternalistic jurisdiction?” The place of statutory wills in Australian Succession Law». *UNSW Law Journal*, vol. 32, 3, pp. 674-698.
- FERNANDES, LUIS CARVALHO. (2012). *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição (revista e atualizada). Lisboa: Quid Juris.
- GARCÍA, TEODORA F. Torres/ Rubio, María Paz García. (2014). *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidade de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo.
- GONÇALVES, LUÍZ DA CUNHA. (1935). *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, Vol. X. Coimbra: Coimbra Editora.
- HARDING, ROSIE. (2015). «The rise of statutory wills and the limits of best interests decision-making in inheritance». *Modern Law Review*, 78, 6 (novembro), pp. 945-970.
- LEITÃO, LUÍS MENEZES. (2021). *Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.

- MENTAL CAPACITY ACT 2005. «Explanatory Notes». Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes> (consultado a 01/06/2023).
- MORAIS, DANIEL. (2023a). *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais*. Lisboa: AAFDL.
- MORAIS, DANIEL. (2023b). «Da relevância da substituição quase-pupilar. A propósito do regime do maior acompanhado», in Cristina Araújo Dias et al. (organização), *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – As relações pessoais, familiares e sucessórias*. Coimbra: Gestlegal, pp. 85-127.
- MORAIS, DANIEL. (2022). «Anotação aos artigos 2297.º a 2300.º», in Cristina Araújo Dias (coordenação), *Código Civil português anotado – Livro V: Direito das Sucessões*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina, pp. 368-470.
- MORAIS, DANIEL. (2019a). *Direito Sucessório – Aparentamentos*, 1.ª reimpressão. Lisboa: AAFDL.
- MORAIS, DANIEL. (2019b). «Direito Sucessório e a proteção das pessoas idosas». *Lex Familiae*, ano 15, n.º 31, pp. 45-69.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE. (2001). «O testamento – apontamentos», in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 118 e ss.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2022). *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.ª edição. Coimbra: Gestlegal.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2021). «O estatuto sucessório da criança sobrevivente», in Dóris Ghilardi (coordenadora), *Tecnologias, Famílias e Vulnerabilidades. Novos olhares no Brasil e no Exterior*. Florianópolis: Habitus Editora, pp. 223-242.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2020). *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição. Coimbra: Gestlegal.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2016). *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina.
- RODRÍGUEZ, CRISTINA AMUNÁTEGUI. (2018). *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*. Madrid: Reus.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE. (2000). *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- VELOSO, ZENO. (2018). «Substituição quase-pupilar – deve ser introduzida no direito brasileiro?», *Blog do 26*, disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=14602> (consultado a 31/05/2023).
- VÍTOR, PAULA TÁVORA. (2020). «Comentário ao artigo 12.º», in Joaquim Correia Gomes, Luísa Neto, Paula Távora Vítor (coordenação), *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário*. Lisboa: Imprensa Nacional, pp. 127-138.
- XAVIER, RITA LOBO. (2022). *Manual de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.

# Direito Sucessório e Autonomia Liberdade de disposição dos bens e proteção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legitimária e da sucessão contratual

CRISTINA DIAS\*

**Abstract:** This paper focuses on the succession protection in today's family and the autonomy and freedom of the author of the succession to decide on the destination of his/her assets.

It is possible to impose restrictions on the right to private property in terms of freedom of disposal (*inter vivos* or *mortis causa*). In the case of the disposal of property in the event of death, the main restriction imposed on the freedom of will or contractual disposition results from the existence of imperative succession. The chapter is a reflection on the regulation of succession in a more compatible way with freedom to dispose, not only through a will but also embracing a new vision of succession contracts.

**Key-words:** Succession Law; Mandatory heirs; freedom of property disposition upon death.

## 1. Questões introdutórias – liberdade de disposição dos bens e suas limitações no campo sucessório

O enquadramento desta minha intervenção no painel dedicado ao Direito Sucessório e Autonomia permitiria a análise de várias questões e problemáticas. Cingir-nos-emos a uma dessas matérias que nos tem ocupado a atenção nos últimos anos: a proteção sucessória da família

---

\* Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho.

atual e a autonomia e liberdade do autor da sucessão para determinar o destino dos seus bens (quaisquer que sejam)<sup>1</sup>.

A todos é garantido, nos termos do n.º 2 do art. 62.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), como direito fundamental, o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição, consagrando, assim, uma garantia constitucional da propriedade privada.

O direito de propriedade inclui-se nos direitos económicos, sociais e culturais, não fazendo parte do elenco dos direitos, liberdades e garantias, ainda que de natureza análoga a estes (gozando, assim, do respetivo regime)<sup>2</sup>.

Como referem CANOTILHO e MOREIRA (2007, p. 801), o direito de propriedade é garantido «nos termos da Constituição». «A fórmula parece supérflua, mas não é: trata-se de sublinhar que o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos *limites* e com as restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição» e na lei<sup>3</sup>.

Quanto ao âmbito ou conteúdo do direito de propriedade podemos destacar, no entendimento dos autores referidos, quatro componentes, ou seja, a liberdade de adquirir bens (*i*); a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário (*ii*); a liberdade de os transmitir (*iii*); e o direito de não ser privado deles (*iv*)<sup>4</sup>.

Assim, e tendo presente o que nos parece mais relevante no âmbito deste estudo, o direito fundamental de propriedade garante a liberdade de transmissão *inter vivos* e *mortis causa* dos bens. Significa isto que o titular dos bens não pode ser impedido de os transmitir, seja por via

---

<sup>1</sup> Retomamos, assim, alguns temas que já trabalhamos noutros textos (e indicados nas referências bibliográficas finais).

<sup>2</sup> CANOTILHO e MOREIRA (2007, pp. 800 e 802) e MIRANDA e MEDEIROS (2010, p. 1242).

<sup>3</sup> V. também, QUEIROZ (2010, pp. 247 e ss.).

<sup>4</sup> CANOTILHO e MOREIRA (2007, p. 802). MIRANDA e MEDEIROS (2010, p. 1247), citando o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/05, de 9 de outubro, indicam apenas três componentes que acabam, todavia, por coincidir com as anteriores: o direito de aceder à propriedade (*i*); o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade (*ii*); e o direito de transmissão da propriedade *inter vivos* ou *mortis causa*.

contratual, em geral, seja por via testamentária, apenas no caso de disposições por morte. Mas esta liberdade de transmissão tem limitações, não implicando que o legislador não possa restringir essa liberdade<sup>5</sup>. Aliás, e em termos gerais, a garantia constitucional da propriedade privada não consagra este direito em termos absolutos, mas apenas em termos relativos (*nos termos da Constituição*), encontrando limites ou restrições definidos pelo legislador. Qualquer direito constitucionalmente protegido pode restringir-se até para efeitos de compatibilização com outros direitos. A utilização irrestrita dos direitos de cada um acabaria por comprometer a vida em sociedade.

Portanto, e como acabámos de referir, é possível a lei determinar restrições ao direito de propriedade nas suas várias vertentes e, em particular, à liberdade de transmissão *mortis causa*.

Todavia, estas restrições estão sujeitas aos limites das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, atendendo ao carácter análogo do direito de propriedade, como também já mencionámos, podendo considerar-se injustificadas por violação «dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade»<sup>6</sup>. Não pretendendo chegar tão longe, não podemos deixar de afirmar que as atuais limitações à liberdade de transmissão *mortis causa*, seja por testamento ou pacto sucessório, impostas essencialmente pela existência da sucessão legítima, não se coadunam com a realidade sociofamiliar da nossa sociedade. Procuraremos, assim, verificar quais as restrições impostas por lei à disposição dos bens por testamento ou pacto sucessório<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Como escrevem CANOTILHO e MOREIRA (2007, p. 804), o direito de transmissão da propriedade deve ser entendido «no sentido restrito de *direito de não ser impedido* de a transmitir; mas não no sentido genérico de liberdade de transmissão, a qual pode ser mais ou menos profundamente limitada por via legal, quer quanto à transmissão *inter vivos* [...], quer quanto à transmissão *mortis causa* (limites à liberdade de disposição testamentária, desde logo, a sucessão legítima)».

<sup>6</sup> CANOTILHO e MOREIRA (2007, p. 803).

<sup>7</sup> Não nos pronunciaremos sobre questões fiscais que, de forma indireta, implicam também algumas limitações à liberdade de disposição. Será apenas de mencionar que a aquisição de bens por doação ou herança está sujeita ao Imposto do Selo, à taxa de 10%. Esta taxa aplica-se ao valor de mercado dos bens ou, no caso dos imóveis, ao seu valor patrimonial tributário, o qual consta da caderneta predial urbana. No entanto, se a pessoa que receber bens por doação ou herança for cônjuge, unido de facto, descendente ou ascendente do doador ou do falecido, não está sujeito a este imposto.

Como sabemos, a sucessão por morte pode ser legal ou voluntária, conforme se baseie na lei ou em negócio jurídico (art. 2026.º do Código Civil)<sup>8</sup>, podendo este ser um testamento (sucessão testamentária) ou uma doação por morte (nos casos admitidos por lei – sucessão contratual). Por seu lado, a sucessão legal pode ser legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor (art. 2027.º).

Na sucessão legitimária a preocupação de que os bens sejam atribuídos a certos familiares está bem patente. De facto, a relevância dada à família na sucessão legítima não assegura que os bens permaneçam na mesma família, dado que o autor da sucessão pode dispor dos seus bens em sentido contrário (por testamento ou, nos casos admitidos, por pacto sucessório). Esta finalidade é atingida pela sucessão legitimária, cujo fundamento reside, assim, na proteção da família mais próxima: cônjuge, descendentes e ascendentes (art. 2157.º). A estes sucessíveis é reservada uma parte dos bens do *de cuius* – a legítima ou quota indisponível – sobre a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição.

A sucessão voluntária pode ser contratual ou testamentária<sup>9</sup>.

A sucessão testamentária e a sucessão contratual encontram o seu fundamento no princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição (que o art. 62.º da CRP inclui no direito de propriedade do titular). É evidente que, sendo muito limitado o campo de admissibilidade dos pactos sucessórios, a sucessão testamentária representa a principal forma pela qual se manifesta a liberdade do autor da sucessão de dispor dos seus bens. O proprietário dos bens tem liberdade de dispor dos mesmos, tanto a título oneroso como gratuito (e, neste caso, quer entre vivos quer *mortis causa*). É no domínio dos atos de disposição a título gratuito *mortis causa* que o testamento desempenha a sua função.

<sup>8</sup> Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

<sup>9</sup> A designação de sucessores adveniente da sucessão contratual prevalece sobre a designação sucessória testamentária, quer anterior ao contrato sucessório quer ulterior. De facto, um testamento anterior referente à mesma categoria de bens pode ser mais tarde revogado por uma doação *mortis causa*, nos casos em que estas se admitem, por manifestação expressa ou tácita da vontade do autor da sucessão (arts. 2311.º a 2313.º), enquanto os pactos sucessórios, por se tratar de contratos, são em princípio irrevogáveis após a aceitação (arts. 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1), não podendo ser prejudicados por testamento posterior relativo à mesma categoria de bens. V., COELHO (1992, pp. 140 e 149-153), e SOUSA (2000, pp. 46 e 47).

A sucessão testamentária incidirá, havendo herdeiros legitimários, sobre a quota disponível do autor da sucessão ou, caso não existam herdeiros legitimários, sobre toda a herança<sup>10</sup>. Tem por base um testamento, definido no art. 2179.º, n.º 1, como o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. Assim, e seguindo SOUSA (2000, pp. 51 e 52), as características que a lei aponta ao testamento e que o distinguem das doações *mortis causa* são, por um lado, o seu carácter unilateral, produzindo os seus efeitos por via de uma só declaração de vontade, e não através de duas ou mais declarações de conteúdos diversos como sucede nas doações *mortis causa*; por outro lado, o carácter revogável do testamento, podendo o testador livremente alterar as disposições testamentárias anteriormente feitas, e estando até impedido de renunciar à faculdade de o revogar (v., art. 2311.º).

Entre a sucessão testamentária e a sucessão legitimária há uma estreita ligação, dado que se limitam reciprocamente. De facto, o autor da sucessão pode dispor do seu património por morte com plena liberdade, por testamento, mas não pode afetar a quota que a lei reserva aos herdeiros legitimários.

Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta (art. 2028.º, n.º 1).

Depois da abertura da sucessão (que se dá no momento da morte do *de cuius* – art. 2031.º), o sucessível pode repudiar (arts. 2062.º e ss. e 2249.º e ss.) a sua herança ou legado, e pode também alienar a sua herança (arts. 2124.º e ss.) ou legado. Antes de a sucessão se ter aberto é que ninguém pode por contrato renunciar à sucessão [salvo na hipótese introduzida na al. c) do n.º 1 do art. 1700.º pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que contempla a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, e que referiremos adiante]. Será tal compatível com as novas tendências na proteção do património e com as exigências da sociedade atual?

---

<sup>10</sup> Não deve esquecer-se que a disposição testamentária não pode incidir sobre o objeto de doações *mortis causa*, dado que estas prevalecem sobre as disposições testamentárias anteriores ou posteriores.

A sucessão legítima implica, como referido, a existência de herdeiros forçados que, salvo os casos de indignidade ou deserdação, têm sempre direito a uma parte da herança, e uma limitação à autonomia privada e à liberdade de testar. À luz do ordenamento jurídico e da realidade atual tentaremos verificar se se justifica a conceção vigente da sucessão legítima.

## 2. Liberdade de disposição dos bens e proteção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legítima e da sucessão contratual

### 2.1 Da sucessão legítima – justifica-se uma sucessão legal «forçada»?

A relevância dada à família na sucessão legítima, de carácter supletivo, não assegura que os bens permaneçam na mesma família, dado que o autor da sucessão pode dispor dos seus bens em sentido. Esta finalidade é atingida pela sucessão legítima, cujo fundamento reside, assim, na proteção da família mais próxima: cônjuge, descendentes e ascendentes (art. 2157.º). A estes sucessíveis é reservada uma parte dos bens do *de cuius* sobre a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição.

De facto, o autor da sucessão tem plena liberdade de testar e de deixar os seus bens a quem quiser, sejam ou não seus familiares. Mas não pode afetar a quota indisponível reservada por lei aos herdeiros legítimos, sob pena de redução por inoficiosidade das liberalidades em vida ou por morte que o autor da sucessão tenha feito que ofendam tal legítima.

A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão corresponde a uma tradição profundamente enraizada nas nossas leis, mesmo desde tempos anteriores às Ordenações<sup>11</sup>. Tradicionalmente, e à luz do

<sup>11</sup> Como refere FERREIRA (1898, p. 332), já nos antigos forais, onde o direito de testar era largamente admitido, se encontravam vestígios «das legítimas».

<sup>Refere</sup> o autor, na mesma obra, p. 331, que em Roma chegou a ser consagrado o princípio absoluto da liberdade de testar. Começou, porém, a levantar-se forte reação contra a crueldade dos pais que privavam sem qualquer razão os seus filhos da herança. Tal originou, inicialmente, a existência de ações de inoficiosidade e de deserdação formal, e, numa outra fase, à introdução das legítimas. V., também, Bastos (1982, p. 78), e Corte-Real (1989, pp. 99 e

Código de Seabra, que contemplava como herdeiros legitimários os descendentes e os ascendentes, entendia-se que a legítima dos descendentes resultava da obrigação natural que os pais têm de não deixar desamparados socialmente os seus filhos, e a legítima dos ascendentes assentava na compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes. Era a exigência de um auxílio mútuo, como dever familiar, que justificava a sucessão legitimária<sup>12</sup>.

A existência da sucessão legitimária visa salvaguardar o interesse da família, reconhecendo a certos familiares mais próximos do autor da sucessão o direito de participarem do seu património, «ou porque ajudaram a produzi-lo, conservá-lo e desenvolvê-lo, ou por se entender que, mesmo após a sua morte, persiste um dever moral de prestar assistência a essas pessoas»<sup>13</sup>.

Visando a proteção de certos familiares (cônjuge, descendentes e ascendentes) e garantindo a manutenção do património dentro da família, justificar-se-á a existência da sucessão legitimária, ou seja, é legítimo limitar o poder de disposição do titular dos bens para acautelar que tais familiares, e, em especial, o cônjuge, recebam os mesmos, sem qualquer esforço, no momento da morte do seu titular?

Há autores que consideram, atendendo às suas consequências negativas, desaconselhável a existência da sucessão legitimária<sup>14</sup>. De facto, a sucessão legitimária pode conduzir, dada a partilha entre os vários herdeiros legitimários, à divisão e pulverização de unidades produtivas, e

---

ss.). Com uma resenha evolutiva do fenómeno sucessório, v., Sousa (1999, pp. 26 e ss.). Mariano (2019, p. 749), escreve que a «existência de limitações à liberdade de cada um dispor do seu património para depois da sua morte já estava presente no direito leonês-castelhano vigente no Condado Portucalense, à data da independência de Portugal, o qual resultava de uma interpenetração dos direitos romano e visigodo, pontuado pela influência de ancestrais costumes locais».

<sup>12</sup> FERREIRA (1898, p. 332).

<sup>13</sup> LEAL (2004, p. 93).

<sup>14</sup> De referir que ela não existe nos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Os sistemas da *Common Law* não têm uma limitação à liberdade de disposição do autor da sucessão imposta por uma quota indisponível. É interessante destacar o direito sucessório irlandês na medida em que, apesar de integrado no sistema da *Common Law*, reserva ao cônjuge sobrevivente uma quota da herança, surgindo, assim, como um herdeiro forçado [v., O'SULLIVAN (2012, p. 248)]. Nos EUA o que existe é uma quota reservada ao cônjuge se o autor da sucessão não tiver disposto dos seus bens por testamento.

pode levar a que os herdeiros legitimários, na expectativa de receber os bens da herança e de viver à custa da mesma, não tenham qualquer estímulo para o trabalho. Se o autor da sucessão puder dispor livremente dos seus bens poderia assegurar a continuidade das suas unidades produtivas e selecionar os mais aptos ao exercício de uma dada atividade<sup>15</sup>.

É verdade que a família e a proteção da família estão constitucionalmente consagradas (arts. 36.º e 67.º da CRP), mas também a liberdade de disposição, enquanto tradução do direito à propriedade privada (art. 62.º da CRP). A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão pode implicar uma limitação exagerada do direito de propriedade que deve abranger a liberdade de testar de todos os bens de que se é titular. «Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas, em regra, adquirem forçosamente o direito a adquirirem um património, independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o *de cuius*?»<sup>16</sup> A limitação do poder de disposição do autor da sucessão, que está forçado a respeitar a legítima dos seus herdeiros legitimários, que na maioria dos casos atinge dois terços da herança, demonstra a prevalência da conexão família e a proteção desta, garantindo que os bens do *de cuius* não saem da sua família, conjugal ou de parentesco, sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição. O próprio direito

---

<sup>15</sup> FERNANDES (2012, p. 29). Acrescenta o autor que as razões sociais que justificam a sucessão legitimária suplantam aqueles inconvenientes. Além disso, considera haver alguns meios que os atenuam como a partilha em vida (art. 2029.º), o legado por conta da legítima (art. 2163.º) e o legado em substituição da legítima (art. 2165.º). Não podemos, porém, esquecer que tais mecanismos exigem uma atuação por parte do autor da sucessão, além de que se mantém a limitação do poder de disposição do titular dos bens, já que tais institutos exigem o consentimento dos herdeiros legitimários que podem até afastá-los se pretenderem receber a sua legítima subjetiva nos termos gerais.

<sup>16</sup> PINHEIRO (2022, p. 232). Acrescenta o autor que, numa altura em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de aplicação de capital, perdendo a família a sua antiga função de unidade de produção, não parece poder mais entender-se a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao *de cuius* na formação do património. Sugere o autor a possibilidade de a proteção da família, em caso de morte do *de cuius*, ficar assegurada por via de uma obrigação de alimentos exigíveis à herança e por via de legados legais que incidissem sobre a casa de morada da família e o respetivo recheio.

tem formas de atenuar esta rigidez<sup>17</sup>, mas sempre assegurando a existência da quota indisponível reservada aos herdeiros legitimários. De facto, a única forma de os privar da sua legítima é por via da deserdação (art. 2166.º).

Parece-nos que, e para alcançar o fim visado com a sucessão legitimária, ou seja, para assegurar a continuidade dos bens dentro da família, a manutenção do nível de vida do cônjuge e auxiliar os descendentes com um determinado património<sup>18</sup>, poderia optar-se por outra solução mais compatível com a liberdade de dispor e a autonomia privada. Aliás, o interesse de proteção da família (v., art. 67.º da CRP), que suportava as limitações impostas pela sucessão legitimária ao direito de livre disposição da propriedade por morte, pode já não o permitir, atendendo à nossa sociedade atual e aos bens transmissíveis *mortis causa*. «Apesar de se impor uma severa restrição à liberdade de cada um dispor do seu património *mortis causa*, essa restrição cumpria todas as exigências dos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Com efeito, a restrição visava satisfazer um interesse constitucionalmente protegido e resistia com facilidade aos testes de proporcionalidade [...]. Contudo, o quadro familiar, cuja proteção justificava a restrição à liberdade de transmissão do património *mortis causa*, para os mais atentos, já apresentava sinais que iriam conduzir a uma profunda revolução social»<sup>19</sup>.

Tendo em consideração a evolução verificada na família e na instituição casamento, no facto de, na generalidade dos casos, e atendendo à conjuntura atual, as grandes fortunas e patrimónios imobiliários serem raros, de o património mais valioso a transmitir encontrar formas de não ficar sujeito ao direito das sucessões (património mobiliário), na realidade de que a família já não é o suporte de um património que se

---

<sup>17</sup> PINHEIRO (2022, p. 233) aponta, como instrumentos de flexibilização da sucessão legitimária, a colação, o legado por conta da legítima e em substituição da legítima, a cautela sociniana, e a partilha em vida.

<sup>18</sup> Razão esta que atualmente não tem grande suporte real. Na verdade, a esperança média de vida é superior à que existia na altura do surgimento do Código Civil. De facto, quando o autor da sucessão morre, os seus descendentes, na generalidade dos casos, são já adultos e com vida autónoma e independente. A herança vai aumentar o património que já possuem e não permitir a tais descendentes meios de sustento e de início de vida. V. CAMPOS (1985, p. 29, nota 31).

<sup>19</sup> MARIANO (2019, p. 764).

transmite de geração em geração, e às razões apontadas contra a sucessão legitimária, deverá privilegiar-se a liberdade de testar face à proteção da família. Se o autor da sucessão construiu ao longo da sua vida um determinado património, maior ou menor, e muitas vezes sem a colaboração de familiares, deveria poder dele dispor integralmente e a favor de quem entender para depois da sua morte. Não tem sentido que um pai ou uma mãe a quem os filhos nunca prestaram apoio nem auxiliaram na sua velhice tenha de reservar uma quota da sua herança aos mesmos que, no momento da morte daquele ou daquela, surgem como herdeiros legitimários<sup>20</sup>. Podemos, por isso, questionar se a sucessão legitimária ainda serve a proteção da família (?) e, não servindo, se deverá manter-se.

Assim, a sucessão legítima, supletiva, talvez possa alcançar o mesmo fim da sucessão legitimária tal como prevista no nosso ordenamento jurídico. De facto, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes receberiam o referido património caso o autor da sucessão nada dispoñha. Se a necessidade de cuidar da família, deixando os familiares numa posição confortável economicamente, for uma prioridade do autor da sucessão, reconhecendo o vínculo que o une aos mesmos, o autor da sucessão nada disporá e funcionará a sucessão legítima. Caso contrário, e até para corrigir injustiças que seriam criadas com uma partilha igualitária entre os herdeiros, poderia dispor dos seus bens a favor de outras pessoas que não aqueles familiares ou beneficiar algum ou alguns deles. Seriam aquelas situações em que os referidos familiares se afastaram do

---

<sup>20</sup> GARY (2008, p. 390), citando Anne-Marie Rhodes, da Loyola University Chicago School of Law, escreve que talvez as regras sucessórias no século XXI venham a centrar-se na forma como as pessoas se tratam umas às outras. Por seu lado, RHODES (2008), pp. 434 e 445, afirma que o Direito das Sucessões nunca assentou num único modelo, oscilando entre a proteção da família e o comportamento do herdeiro face ao autor da sucessão e, em função disso, o seu afastamento da sucessão. Assentando as situações de afastamento da sucessão (*disinheritance*) na conduta do herdeiro, o destino da herança pode assentar numa apreciação subjetiva da interação e da conduta de uma pessoa para com a outra.

GALLANIS e GITTLER (2012, pp. 761 e ss.) propõem que se reserve uma quota da herança ao membro da família que cuidou do autor da sucessão sem qualquer compensação.

PÉREZ ESCOLAR (2008, p. 198) dá nota que os arts. 8.º e 9.º da Lei do Parlamento da Catalunha n.º 22/2000, de 29 de dezembro, sobre Acolhimento de Pessoas Maiores, preveem direitos sucessórios a favor do cuidador quando a convivência tenha tido uma duração mínima de quatro anos.

autor da sucessão, onde não existe um verdadeiro vínculo afetivo e de entreajuda entre os mesmos. No direito alemão, que contempla também os descendentes como herdeiros legais, é reconhecido ao descendente do falecido que tenha dado um especial contributo ao *de cuius*, na esfera pessoal (por exemplo, cuidando dele ou fazendo-lhe mais companhia) ou patrimonial (por exemplo, suportando as despesas com o seu sustento ou pagando os tratamentos e medicamentos para a sua doença), permitindo dessa forma a conservação ou o aumento do património do autor da sucessão, uma compensação perante os outros descendentes que concorram à sucessão legal (§ 2057.ºa do BGB). Essa compensação é acrescentada à quota hereditária do descendente, permitindo, assim, igualar a partilha (tal como a colação a que estão sujeitos os descendentes que receberam doações em vida do autor da sucessão). Entre nós não existe norma idêntica, fazendo com que tanto suceda, e recebendo o mesmo, o filho que não vê o pai ou a mãe há anos como o que o acompanhou e esteve sempre presente.

Paralelamente, poderia reservar-se, como também acontece no direito alemão, uma parte da herança aos familiares mais próximos (cônjuge, descendentes e ascendentes), mas a legítima não se traduziria numa porção de bens de que o testador não pode dispor<sup>21</sup>. Ou seja, o autor da sucessão poderia dispor (*mortis causa*) dos seus bens a favor de quem entender, mas o cônjuge sobrevivente, os descendentes e os ascendentes, enquanto sucessores obrigatórios, poderiam reclamar o pagamento de uma quantia em dinheiro correspondente a uma quota da herança que lhe seria atribuída enquanto herdeiro legítimo. Os legitimários surgiriam, assim, como credores daquele valor.

Mantendo-se a sucessão legitimária, importará rever as causas de indignidade previstas no art. 2034.º, de forma a albergar certas situações, como as de abandono do progenitor, de maus tratos, de agressões, entre outras, que possam afastar os filhos da sua quota legitimária e, em geral, da sucessão do progenitor. De referir, neste contexto, que a enumeração

---

<sup>21</sup> Mesmo no direito alemão a existência da legítima chegou a ser contestada. Em 2000, o tribunal constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) pronunciou-se sobre um pedido de inconstitucionalidade da quota obrigatória reservada aos legitimários. Apesar de não aceitar, alegava-se a inconstitucionalidade por impor uma limitação injustificável à liberdade de testar, dado que a função de sustento que cabia a essa quota deixou de lhe existir, atendendo à evolução demográfica e social. V. PINTENS e SEYNS (2009, p. 171).

das causas de indignidade do art. 2034.º, bem como a das causas de deserdação do art. 2166.º, é taxativa. Porém, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que, muito embora a situação não se enquadre em qualquer uma das causas de indignidade, «não pode todavia reconhecer-se capacidade sucessória a um pai que violou uma filha de 14 anos, a obrigou a abortar aos 15 anos, após cumprir a pena de prisão em que foi condenado persistiu na ofensa a sua filha (que nunca lhe perdoou) e se vem habilitar à herança desta sua filha por morte dela aos 29 anos, em acidente de viação – reconhecer-lhe essa capacidade seria manifestamente intolerável para os bons costumes e o fim económico e social do direito de lhe suceder e, portanto, ilegítimo, por abusivo, esse mesmo direito» [acórdão do STJ, de 07/01/2010 (disponível em <http://www.dgsi.pt>, a 17 de maio de 2023)]<sup>22</sup>.

Refutando a tese da taxatividade, v., o acórdão da Relação de Guimarães, de 22/01/2009 (disponível em <http://www.dgsi.pt>, a 17 de maio de 2023), admitindo novos casos de indignidade por recurso à analogia *legis*.

## 2.2 Da sucessão contratual – os pactos sucessórios à luz da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto

A par da necessidade de uma nova configuração da sucessão legítima, importa flexibilizar a sucessão contratual.

Como referimos, há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta (art. 2028.º, n.º 1).

Depois da abertura da sucessão (que se dá no momento da morte do *de cuius* – art. 2031.º), o sucessível pode repudiar (arts. 2062.º e ss. e 2249.º e ss.) a sua herança ou legado, e pode também alienar a sua herança (arts. 2124.º e ss.) ou legado. Antes de a sucessão se ter aberto é que ninguém pode por contrato renunciar à sucessão [salvo na hipótese introduzida na al. c) do n.º 1 do art. 1700.º pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que contempla a renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro cônjuge]. De facto, dispõe o n.º 2 do art. 2028.º que os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei,

<sup>22</sup> Com uma visão crítica deste acórdão, v. ESTEVES (2016, pp. 110 e 111).

sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946.º Assim, os pactos sucessórios são, por regra, proibidos e se forem celebrados são nulos (arts. 286.º e 289.º e ss.).

«A razão da proibição, em regra, dos contratos sucessórios entronca fundamentalmente em duas ordens de considerações. Por um lado, pretende-se que o autor da sucessão conserve até ao fim da sua vida a liberdade de disposição por morte dos seus bens. Por outro, quer-se que só após a abertura da sucessão o sucessível exerça a sua faculdade de aceitar ou repudiar, ou de dispor da mesma, quando aceite, tanto por motivos éticos de respeito pelo autor da sucessão como porque, no interesse do próprio sucessível, só então se estabiliza a designação sucessória, e se define o objecto sucessório, de modo a tornar possível ao sucessível decisões mais esclarecidas.»<sup>23</sup> Mas a lei admite alguns contratos sucessórios. De acordo com os arts. 1700.º e ss. são admitidos alguns pactos sucessórios nas convenções antenupciais. Aí se prevê a existência de quatro tipos de contratos sucessórios: 1) a instituição pelos esposados na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, reciprocamente ou apenas a favor de um deles, como herdeiros ou legatários entre si [arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2]; 2) a instituição por uma terceira pessoa, por doação *mortis causa*, a favor de um ou ambos os esposados como seu herdeiro ou legatário [arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2]; 3) a instituição por qualquer um dos esposados, ou por ambos, na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, a favor de terceiro, que seja pessoa certa e determinada e que intervenha como aceitante na convenção antenupcial<sup>24</sup>, como seu herdeiro ou legatário [arts. 1700.º, n.º 1, al. b), e 1705.º]; 4) a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge [arts. 1700.º, n.º 1, al. c), e 1707.º-A].

Tal como os sucessíveis legitimários, os donatários *mortis causa* não têm em vida do autor da sucessão um direito subjetivo aos bens doados, mas apenas uma expectativa juridicamente tutelada, que se traduz na

---

<sup>23</sup> SOUSA (2000, p. 48). V. também, FERNANDES (2012, pp. 558-560).

<sup>24</sup> Se a instituição como herdeiro ou legatário for em favor de pessoa indeterminada ou de pessoa certa e determinada, mas que não intervenha como aceitante na convenção antenupcial, a disposição é havida com um valor meramente testamentário (art. 1704.º) e, logo, livremente revogável. Há aqui uma conversão legal de tal ato num negócio jurídico unilateral testamentário, não sendo necessária a verificação em cada caso concreto dos requisitos do art. 293.º V. COELHO (1992, p. 338) e SOUSA (2000, p. 49, nota 81).

atribuição de meios jurídicos para se oporem aos atos do doador que violem a eficácia, a irrevogabilidade e a imutabilidade de tais doações. As normas legais que tutelam tal posição jurídica são de carácter imperativo, conduzindo à nulidade dos negócios jurídicos realizados contra elas<sup>25</sup>. Importa realçar o carácter bilateral das doações *mortis causa* e, em princípio, a sua irrevogabilidade. Em todo o caso, e por serem *mortis causa*, os efeitos de tais doações só se produzem com a morte do doador.

De facto, nestes pactos sucessórios o donatário não fica, em vida do doador, com qualquer direito sobre os bens doados, tendo apenas uma expectativa de os vir a receber à morte do doador. Mas é uma expectativa juridicamente tutelada. Essa tutela varia consoante o tipo de doação *mortis causa*, ou seja, importa distinguir as doações feitas a título de herança (a doação de parte ou da totalidade da herança) e as que nomeiam legatários (doação de bens certos e determinados), bem como as que são feitas entre os esposados ou por terceiros aos esposados e as realizadas pelos esposados a terceiros.

Todas as doações *mortis causa* não são, em princípio, revogáveis depois da sua aceitação (arts. 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1). Mas, nas doações dos esposados a favor de terceiros pode o doador reservar no ato da doação a faculdade de as revogar (art. 1705.º), podendo também ser revogáveis por ingratidão do donatário [arts. 970.º e 975.º, al. a)].

No caso da instituição contratual de herdeiro, de doações de parte ou da totalidade da herança, o doador poderá dispor a título oneroso de bens certos e determinados que se integrem na doação, mas já não a título gratuito, não podendo realizar doações entre vivos ou *mortis causa* sobre os mesmos bens (art. 1701.º, n.º 1).

Já no caso de nomeação de legatário, de doação de bens certos e determinados, nem mesmo a título oneroso tal doação pode ser afetada. Os poderes de disposição do doador ficam aqui limitados, dado que, sobre os mesmos bens, não pode dispor a título oneroso ou gratuito (arts. 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> SOUSA (2000, p. 146).

<sup>26</sup> Em todo o caso, os n.os 2 e 3 do art. 1701.º determinam que, mediante autorização do donatário, prestada por escrito, ou respetivo suprimento judicial, pode o doador alienar os bens doados com fundamento em grave necessidade, própria ou dos membros da família a seu cargo. Neste caso, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor

A diferença de regime parece assentar no facto de, no caso da instituição de herdeiro, serem doados conjuntos de bens que existirem no momento da morte, e, por isso, só se limita o poder de disposição do doador a atos praticados a título gratuito (que viriam, na prática, a afastar a irrevogabilidade das doações), mas não a título oneroso (onde sempre haverá uma entrada de bens ou direitos no património do doador). Já no caso da nomeação de legatário, a disposição dos bens por parte do doador, mesmo a título oneroso, afetaria a confiança do donatário à sucessibilidade em bens certos e determinados<sup>27</sup>.

De acordo com o disposto no n.º 2 do art. 2028.º os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946.º Assim, os pactos sucessórios são, por regra, proibidos e se forem celebrados são nulos (arts. 286.º e 289.º e ss.).

Há autores que nos falam ainda de uma «sucessão contratual anómala». PINHEIRO (2022, p. 176) utiliza a expressão para designar certos negócios bilaterais válidos que não se enquadram, à partida, na definição de negócios sucessórios e que têm relevância sucessória ou desempenham uma função de atribuição patrimonial semelhante à das deixas testamentárias e pactícias. Referimo-nos a certas doações em vida (como a doação com reserva de usufruto, com reserva de dispor, a doação *cum moriar* ou *si praemoriar*, as doações que realizam a partilha em vida ou as doações em vida imputáveis na legítima subjetiva do donatário)<sup>28</sup> e a certos contratos que são afinal «institutos alternativos ao testamento».

---

que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador.

<sup>27</sup> COELHO (1992, pp. 151 e 152), SOUSA (2000, pp. 143 e 144). CORTE-REAL (1993, p. 85), e CORTE-REAL (2012, p. 84) considera ser esta a única leitura que viabiliza o disposto no art. 1701.º, ou seja, no caso de doações de parte ou da totalidade da herança, o princípio de que o doador não pode prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição íntegra e completa o princípio de que as disposições não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação; no caso de doações de bens presentes certos e determinados (legados), o segundo princípio referido está coberto pelo primeiro.

<sup>28</sup> A propósito das doações em vida feitas aos sucessíveis legitimários prioritários, que tendem a ser imputadas na legítima subjetiva do donatário, considera PINHEIRO (2022, pp. 175 e 176), que tais doações em vida, não sendo qualificáveis como pactos sucessórios, «têm um componente de pacto sucessório renunciativo: ao aceitar uma proposta de doação, o

O Direito das Sucessões português, centrado na transmissão patrimonial assente na propriedade imobiliária, «não atende a manifestações modernas e frequentes de atribuição patrimonial *post mortem*»<sup>29</sup>, não estando previsto no seu âmbito original um tipo de riqueza «objecto de transmissão ou atribuição célere e simplificada segundo regras de Direito Comercial, Bancário ou dos Seguros»<sup>30/31</sup>. Há, por isso, um conjunto de bens e valores que fica à margem das regras sucessórias, estando sujeitos a um «regime jurídico “paralelo” ao sucessório»<sup>32</sup>. Como escreve CORTE-REAL (1993, p. 129), a tutela jus-sucessória dos herdeiros legítimos vai-se desvanecendo perante a realização de plúrimos fenómenos jurídicos gratuitos, de eficácia *post-mortem*, «mas hereditariamente “neutros”, que impressivamente A. Pallazo designa por “Sucessões anómalas” (na expressão de uma autonomia contratual em vida)».

Podem destacar-se neste ponto, e como refere PINHEIRO (2022, pp. 177 e ss.), o seguro de vida, a conta bancária solidária (após a morte de um contitular), o contrato a favor de terceiro (com promessa a cumprir após a morte do promissário), o contrato de sociedade (que contenha estipulações sobre a transmissão por morte de participações sociais), o mandato (*mortis causa* ou *post mortem*), o negócio fiduciário (visando uma atribuição patrimonial posterior à morte de uma das partes) e o *trust* (que confira bens ao beneficiário, por morte do instituidor)<sup>33</sup>.

Pode, assim, o *de cuius* contemplar alguém, fora do domínio sucessório, no âmbito de tais negócios jurídicos. De facto, estamos perante direitos que não integravam a esfera jurídica do *de cuius* e daí a sua natureza não sucessória<sup>34</sup>.

---

legitimário aceita que a totalidade ou parte da sua quota hereditária injuntiva seja antecipadamente preenchida, renunciando à intangibilidade qualitativa da legítima».

<sup>29</sup> PINHEIRO (2022, p. 30).

<sup>30</sup> PINHEIRO (2022, p. 31).

<sup>31</sup> Além de restringir a liberdade individual ao prever uma sucessão legítima onde não se atende ao mérito ou às necessidades dos beneficiários e às relações que têm com o *de cuius*.

<sup>32</sup> CORTE-REAL (1993, p. 194)4.

<sup>33</sup> Sobre os referidos negócios v., também, XAVIER (2016, pp. 104 e ss.). Para uma análise mais desenvolvida destes institutos alternativos ao testamento, v., MORAIS (2016, pp. 711-909), e MORAIS (2018, *passim*).

<sup>34</sup> FERNANDES (2012, p. 121). ASCENSÃO (2000, p. 54) refere-se às «atribuições *mortis causa* excluídas das sucessões».

Significa isto que a lei proíbe, como regra, os pactos sucessórios, mas, por via da celebração de outros negócios consegue alcançar-se efeitos idênticos a tais pactos e sem qualquer sujeição às regras sucessórias, nomeadamente, de respeito da legítima.

Mas a lei admite alguns contratos sucessórios, como já tivemos oportunidade de referir<sup>35</sup>. De acordo com os arts. 1700.º e ss. são admitidos pactos sucessórios nas convenções antenupciais<sup>36</sup>. Como já referimos, aí se prevê a existência dos seguintes contratos sucessórios: 1) a instituição pelos esposados na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, reciprocamente ou apenas a favor de um deles, como herdeiros ou legatários entre si [arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2]; 2) a instituição por uma terceira pessoa, por doação *mortis causa*, a favor de um ou ambos os esposados como seu herdeiro ou legatário [arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2]; 3) a instituição por qualquer um dos esposados, ou por ambos, na convenção antenupcial, e

---

<sup>35</sup> Como escreve MORAIS (2016, p. 330), o sistema sucessório português consagra uma proibição mitigada de pactos sucessórios, atendendo aos pactos que são expressamente admitidos na lei. Ficam, em todo o caso, abertas as portas a que outros institutos sejam qualificados como pactos sucessórios. Assim, como pactos sucessórios institutivos inominados, e no âmbito da realidade sucessória, chama o autor a atenção para algumas regras relativas à partilha dos bens comuns (em particular, a figura prevista no art. 1719.º, que qualifica como pacto sucessório institutivo numa perspetiva substancial); para a figura da partilha em vida (doação *sui generis* com o teor de uma renúncia à intangibilidade qualitativa da legítima, à colação e à redução por inoficiosidade, qualificando o autor tal renúncia como pacto sucessório renunciativo); da dispensa de colação (aferindo da sua qualificação como pacto sucessório institutivo); ou ainda para a possibilidade de o divórcio por mútuo consentimento ser visto como um pacto sucessório renunciativo numa perspetiva substancial (mesmo autor e obra, pp. 330-405). Quanto à existência de um pacto renunciativo na partilha em vida, v. também, XAVIER e LEMOS (2019, pp. 25-42).

<sup>36</sup> Como refere FERNANDES (2012, p. 569), os casos de admissibilidade de pactos sucessórios são o das disposições sucessórias feitas em convenção antenupcial e reguladas nos arts. 1700.º a 1707.º (a que acrescentamos agora, depois da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, o art. 1707.º-A), e a que fazemos referência no texto, mas também o das doações *mortis causa* para casamento, também realizadas em convenção antenupcial (arts. 1755.º, n.º 2, e 1756.º, n.º 1). A estas aplicam-se as normas dos arts. 1757.º a 1760.º, mas também as normas relativas às disposições sucessórias. De facto, as doações que venham a produzir os seus efeitos por morte do doador são havidas como pactos sucessórios e estão sujeitas ao disposto nos arts. 1701.º a 1703.º (art. 1755.º, n.º 2). Por isso, analisaremos apenas as disposições por morte contidas na convenção antenupcial.

por doação *mortis causa*, a favor de terceiro, que seja pessoa certa e determinada e que intervenha como aceitante na convenção antenupcial, como seu herdeiro ou legatário [arts. 1700.º, n.º 1, al. b), e 1705.º]; 4) a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge [arts. 1700.º, n.º 1, al. c), e 1707.º-A]<sup>37</sup>.

Quanto a estes pactos renunciativos, impõem-se algumas notas.

Por força da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, foi admitida a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge na convenção antenupcial [art. 1700.º, n.º 1, al. c)]. Pode, assim, a convenção antenupcial conter a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.

Como decorre do Projeto de Lei n.º 781/XIII, o objetivo desta alteração legislativa visa essencialmente a proteção dos filhos de anterior união de um dos cônjuges, que garantem, assim, a sua expectativa patrimonial a uma parte da herança, sem comprometer a celebração de novos casamentos. O entendimento de que «não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais potenciais desses filhos», esteve na base do referido projeto. Aí se afirma que «sem pretender proceder a uma revisão da filosofia subjacente ao regime sucessório do Código Civil, o presente projeto de lei propõe a criação de um regime, apenas aplicável àqueles que por mútuo acordo por ele optem, que permite que as pessoas possam contrair matrimónio sem qualquer efeito sucessório, e portanto, sendo esse o caso, sem qualquer efeito nos interesses patrimoniais dos filhos»<sup>38</sup>.

Repare-se que se exige reciprocidade da renúncia para a validade do pacto sucessório, não podendo apenas um dos cônjuges renunciar à sua qualidade de herdeiro legitimário na sucessão a abrir por morte do outro

<sup>37</sup> Para uma análise da sucessão contratual, da proibição dos pactos sucessórios e sua crítica, v. MORAIS (2016, *passim*). Defendendo uma reforma em matéria de pactos sucessórios, conclui o autor que a problemática da autodeterminação sucessória por contrato «se encontra na ordem do dia», impondo-se uma superação da teoria do «monopólio do testamento» (pp. 968 e 969).

<sup>38</sup> Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734e7a6778-4c56684a53556b755a47396a&fich=pl781-XIII.doc&Inline=true>, a 17 de maio de 2023.

cônjuge, o que parece afetar a autonomia da vontade de cada um dos cônjuges. Pense-se, por exemplo, o caso de apenas um dos cônjuges ter descendentes aquando da celebração do casamento, não pretendendo o novo cônjuge concorrer com eles na sucessão, mas não querer deixar os seus bens a qualquer outra pessoa, mas ao cônjuge e eventuais filhos que venham a ter. Esta solução, por não haver reciprocidade, não é admitida pela lei, limitando, assim, a autonomia da vontade dos cônjuges, ainda que partindo do respeito pela igualdade entre eles.

Por outro lado, e nos termos do n.º 3 do mesmo art. 1700.º, o pacto renunciativo à condição de herdeiro legitimário do cônjuge, previsto na al. c) do n.º 1 do mesmo artigo, apenas é admitido caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação<sup>39</sup>.

Resulta do art. 1707.º-A que a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca (n.º 1). A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no art. 2018.º, nem as prestações sociais por morte (n.º 2).

Quanto aos direitos do cônjuge renunciante sobrevivente, convém destacar as soluções encontradas quanto à casa de morada da família e respetivo recheio. Sendo a casa de morada de família propriedade do falecido, o cônjuge sobrevivente pode nela permanecer, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio (n.º 3). Tais direitos caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a razão dessa ausência lhe não for imputável (n.º 5), e não são conferidos se o cônjuge sobrevivente tiver casa própria no concelho da casa de morada da família, ou neste ou nos concelhos limítrofes se esta se situar nos concelhos de Lisboa ou do Porto (n.º 6). Excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar o referido prazo de cinco anos considerando, designadamente, a especial carência em que o membro sobrevivente se encontre, por qualquer causa (n.º 4). Caso o cônjuge sobrevivente tenha completado 65 anos

---

<sup>39</sup> Para uma análise crítica dos pactos renunciativos admitidos no nosso ordenamento jurídico atual, v. Pereira e Henriques (2018, pp. 1-20), e Corte-Real e Santos (2018, pp. 555-574).

de idade à data da abertura da sucessão, o referido direito de habitação é vitalício (n.º 10).

Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o cônjuge sobrevivente tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respetivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações (n.º 7). Neste caso, na falta de acordo sobre as condições do contrato, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados (n.º 8).

O cônjuge sobrevivente tem direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título (n.º 9).

Não compreendemos a restrição da admissibilidade de pactos sucessórios renunciativos aos casos de casamentos a celebrar sob o regime de separação de bens. Julgamos que nos regimes de comunhão, onde o cônjuge já participa no património comum, justificar-se-ia a possibilidade de tal renúncia. Consideram até alguns autores que esta limitação poderá violar o princípio da igualdade, sendo, por isso, inconstitucional (v., art. 13.º da Constituição da República Portuguesa)<sup>40</sup>. Aliás, se a razão apresentada pelo legislador para estes pactos renunciativos passa pela proteção patrimonial dos filhos e pelo incentivo ao casamento nenhuma razão existe para diferenciar o regime de bens.

Por força do art. 4.º da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que determina que a mesma lei entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente ao da sua publicação, a admissibilidade de pactos renunciativos à condição de herdeiro legítimo do cônjuge (e apenas a esta, já que o cônjuge manter-se-á como herdeiro legítimo)<sup>41</sup>, em convenção antenupcial, apenas existe para os novos casamentos, não podendo os cônjuges que já se encontram casados celebrar tal género de pactos sucessórios.

<sup>40</sup> Neste sentido, v. PEREIRA e HENRIQUES (2018, p. 8).

<sup>41</sup> Esta é a solução que nos parece mais adequada atendendo ao sistema sucessório português e ao objetivo visado pelo legislador com a admissibilidade dos pactos renunciativos entre cônjuges, mas a letra da lei nem sempre é clara. Veja-se, por exemplo, o art. 1700.º, n.º 1, al. c), onde se refere a condição de herdeiro legítimo, face ao art. 1707.º-A, que apresenta o regime da renúncia à condição de herdeiro (não especificando se é legal ou apenas legítimo). Neste sentido, v. PEDRO (2018, pp. 442 e ss.).

Talvez se justificasse um tratamento igual de todos os casamentos, celebrados antes ou depois da entrada em vigor da lei. É verdade que tais pactos renunciativos apenas podem ser celebrados nas convenções antenupciais, e, portanto, antes da celebração do casamento. Mas nada impediria que, para este efeito, se admitisse que os cônjuges, casados antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, pudessem fazer um contrato que se traduziria num pacto sucessório renunciativo que, nestes casos, poderia ser realizado fora das convenções antenupciais.

Como vimos, e nos termos do art. 1707.º-A, a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca. Ora, esta possibilidade de condicionar a renúncia por parte de apenas um dos cônjuges poderá significar que a renúncia venha efetivamente a verificar-se em relação a apenas um dos cônjuges e a renúncia que se pretendia recíproca acabará por não o ser, ou seja, se apenas um dos cônjuges, por exemplo, condicionar a sua renúncia à sobrevivência dos filhos, e esta condição não se verificar no momento da morte, tal renúncia acabará por não se verificar, sendo o cônjuge chamado como herdeiro legal; efeito diverso acontecerá se for o cônjuge que não condicionou a sua renúncia a qualquer condição a ser chamado à sucessão do outro (o pacto sucessório renunciativo produzirá os efeitos acordados). Por outro lado, uma condição tão ampla não parece compatível com o objetivo do legislador de proteção dos filhos dos cônjuges. Na verdade, pode condicionar-se a renúncia não apenas à sobrevivência de filhos, mas também de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas<sup>42</sup>.

Não podemos ainda esquecer a solução apresentada no novo n.º 2 do art. 2168.º quanto às liberalidades a favor do cônjuge. Assim, considera a lei que não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da al. c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse. Cria-se desta forma uma legítima virtual do cônjuge que apenas serve para nela imputar as doações feitas ao cônjuge renunciante; e permite-se eventualmente que por via das

---

<sup>42</sup> V. CORTE-REAL e SANTOS (2018, p. 563) e PEDRO (2018, pp. 435-437).

doações no decurso de casamento se frustrar o pretendido com o pacto renunciativo, podendo até contornar, desta forma, o regime da imutabilidade a que estes pactos estão sujeitos (enquanto celebrados em convenções antenupciais).

As soluções avançadas pelo legislador com esta admissibilidade de pactos renunciativos entre os cônjuges são manifestamente insuficientes, sobretudo se tivermos presente a possibilidade de celebração dos chamados negócios alternativos ao testamento que já abordámos.

Será de ponderar uma maior flexibilidade dos pactos sucessórios renunciativos ou até dos pactos sucessórios em geral a que devia juntar-se um novo olhar sobre a sucessão legítima, permitindo-se, dessa forma, uma maior autonomia e liberdade de disposição por parte do autor da sucessão<sup>43</sup>.

### 3. Considerações finais

É legítimo, como vimos, a imposição de restrições ao direito de propriedade privada na sua vertente de liberdade de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*. No caso da disposição dos bens por morte a principal restrição imposta à liberdade de disposição testamentária ou contratual resulta da existência da sucessão legítima. Questionámos a sua existência, pelo menos nos moldes atuais, e propomos uma regulamentação da sucessão mais compatível com a liberdade de disposição dos bens, repondo o direito de propriedade privada no domínio sucessório, como direito de transmissão dos bens, enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado.

Torna-se necessária uma maior flexibilidade na regulamentação da sucessão legítima. Foi essa também a conclusão a que se chegou, depois de uma análise, com diferentes perspetivas, da sucessão legítima em vários ordenamentos jurídicos, na obra *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives*. Acompanhando a evolução na sociedade e na estrutura familiar, impõe-se uma maior abertura e flexibilidade na regulamentação da sucessão «imperativa», privilegiando a vontade do autor da sucessão e a liberdade de testar, quer

---

<sup>43</sup> Defendendo igualmente uma reforma mais ampla do sistema sucessório, v. OLIVEIRA (2018, pp. 8-10).

qualitativamente (substituindo a legítima em bens por um crédito em valor) quer quantitativamente (limitando os legitimários e reduzindo o valor da legítima). A posição dos legitimários pode ser assegurada por via de outros direitos (seja de uso e habitação da casa de morada da família e do seu recheio, seja por via da participação nos bens comuns no caso do cônjuge sobrevivente, seja através de pensões).

A referida evolução social exige também uma nova visão sobre os pactos sucessórios, aceitando-os e permitindo uma renúncia a direitos sucessórios antes da abertura da sucessão<sup>44</sup>.

### Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, O. (2000). *Direito Civil. Sucessões*. 5.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- BASTOS, J. R. (1982). *Direito das Sucessões – segundo o Código Civil de 1966*, vol. II. Viseu: Tipografia Guerra.
- CAMPOS, D. L. (1985). «Parentesco, casamento e sucessão». *Revista da Ordem dos Advogados*. ano 45.º, vol. I, pp. 13-54.
- CANOTILHO, G./MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, P. (1992). *Direito das Sucessões*. Lições policopiadas ao curso de 1973-1974. Coimbra.
- CORTE-REAL, P. (1989). *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.
- CORTE-REAL, P. (1993). *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II (Sucessões). Lisboa: Lex.
- CORTE-REAL, P. (2012). *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris.
- CORTE-REAL, P./SANTOS, D. (2018). «Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto». *Revista de Direito Civil*, n.º 3, pp. 555-574.
- DIAS, C. (2016). «O art. 62.º da Constituição da República Portuguesa – do direito de propriedade privada e das restrições à liberdade de disposição mortis causa», *Atas do Congresso Internacional Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 151-164.
- DIAS, C. (2018). «Da sucessão legítima e da proibição dos pactos sucessórios – a necessária flexibilização». *Future Law. Atas do I Congresso Internacional*

---

<sup>44</sup> V. FOQUÉ e VERBEKE (2009, pp. 217-221).

- sobre o Futuro do Direito, direção de Catarina Santos Botelho e Fábio da Silva Veiga e coordenação de Luís Heleno Terrinha e Pedro Coutinho. Porto: Universidade Católica Editora, pp. 125-142.
- DIAS, C. (2020). «Pactos sucessórios – a solução do legislador português pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto». *Jornadas Internacionais «Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares»*. Atas do Congresso, organização de Cristina Dias, Rossana Martingo Cruz e Regina Beatriz Tavares da Silva. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 289-303.
- ESTEVES, J. L. (2016). «O problema da tipicidade das causas de indignidade sucessória e os tribunais: breve “estudo de caso”». *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*. Coimbra: Almedina, pp. 97-113.
- FERNANDES, L. C. (2012). *Lições de Direito das Sucessões*. 4.ª ed. Lisboa: Quid Juris.
- FERREIRA, J. D. (1898). *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. III, 2.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- FOQUÉ, R./VERBEKE, A. (2009). «Towards an open and flexible imperative inheritance law», *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia.
- GALLANIS, T./GITTLER, J. (2012). «Family caregiving and the Law of Succession: a proposal», *HeinOnline – University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 45, n.º 4, pp. 761-786 (disponível em <http://heiononline.org>, a 17 de maio de 2023).
- GARY, S. N. (2008). «Introduction to Succession Law in the 21st century», *HeinOnline – Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.º 43, pp. 387-392 (disponível em <http://heiononline.org>, a 17 de maio de 2023).
- LEAL, A. (2004). *A legítima do cônjuge sobrevivente – estudo comparado hispano-português*. Coimbra: Almedina.
- MARIANO, J. C. (2019). «A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade». *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 745-769.
- MIRANDA, J./MEDEIROS, R. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.
- MORAIS, D. (2016). *Autodeterminação Sucessória por Testamento ou por Contrato?* Cascais: Principia.
- MORAIS, D. (2018). *Revolução Sucessória – Os Institutos Alternativos ao Testamento no Século XXI*. Cascais: Principia.
- OLIVEIRA, G. (2018). «Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)», pp. 8-10 (disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renúncia-à-condição-de-herdeiro.pdf>, a 17 de maio de 2023).
- O’SULLIVAN, K. (2012). «Spousal Disinheritance Protections under Irish Law: A Proposal for Reform», in *HeinOnline - Common Law World Review*. n.º 41, pp. 246-280 (disponível em <http://heiononline.org>, a 17 de maio de 2023).

- PEDRO, R. T. (2018). «Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, al. c), do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto». *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I/II, pp. 442 e ss.
- PEREIRA, M. S./HENRIQUES, S. (2018). «Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII». *Julgar online*, pp. 1-20 (disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucessórios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf>, a 17 de maio de 2023).
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2008). «Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucessórios del cónyuge sobreviviente». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. n.º 17, I, pp. 177-199 (disponível em <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6098/6560>, a 17 de maio de 2023).
- PINHEIRO, J. D. (2022). *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 5.ª edição. Coimbra: Gestlegal.
- PINTENS, W./SEYNS, S. (2009). «Comparative Law – Germany. Compulsory portion and solidarity between generations in German Law». *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, pp. 167-187.
- QUEIROZ, G. (2010). *Direitos fundamentais. Teoria Geral*, 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer.
- RHODES, A-M. (2008). «On inheritance and disinheritance». *HeinOnline - Real Property, Trust and Estate Law Journal*. n.º 43, pp. 433-446 (disponível em <http://heiononline.org>, a 17 de maio de 2023).
- SOUSA, R. C (2000). *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada. Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, R. C. (1999). *Direito da Família e das Sucessões – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*. Coimbra: Coimbra Editora.
- XAVIER, R. L. (2016). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à margem do Direito das Sucessões*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- XAVIER, R. L./LEMONS, M. C. (2019). «Pacto sucessório renunciativo na “partilha em vida”: a sua importância na sucessão familiar da empresa», pp. 25-42 (disponível em [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26540/1/E-book-Roadmap-para-Empresas-Familiares\\_revisto-31-48.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26540/1/E-book-Roadmap-para-Empresas-Familiares_revisto-31-48.pdf), a 17 de maio de 2023).

# Justiça Digital

RUBEN JUVANDES\*

**Abstract:** The article presents a short overview of the digitalization of justice and the actual digital resolution of disputes. The current stage and the vast possibilities of using business rules. The E-CODEX solution for secure communication. Issues regarding digitalization with online hearings, remote working and the user's technological expectations when interacting with the justice system. The ECLI, predictive justice and judge profiling. In the digital disputes resolution the idea of online courts and ODR systems. The European Uniform procedures EPO and ESCP. Digital Justice and artificial intelligence. Issues related to system governance and transparency. AI bias, the COMPAS example. Major guidelines for AI in the justice system.

**Key words:** digital disputes resolution; digital justice; AI in Courts.

## I. Introdução

O presente escrito pretende apenas ser um modesto contributo para a discussão de alguns aspetos da resolução de litígios no contexto institucional jurisdicional na sua vertente digital.

Cumprе sublinhar que a presente perspectiva é iminentemente prática e focada na resolução do litígio propriamente dito. Neste âmbito não se abordará o ponto de vista do direito substantivo ou das questões das novas tecnologias trazem ao Direito.

Neste âmbito é de chamar a atenção para o recente trabalho do *think tank* para a reforma da justiça. Um dos grupos de trabalho foi dedicado

---

\* Juiz de Direito.

à Justiça digital e inteligência artificial nos tribunais<sup>1</sup>. O resultado final reúne uma perspectiva alargada sobre linhas de reforma do sistema de justiça muito relevante<sup>2</sup>.

## II. Justiça Digital e Digitalização da Justiça

Entrando propriamente no tema podemos distinguir dois domínios de digitalização da justiça:

- i) um primeiro será apenas a digitalização do suporte. Em vez do papel o ficheiro informático, o documento passa a ser essencialmente eletrónico, a prova ou audiência ser prestado em termos telemáticos.
- ii) na segunda aceção será a própria tramitação processual do litígio e a decisão do conflito ser influenciada ou tramitada digitalmente.

## III. Digitalização da Justiça

No primeiro campo cumpre notar que o estado atual dos sistemas de justiça europeus é de mera digitalização do processo. O suporte de papel foi transformado na sua versão digital direta, mas, na sua essência, o processo continua a ser uma sucessão de documentos e atos. Onde antes era papel o mesmo é agora um ficheiro PDF<sup>3</sup>.

Este processo exigiu adaptação das regras processuais quanto à submissão de peças processuais, quanto à apresentação de documentos. Contudo, não exigiu uma alteração da forma do processo ser tramitado.

---

<sup>1</sup> Grupo de trabalho coordenado por José Joaquim Fernandes Oliveira Martins. Membros do Subgrupo: Ana Maria Marques Flórido Pinhol; António Joaquim da Costa Gomes; Carlos Miguel Caiado Pinho; Cláudia Marina Verdial Pina de Neves Cunha; João António Filipe Ferreira; Manuel David Masseno.

<sup>2</sup> NUNO COELHO (Org.). (2023). *Agenda da Reforma da Justiça – Uma reflexão aberta e alargada do judiciário*. Almedina.

<sup>3</sup> DIRK HARTUNG, FLORIAN BRUNNADER, CHRISTIAN VEITH, PHILIPP PLOG, and TIM WOLTERS, «The Future of Digital Justice», disponível em <https://web-assets.bcg.com/3a/4a/66275bf64d92b78b8fabeb3fe705/22-05-31-the-future-of-digital-justice-bls-bcg-web.pdf>.

Neste domínio da produção de prova e realização de diligências é ainda evidente o grande incentivo para a utilização de meios digitais para produção de prova e realização de diligências que resultou do período de pandemia<sup>4</sup>.

A experiência prática permite-nos, neste âmbito, duas observações.

A primeira respeita ao evidente subaproveitamento dos recursos tecnológicos. Com a mera digitalização do processo físico não se aproveita a informação para que possa ser tratada de forma eletrónica. Tanto no nosso sistema e como nos seus congéneres europeus a informação de formulário da qual se possa retirar informação estruturada é em regra limitada à identificação das partes e testemunhas.

Por outro lado, o uso de plataformas informáticas para preenchimento e envio dos competentes formulários, poderá contribuir para aumentar a acessibilidade da justiça o impacto dessas diferenças através de automatismos de validação, descrição e definição e de comportamento imediatamente acionados e conhecimento no preenchimento dos formulários em linha.

Em termos práticos poderá ponderar-se em se pensar antecipar para o campo aplicacional ou técnico, as regras que gerem o processo e que nos explicam como um tribunal. Neste âmbito falamos de regras de negócio ou *business rules*, as regras específicas que determinam como os negócios funcionam e as decisões que podem tomar<sup>5</sup>.

O uso de regras de validação em formulários eletrónicos tem vantagens na qualidade dos dados introduzidos e numa redução de rejeições, erros ou desconformidades.

Mas as regras de negócio vão além da mera validação descrevendo não só as definições do negócio (regras de definição), mas também o seu comportamento (regras de comportamento), as regras definirão o particular constrangimento em cada momento.

Nesta perspetiva as regras de negócio devem ser dirigidas a dois tipos de destinatários distintos: *i*) aos utilizadores propriamente ditos; *ii*) aos profissionais de tecnologias da informação que desenvolvem

---

<sup>4</sup> Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março.

<sup>5</sup> RONALD G ROSS. (2000). «What is a Business Rule?», 1 *Business Rules Journal* 3, disponível em <http://www.brcommunity.com/articles.php?id=b005>.

automatismos nos sistemas enquanto meio de comunicação entre *business* e *technical*.

### **III.1. Digitalização de Justiça no âmbito comunitário.**

De acordo com o Regulamento (UE) 2020/1783 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020, no seu considerando (9):

A Comissão deverá ser responsável pela criação, manutenção e desenvolvimento futuro de uma aplicação informática de referência que os Estados-Membros deverão poder utilizar em vez de um sistema informático nacional, de acordo com os princípios da proteção de dados desde a conceção e por defeito. A Comissão deverá conceber, desenvolver e manter a aplicação informática de referência, em conformidade com os requisitos e princípios em matéria de proteção de dados estabelecidos nos Regulamentos (UE) 2018/1725 e (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, em especial com os princípios da proteção de dados desde a conceção e por defeito. A aplicação informática de referência deverá igualmente incluir as medidas técnicas adequadas e possibilitar as medidas organizacionais necessárias para assegurar um nível de segurança e interoperabilidade adequado aos intercâmbios de informação no contexto da obtenção de prova.

No âmbito comunitário e para resolução de litígios transnacionais cumpre sublinhar o papel do projeto e-CODEX (*e-Justice Communication via Online Data Exchange*) consiste numa infraestrutura digital, conjugando diferentes componentes, para assegurar uma transmissão segura para troca de dados e documentos em linha na área da justiça.

É uma aplicação genérica de e-Delivery desenvolvida propositadamente para ser utilizada em diversos domínios. Na área civil e comercial os casos de uso já em funcionamento, utilizando o e-Delivery disponibilizado pelo e-CODEX, respeitam o procedimento europeu de injunção de pagamento (EPO) e processo europeu para ações de pequeno montante (ESCP).

O e-CODEX oferece assim uma forma segura de transmissão e recepção da informação criando um canal direto de comunicação com o tribunal. O e-CODEX permanece até à presente data um projeto cofinanciado, gerido por um consórcio de várias instituições de diferentes Estados-Membros subdividindo-se em diversos projetos cofinanciados para implementação dos diversos *use cases*<sup>6</sup>.

A eventual adoção do e-CODEX como modelo de comunicação no âmbito da comunicação entre sistemas de justiça, e a sua sustentabilidade, passaria pela sua gestão por uma agência da União designadamente a eu-LISA<sup>7</sup> – Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, com sede em Talin, na Estónia<sup>8</sup>, ou diretamente pela Comissão Europeia (DG Justice).

### ***III.2. Observações relativas à digitalização da justiça***

Neste domínio mais de suporte têm-se suscitado questões relativas ao próprio formalismo do julgamento e a sua conjugação com a prestação de depoimentos de testemunhas, realização de audiências, outros atos processuais e a própria presença do juiz.

Mesmo a nível de representação institucional já no XIII Encontro do Conselho Superior da Magistratura, em novembro de 2018, foi objeto de debate a ideia do juiz por VPN e a presença física do juiz no tribunal<sup>9</sup>. A existência de meios de tramitação processual à distância aliada à produção de decisões e despachos, bem como a apreciação de documentos e tramitação processual exclusivamente eletrónicas, parecem permitir o exercício de remoto da função. No entanto, não se confunde

<sup>6</sup> São já *use cases* implementados pelo e-CODEX em matéria criminal o EVIDENCE2e-CODEX e EXEC (Electronic Xchange of e-Evidences with e-CODEX).

<sup>7</sup> Conforme consta da própria estratégia da agência para o período 2018-2022. «eu-LISA Strategy», eu-LISA, acesso em 4 de junho de 2020, <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Corporate/eu-LISA%20Strategy%202018-2022.pdf>.

<sup>8</sup> «Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA)», eu-LISA, acesso em 4 de junho de 2020, [https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eu-lisa\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eu-lisa_pt).

<sup>9</sup> <http://www.justicativ.pt/flv/ctok5D3Erk8nMfYzNyFRyPUzB.mp4>.

naturalmente com o exercício da função de soberania propriamente dita e a função de representação.

É pertinente citar as conclusões da agenda da reforma da justiça<sup>10</sup>:

- Será igualmente preciso refletir sobre o teletrabalho no âmbito judicial, *maxime* se os magistrados podem (ou devem) sempre trabalhar à distância, realizando todos os julgamentos virtualmente e quase nunca se deslocando ao tribunal onde exercem funções ou se é conveniente assegurar (de que forma) algum tipo de permanência física dos mesmos nos tribunais;
- É importante também assegurar que a possibilidade de realização de julgamentos virtuais não se aplica da mesma forma a todos os tipos de processos e julgamentos, devendo antes depender, por exemplo, da natureza e dos interesses inerentes ao processo, da vontade das partes e do próprio entendimento do juiz que presidirá à audiência final.

Descendo ao nível processual e no que se refere a inquirição de testemunhas por via telemática informal já admitida no nosso Código de Processo Civil (art. 502.º, n.º 1, do CPC).

Neste ponto é paradigmático a expectativa que os utentes da justiça têm na relação com o tribunal sendo frequentemente requerida a inquirição de testemunhas por via de plataformas informáticas a partir de país estrangeiro<sup>11</sup>.

Pedido que não pode ser acedido sem mais, porquanto a solicitação da prestação de declarações de parte a partir do Estado estrangeiro é produção de prova noutro Estado, que exige que a sua realização seja enquadrada num instrumento de cooperação internacional. No caso dos Estados-Membros da União Europeia o recurso ao art. 20.º e formulário N do Regulamento (UE) 2020/1783 (para o caso de prova direta com o

---

<sup>10</sup> NUNO COELHO (Org.). (2023). *Agenda da Reforma da Justiça – Uma reflexão aberta e alargada do judiciário*. Almedina.

<sup>11</sup> Considerando o disposto no art. 502.º, n.º 5, do CPC: «5 - Sem prejuízo do disposto em instrumentos internacionais ou europeus, as testemunhas residentes no estrangeiro são inquiridas através de equipamento tecnológico que permita a comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real, sempre que no local da sua residência existam os meios tecnológicos necessários.»

preenchimento do formulário N dirigido à autoridade central), noutros casos o recurso à Convenção de Haia sobre obtenção de prova e noutros ao abrigo de cartas rogatórias.

A circunstância de se facilitar o uso de plataformas informáticas e que permite o depoimento da testemunha na sua casa ou local de trabalho não deixa de configurar um ato judicial praticado noutro Estado.

Contudo, é de sublinhar que a expectativa do agente e utente da justiça mudou. Verifica-se um desfasamento entre o tipo de interação digital que o utente espera dos tribunais e o que os tribunais disponibilizam.

Por outro lado, mesmo a própria presença física de mandatários judiciais em todas as diligências, mesmo nas que não exigem produção de prova, é questionada face à existência de meios tecnológicos que permitem, como qualidade, a interação em direto dos vários intervenientes.

Mais do que uma mera questão de conveniência é o próprio acesso à justiça que pode beneficiar. As despesas de deslocação e o tempo do mandatário, com reflexos nos honorários, podem ser geridos de forma mais eficiente.

Quanto a estas questões julgamos que se coloca a oportunidade de repensar de alguma forma de trabalhar no tribunal de forma mais ampliada. Em particular, cabe ao juiz no âmbito da gestão processual, e sem prejuízo da concertação com os mandatários, que tipo de facticidade exige a prestação de depoimento presencial e deve merecer o depoimento presencial.

### *III.3. Elementos auxiliares*

Ainda no âmbito da primeira perspetiva é possível mencionar alguns elementos assessórios quanto à realização da justiça propriamente dita, como será o uso de algoritmos para melhor *case management*, a publicação e disponibilização de decisões judiciais.

Quanto a este segundo ponto é de referir o ECLI – European Case Law Identifier<sup>12</sup> – no contexto comunitário.

A publicitação de decisões judiciais suscita questões quanto ao tratamento dos *big data* das decisões judiciais podem implicar em termos de justiça peditiva.

---

<sup>12</sup> [https://e-justice.europa.eu/175/PT/european\\_case\\_law\\_identifier\\_ecli](https://e-justice.europa.eu/175/PT/european_case_law_identifier_ecli).

A justiça preditiva, enquanto a possibilidade de calcular o resultado de um litígio, tem sérias vantagens no acesso à justiça e na ponderação da própria decisão de litigar e pode servir de filtro para litígios desnecessários.

A desvantagem será o *judge profiling*<sup>13</sup>, a identificação de tendências de decisão de juízes concretos e o condicionamento do processo em consideração das referidas tendências.

A título de exemplo, na França, a *Loi n.º 2019-222*, de programação e de reforma da justiça, prevê no seu artigo 33.º que as decisões judiciais são colocadas à disposição do público de forma gratuita e na forma eletrónica, mas os nomes e apelidos das pessoas físicas aí mencionadas são ocultadas previamente, podendo também ser ocultados (para proteger, por exemplo, a sua segurança) os dados dos próprios magistrados e oficiais de justiça.

Por fim, e ainda a título auxiliar, é de referir as ferramentas de acesso à informação jurídica relevante<sup>14</sup>, e de acesso aos sistemas de justiça<sup>15</sup>.

#### IV. Justiça Digital

Na segunda perspetiva falamos em *legal design thinking* em que a própria definição dos processos se adapta a natureza digital. Ou mesmo a própria noção de tribunal conforme defende Richard Suskind<sup>16</sup> – os *online courts* – o conceito que permitiria que para alguns litígios os mesmos exclusivamente tramitados e decididos em linha. Em termos conceptuais seria um tribunal em que os litígios seriam dirimidos por juízes humanos, mas em que inexistente um tribunal físico ou uma audiência ainda que virtual. A prova e as alegações seriam apresentadas através de plataformas *online* e, pelo mesmo meio, seriam proferidas as decisões.

<sup>13</sup> ROBERT AMBROGI. (2015). «Litigation and Legal Research», *Judge Analytics is the New Black*, July 23.

<sup>14</sup> Como é o caso do identificador europeu da jurisprudência (ECLI) [https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_case\\_law\\_identifier\\_ecli-175-pt.do](https://e-justice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-pt.do), ou identificador europeu de legislação (ELI).

<sup>15</sup> Sendo ainda de salientar no portal de justiça as funcionalidades de encontrar um advogado, um notário, um perito entre outras <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=pt>.

<sup>16</sup> RICHARD SUSSKIND. (2019). *Online Courts And The Future Of Justice*. OUP Oxford.

Fora do âmbito da justiça institucionalizada existem os chamados ODR – *Online Dispute Resolution* –, resolução de litígios em linha. Processo cuja resolução poderá passar por negociação, mediação ou arbitragem, mas que se caracteriza por ser integralmente tramitado *online*.

No âmbito comunitário foi criado pelo Regulamento (UE) n.º 524/2013, de 21 de maio de 2013<sup>17</sup>, um mecanismo de ODR europeu para relações de consumo<sup>18</sup>. O art.14.º, do referido Regulamento prevê a obrigação de informação ao consumidor por parte dos comerciantes estabelecidos na União que celebrem contratos de venda ou de serviços em linha e os mercados em linha estabelecidos na União que devem disponibilizar nos seus sítios *web* uma ligação eletrónica à plataforma de ODR.

O ODR em causa não é um meio formal de resolução de litígios judicial.

No entanto, e embora os meios ADR – *Alternative Dispute Resolution* – sejam os mais fáceis de implementar e adaptar ao meio digital o desafio será a criação de uma forma de resolução de litígios judicial com um processo que não seja necessariamente colaborativo.

E pensamos isto para o comércio *online* sobretudo com o consumidor. No entanto, existem outros aspetos da vida social e económica de hoje que são exclusivamente vividos em linha. A título de exemplo pensemos na presença nas redes sociais, e o carácter indiscutível sancionatório que a suspensão da presença de redes sociais, no contexto sancionatório informalmente organizado por as entidades que gerem estas plataformas. O recurso à tutela jurisdicional deve existir uma oferta institucional distinta da tradicional<sup>19</sup>.

No contexto comunitário e para a resolução de litígios transfronteiriços cumpre fazer referências aos processos europeus uniformizados. Neste âmbito merecem especial destaque o procedimento europeu

---

<sup>17</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EL>.

<sup>18</sup> <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show>.

<sup>19</sup> LUCAS HIERONIMUS e FLORIAN BACHMANN. «Social media sanctions – the new procedural justice?», Maastricht University, disponível em: <https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2021/03/social-media-sanctions-%E2%80%93-new-procedural-justice>.

de injunção de pagamento (EPO)<sup>20</sup> e processo europeu para ações de pequeno montante (ESCP)<sup>21</sup>, exemplos de modelos autónomos para litígios transfronteiriços criados pela União Europeia.

São processos europeus uniformes ou uniformizados para reclamação litigiosa de créditos transfronteiriços na União Europeia que coexistem com alternativas nacionais. O procedimento europeu de injunção de pagamento cria um processo harmonizado para a cobrança de créditos incontestados. O processo europeu para ações de pequeno montante cria um verdadeiro processo europeu declarativo litigioso.

## V. Justiça Digital e inteligência artificial

A aplicação de inteligência artificial no domínio da justiça coloca o desafio de pensar a própria tramitação da resolução do litígio e poderá implicar uma redefinição das regras processuais para o efeito.

Sem pretensão de definições técnicas podemos distinguir algoritmos de *machine-learning* dos algoritmos tradicionais pela sua capacidade de processar enormes quantidades de informação e aprender pelos exemplos.

Enquanto que os algoritmos tradicionais são criados com instruções de como processar informação, os algoritmos de *machine-learning* são alimentados com uma grande quantidade de informação para se adaptarem. Conseguem criar a sua regra de decisão ou prever um determinado resultado.

Esta diferença suscita exigências de transparência e isenção, incompatíveis com sistemas de algoritmo escondido (sistemas *black box*), bem como da falta de clareza relativa à responsabilidade pelos mesmos e à prestação de contas.

Em termos judiciais, e considerando o princípio da separação de poderes, a justiça digital suscita questões de domínio e de governação. A participação dos conselhos de justiça na governação de sistemas

---

<sup>20</sup> Regulamento (CE) n.º 1896/2006 – <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/european-order-for-payment-procedure.html>.

<sup>21</sup> Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02007R0861-20170714>.

informáticos de suporte à justiça até ao domínio de servidores e acesso à informação tem sido debatida em termos nacionais e comunitários<sup>22</sup>.

Existem já algumas experiências em direito comparado de utilizações de inteligência artificial na administração da justiça.

Um dos sistemas mais conhecidos é o sistema COMPAS<sup>23</sup>, da empresa Northpoint Inc./Equivant que é utilizado em alguns tribunais dos Estados Unidos como auxiliar a calcular a probabilidade de condenados reincidirem.

A utilização do sistema COMPAS permitiu identificar alguns obstáculos no uso de inteligência artificial na área da justiça. Em particular quanto ao sistema COMPAS o conhecido estudo do ProPublica.org,<sup>24</sup> que identificou *bias*, viés ou tendência racial nos seus resultados.

Os *bias*, viés ou tendência do algoritmo têm sido enquadrados em três tipos possíveis<sup>25</sup>:

- i) viés na construção do modelo do algoritmo;
- ii) viés na amostra que é utilizada para treinar o algoritmo;
- iii) viés social que é detetado e ampliado pelo algoritmo.

A questão de *bias* no sistema de justiça tem levado os autores a considerar que qualquer sistema no âmbito da justiça terá de ser, na sua estrutura, um sistema misto, definido como «*human in the loop*». Um sistema que exige supervisão humana tanto na programação, na alimentação e em que o resultado final exige *input* do utilizador<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Questões já abordadas pela ENCJ – Rede Europeia dos Conselhos de Justiça <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/Projects/digital/ENCJ%20DJF%202019%20report.pdf>.

<sup>23</sup> <https://www.equivant.com/practitioners-guide-to-compas-core/>.

<sup>24</sup> Disponível em <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>

<sup>25</sup> Ignacio N. Cofone. (2021). «AI and Judicial Decision-Making», in *Artificial Intelligence and the Law*, Florian Martin-Bariteau & Teresa Scassa (eds.). Toronto:LexisNexis Canada. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3733951](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3733951).

<sup>26</sup> <https://www.telusinternational.com/glossary/human-in-the-loop>.

Contudo, o próprio utilizador humano pode ser fonte de outro tipo de viés. O excesso de confiança na precisão do sistema e no automatismo tem sido considerado como viés da automação<sup>27</sup>.

No âmbito da inteligência artificial na área da justiça existem referenciais internacionais a considerar, onde as questões *supra* referenciadas são consideradas:

- i) Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente adotada pela CEPEJ (Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça) na sua 31.ª reunião plenária (Estrasburgo, 3 e 4 de dezembro de 2018)<sup>28</sup>;
- ii) Princípios da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico) sobre Inteligência Artificial, adotados em 22/05/2019<sup>29</sup>;
- iii) Comunicação da Comissão Inteligência artificial para a Europa (estratégia para IA), COM/2018/237, publicada em 25/04/2018<sup>30</sup>;
- iv) Em novembro de 2021 a UNESCO publicou o documento «*Recommendation on the ethics of artificial intelligence*»<sup>31</sup>;
- v) Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> KATE GODDARD, ABDUL ROUDSARI & JEREMY C. WYATT. (2012). «Automation Bias: A Systematic Review of Frequency, Effect Mediators, and Mitigators», 19:1 J. Am. Med. Inform. Assoc. 121. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21685142/>.

<sup>28</sup> <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>.

<sup>29</sup> <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

<sup>30</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>.

<sup>31</sup> <https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/recommendation-ethics>.

<sup>32</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

# Arbitragem e Tecnologia: uma visão panorâmica<sup>1</sup>

ANDRÉ ALMEIDA MARTINS\*

**Resumo:** Em função da flexibilidade processual que a caracteriza, a arbitragem sempre relevou uma apetência pela inovação processual e prática, em busca de maior eficiência e eficácia processuais. Por isso mesmo, a arbitragem tem servido como laboratório processual para algumas soluções que, depois de consolidadas, por vezes transitam para o processo estadual. A utilização da tecnologia no domínio arbitral é precisamente perspetivada como impulsionadora de eficiência e eficácia processuais, com uma tradução económica: a possibilidade de redução dos elevados custos do processo arbitral. O objetivo desta comunicação é precisamente proporcionar uma visão panorâmica e eminentemente prática sobre a forma como as mais recentes ferramentas tecnológicas estão a ser utilizadas na arbitragem e se tornaram, atualmente, em instrumentos muito úteis no desenvolvimento do processo arbitral.

**Palavras-chave:** arbitragem; tecnologia; eficiência e eficácia processuais.

**Abstract:** Due to the procedural flexibility that characterises it, arbitration has always shown an appetite for procedural and practical

---

\* Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; CEID.

<https://orcid.org/0000-0002-5673-2142>

<sup>1</sup> O presente texto corresponde à intervenção na Conferência Internacional Património, Sucessão e Autonomia, tendo-se optado por manter o discurso coloquial e o registo prático usado na intervenção oral. Em consequência, o texto encontra-se despidido de referências bibliográficas, sem prejuízo da lista final de bibliografia consultada para preparação da intervenção. Como suporte visual da apresentação foram projetados elementos estatísticos e exemplos de meios tecnológicos referidos na intervenção, que serão devidamente referenciados no texto.

innovation, in search of greater procedural efficiency and effectiveness. For this very reason, arbitration has served as a procedural laboratory for some solutions which, once consolidated, are sometimes transferred to state proceedings. The use of technology in arbitration is seen precisely as a driver of procedural efficiency and effectiveness, with an economic translation: the possibility of reducing the high costs of the arbitration process. The aim of this communication is precisely to provide a panoramic and eminently practical view of how the latest technological tools are being used in arbitration and have now become very useful instruments in the development of the arbitration process.

**Keywords:** arbitration; technology; procedural efficiency and effectiveness.

**Sumário:** 1. Nota introdutória; 2. Arbitrabilidade de litígios familiares patrimoniais. 3. Arbitragem e Tecnologia: 3.1 Enquadramento; 3.2 Preparação do processo arbitral: *a)* Constituição do tribunal arbitral; *b)* Gestão documental: *i)* Gestão e transferência de dados/documentos; *ii)* Plataformas de revisão documental; *c)* Inteligência artificial na revisão de documentos; *d)* Ferramentas analíticas («*Legal analytics*») e «*mind mapping*»; 3.3 Audiências: *a)* Telepresença; *b)* Realidade virtual e realidade aumentada; 3.4 Decisão arbitral. 4. Problemas no horizonte: 4.1 Questões decorrentes do processo equitativo; 4.2 O cibercrime (acesso ilegítimo à informação).

## 1. Nota introdutória

A título introdutório, gostava de começar por realçar a relevância de um painel dedicado à «Resolução de litígios na era digital» no âmbito de uma Conferência Internacional dirigida, principalmente, à discussão de temas relacionados com o património e a sucessão, com um enfoque claro no âmbito do direito da família e do direito das sucessões. De facto, devo começar por saudar a organização da Conferência pela perspetiva abrangente com que planeou a discussão, revelando a consciência de que a concretização jurisdicional das opções normativas desempenha um papel muito relevante na realização do Direito.

Nesse sentido, falando de resolução de litígios na era digital, a minha intervenção situar-se-á no âmbito da arbitragem. O meu objetivo

será proporcionar uma visão panorâmica e eminentemente prática sobre a forma como as mais recentes ferramentas tecnológicas estão a ser utilizadas na arbitragem e são, atualmente, instrumentos muito úteis no desenvolvimento do processo arbitral.

Antes, porém, e de forma a estabelecer uma ligação à temática geral desta Conferência, gostava de deixar um pequeno apontamento relativamente à possibilidade de recurso à arbitragem como forma de resolução de muitos dos litígios que podem surgir no âmbito das matérias substantivas que vão ser objeto de discussão durante estes dois dias de conferências.

## 2. Arbitrabilidade de litígios familiares patrimoniais

Para que um determinado litígio possa ser resolvido através de um processo arbitral é necessário, além de outros requisitos, que o mesmo possua uma determinada *qualidade*, que na doutrina arbitral se convencionou chamar *arbitrabilidade objetiva*. No fundo, está em causa saber se esse litígio é suscetível de submissão à decisão por árbitros, o que além de configurar um requisito de validade da convenção de arbitragem, constitui igualmente um limite à jurisdição do tribunal arbitral e ainda um requisito de validade da sentença arbitral.

A lei portuguesa (Lei da Arbitragem Voluntária – Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) trata esta matéria da seguinte forma: em primeiro lugar, estabelece uma delimitação negativa, expressamente excluindo da decisão por árbitros duas categorias de litígios, a saber, por um lado, aqueles exclusivamente submetidos à jurisdição dos tribunais do Estado (através de lei especial, por exemplo, no domínio do Direito Penal, Insolvência, Regularidade e Licidade do Despedimento) e, por outro lado, aqueles submetidos a arbitragem necessária; em segundo lugar, pela positiva, a lei adota um critério geral de arbitrabilidade nos seguintes termos: «qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros» (artigo 1.º, n.º 1, da LAV).

A patrimonialidade é um critério relativamente simples: basta que o objeto do litígio envolva qualquer tipo de interesse patrimonial, para que seja suscetível de ser decidido pela via arbitral. Aqui se incluem não só todas as pretensões que tenham uma expressão monetária ou

pecuniária, mas também conflitos que tenham como objeto transações económicas.

Não obstante, além da patrimonialidade, a lei acrescenta ainda um outro critério, o da transigibilidade, pois estabelece igualmente que: «É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.» (artigo 1.º, n.º 2, da LAV).

Interpretando este segundo critério – por recurso à definição e regime do contrato de transacção (artigos 1248.º e seguintes do Código Civil) e ainda tendo em conta o artigo 289.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – retiramos que as partes não podem transigir sobre direitos indisponíveis, pelo que fica naturalmente excluída a resolução arbitral de litígios relativos a direitos familiares pessoais, como os que podem ocorrer, por exemplo, no contexto dos institutos da filiação, da adoção ou do divórcio.

Contudo, sabemos que uma dimensão muito relevante dos direitos familiares e sucessórios é estritamente patrimonial e que essa dimensão suscita, com frequência, litígios significativos não só do ponto de vista económico, mas também no contexto da vida familiar e empresarial. Ora, esse tipo de litígios – por exemplo, litígios entre parentes na sequência da abertura da herança ou litígios no âmbito da sucessão em empresas familiares – podem ser resolvidos por recurso a arbitragem e, do meu ponto de vista, em alguns casos com inequívocas vantagens em relação à jurisdição estadual, nomeadamente, ao nível da celeridade processual e especialização do decisor. Não me alongo nesta matéria, mas fica o ponto feito para que o possam ter em consideração também na discussão das soluções substantivas no âmbito destas matérias.

### 3. Arbitragem e Tecnologia

#### 3.1 *Enquadramento*

Voltando ao tema principal da minha intervenção, a primeira ideia que gostava de transmitir é a de que a arbitragem, sobretudo a arbitragem internacional, sempre relevou uma apetência pela inovação processual e prática, em busca de maior eficiência e eficácia processuais. De

facto, uma das principais características da arbitragem é a designada flexibilidade processual, que também se traduz em maior autonomia para testar novas soluções e práticas, sobretudo no cotejo com a jurisdição e processos estaduais, tipicamente preparados para processos de massa. Nesse sentido, a arbitragem tem, em alguns domínios, servido como laboratório processual para algumas soluções que, uma vez aí consolidadas, fazem uma paulatina transição para o processo estadual (em Portugal, por exemplo, no âmbito das declarações de parte).

Ora, a utilização da tecnologia no domínio arbitral é perspectivada como impulsionadora de eficiência e eficácia processuais, com uma tradução económica: a possibilidade de redução dos elevados custos do processo arbitral.

Na verdade, o argumento *económico* é muitas vezes mobilizado no confronto comparativo entre o recurso à jurisdição arbitral ou estadual: muito embora em termos relativos – considerando elementos como a duração do processo, a especialização dos decisores, a definitividade da sentença – não seja bem assim, é um facto que, olhando apenas para os custos, um processo arbitral é tipicamente mais caro – bastante mais caro – que um processo estadual. A soma que tem como resultado este valor final elevado incorpora diversos elementos: honorários dos árbitros; custos administrativos; custos com peritos; honorários com advogados; despesas de preparação e produção documental; despesas de realização das audiências (custos com local e deslocações de árbitros, advogados, testemunhas, peritos, etc.).

Neste âmbito, os recursos tecnológicos têm sido mobilizados na arbitragem justamente com o objetivo de redução significativa destes custos, nomeadamente, os custos administrativos, as despesas de preparação e produção documental e despesas de realização das audiências.

Portanto, a utilização da tecnologia, sobretudo no âmbito da arbitragem internacional, é já antiga e não é, de todo, uma consequência pandémica. No estudo *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, efetuado pela Queen Mary University of London, relativo ao ano de 2018, com base em inquéritos dirigidos a praticos da arbitragem internacional (nomeadamente, árbitros e advogados) já se assinalava que uma percentagem significativa (acima dos 50%) dos inquiridos utilizava, nos seus processos arbitrais, sistemas de videoconferência, tecnologias de sala de audiência (apresentações multimédia, transcrições

eletrónicas em tempo real) e sistemas de armazenamento de dados em *cloud*. No mesmo estudo, os inquiridos respondem quase de forma unânime (acima dos 90%) que essas tecnologias devem passar a ser usadas com mais frequência nas arbitragens internacionais, sendo que mais de 70% dos inquiridos antecipavam a introdução nos processos arbitrais internacionais de sistemas de inteligência artificial (*data analytics* e tecnologia de revisão de documentos) e de salas de audiência virtuais.

Naturalmente que o contexto pandémico veio acelerar esta tendência de utilização de tecnologia inovadora no processo arbitral. Em 2021, o conhecido arbitralista Gary Born conduziu um estudo relativo à realização de audiências remotas em arbitragens internacionais em 2020, cujos resultados evidenciam que a utilização destes mecanismos praticamente duplicou após 15 de março de 2020. Além disso, no que diz respeito às expectativas de utilização de soluções de tecnologia de informação num contexto pós-pandémico, 95% dos inquiridos revelam o entendimento de que, na conferência inicial de preparação do processo arbitral, o tribunal deve discutir com as partes que tecnologias deverão ser adotadas, naquele processo em concreto, para alcançar maior eficiência processual, incluindo sistemas de videoconferência, tecnologias de sala de audiência, sistemas de armazenamento de dados em *cloud* e medidas específicas de cibersegurança. Não obstante, apenas 51% dos inquiridos consideram a *competência tecnológica* como um fator importante na escolha dos árbitros.

A prática releva, de facto, que há neste momento meios tecnológicos inovadores a ser utilizados ou pelo menos em perspetiva em vários domínios do processo arbitral. A pesquisa que efetuei permite-me identificar diferentes contributos, que dividi em três áreas: a preparação do processo arbitral, a realização das audiências e a decisão arbitral.

### ***3.2 Preparação do processo arbitral***

A fase processual contenciosa de uma arbitragem é normalmente antecedida por um período em que, em primeiro lugar, as partes – ou a parte que pretende iniciar a resolução do litígio pela via arbitral – avaliam a viabilidade da ação, aferindo a probabilidade de obtenção de um ganho de causa total ou parcial, a partir do enquadramento jurídico da factualidade relevante, conjugado com os diversos materiais probatórios

disponíveis para a demonstração em juízo dessa realidade factual. Uma componente muito relevante dessa avaliação passa pela análise e seleção da prova documental, o que muitas vezes, sobretudo no âmbito de arbitragens internacionais de grande monta, implica a revisão de milhares de documentos. Veremos que os práticos da arbitragem encontram já disponíveis diversas ferramentas para executar este trabalho, com uma eficiência e rapidez de resultados praticamente inalcançável mesmo a equipas compostas por um elevado número de advogados a rever documentação.

Já após a decisão de avançar para a resolução do litígio por via arbitral, há um passo obviamente anterior ao início da fase contenciosa-processual propriamente dita, que passa pela constituição do tribunal arbitral, incluindo a seleção dos árbitros, o que como sabemos, não ocorre no âmbito dos tribunais estaduais, instituições permanentes de realização da justiça em que a distribuição do serviço judicial é feita de forma aleatória, de acordo com o princípio do juiz natural. Neste domínio, há também já alguns caminhos que se apontam para possíveis futuros contributos da tecnologia na constituição do tribunal arbitral.

Voltando ao campo documental, mas já no âmbito da gestão documental das próprias peças processuais e documentação junta ao processo, está já consolidada a utilização de ferramentas que permitem alojar, organizar e transferir documentos volumosos recolhidos e/ou trocados numa arbitragem.

Vejamos em maior detalhe alguns destes temas.

#### a) Constituição do tribunal arbitral

Neste domínio, a questão que a doutrina e a prática têm vindo a colocar é a da possibilidade de utilização de sistemas de inteligência artificial para antecipação da decisão arbitral em função do árbitro ou árbitros escolhidos.

Avança-se com a possibilidade de serem utilizados estes sistemas no momento da constituição do tribunal arbitral, sobretudo quando este é coletivo, permitindo que cada parte, em conjunto com o seu advogado, no momento em que lhe cabe escolher o árbitro que tem direito a nomear o possa fazer a partir de diferentes cálculos que o *software* fará: (i) cálculo das probabilidades de procedência da ação em geral e com um árbitro em particular; (ii) cálculo do montante dos danos em geral e com um

árbitro em particular e (iii) cálculo do momento em que a decisão será proferida em geral e tendo em conta um centro de arbitragem /árbitro em particular. Para o efeito, o *software* só teria que ser «carregado», além dos elementos factuais e jurídicos do caso concreto, com toda a informação pertinente relativamente ao árbitro ou árbitros em particular, nomeadamente, escritos doutrinários sobre a matéria relevante ou mesmo anteriores sentenças arbitrais que por estes tivessem sido proferidas.

Tanto quanto pude apurar ainda não estão disponíveis comercialmente sistemas de inteligência artificial para este efeito no domínio arbitral, mas parece que não tardarão.

#### b) Gestão documental

No âmbito da gestão documental do processo arbitral, encontramos ferramentas para a simples gestão e transferência de dados/documentos e plataformas para revisão documental.

##### i) Gestão e transferência de dados/documentos

Existem no mercado dezenas de programas que servem como plataforma para alojar, gerir, organizar, ordenar e transferir documentos volumosos recolhidos e/ou trocados numa arbitragem. Estão em causa fundamentalmente sistemas baseados na *cloud* que servem como repositórios de documentos da arbitragem, permitindo aos utilizadores carregar, etiquetar e partilhar alegações e peças arbitrais através de um local único e centralizado a que todas as partes e membros do tribunal podem aceder.

Exemplos: Affinitext, CaseMap, Exhibit Manager, FileCloud, Opus Magnum, SharePoint, Strutlegal, TransCEND.

##### ii) Plataformas de revisão documental

Nestas plataformas, grandes volumes de dados são carregados, revistos, codificados e produzidos a partir de um único sistema que pode ser alojado num único local central (escritório de advogados, cliente ou fornecedor do serviço) ou remotamente. Estes programas permitem reduzir o volume de dados eletrónicos através de ferramentas de eliminação precoce de documentos, tais como duplicação, quase duplicação e identificação de *threading* de correio eletrónico. Alguns programas permitem ainda identificar ficheiros multimédia, transcrever os seus conteúdos e efetuar pesquisas para ajudar a localizar documentos-chave.

Exemplos: Relativity; Nuix Discovery.

### c) Inteligência artificial na revisão de documentos

Ainda no domínio da revisão de documentos, afigura-se evidente que o mercado vai rapidamente ser dominado pela inteligência artificial, não só ao nível da recolha e seleção de documentação relevante, mas também no que diz respeito à própria produção documental.

Ao nível da recolha de documentação relevante, temos já tecnologia que permite:

- Recolha e revisão de documentos em formatos de dados não estruturados (por exemplo, plataformas de *chat* (tipo WhatsApp), MMS e SMS, agrupando as mensagens num formato coerente que o revisor possa ler sequencialmente.
- Acesso rápido às tendências dos tipos e volumes de dados através de uma visão aérea do fluxo e volume de correio eletrónico ou de linhas de tempo de correio eletrónico.
- Visualização de redes sociais e consolidação de pseudónimos de correio eletrónico num único identificador que representa cada pessoa (mapeamento dos participantes em conversas relevantes).

Quanto à produção documental, realçam-se:

- Ferramentas de *auto-redaction* que podem reduzir o tempo necessário para a revisão de documentos contendo informação privilegiada e sensível e a sua anonimização automática (palavras sensíveis, frases, números da segurança social e números de cartões de crédito).
- A possibilidade de treinar um modelo para identificar documentos e auto-anonimizar documentos através da revisão e modelação de um pequeno conjunto inicial de documentos. O *software* aplica então o modelo ao restante conjunto de documentos e fornece sugestões para a codificação desses documentos. Sempre que o utilizador do *software* efetua uma revisão secundária dos documentos codificados, o *software* adapta e altera a sua codificação de modo a corresponder às entradas do utilizador.

Exemplos: Brainspace, KLDDiscovery, NexLP, Sentio Software, Veritone.

d) Ferramentas analíticas («*Legal analytics*») e «*mind mapping*» Um conjunto de ferramentas muita em voga nos grandes escritórios de advogados norte-americanos são os *softwares* que ajudam os advogados a desenvolver e explorar factos e fundamentos jurídicos, e organizá-los numa estrutura lógica, muitas vezes visual. Estas ferramentas analíticas podem ser utilizadas para mapear estratégias de casos, identificar informação crítica e descobrir padrões, relações, prioridades e tendências.

Exemplos: Brainspace, Legal Analytics by Lex Machina, Courtroom Visuals, Ross Intelligence, TreeAge Pro.

### 3.3 Audiências

O tema que tem convocado a atenção da doutrina e dos práticos da arbitragem é o da realização de audiências integralmente remotas, isto é, na definição utilizada por Ana Coimbra Trigo e Sofia Rodrigues «aquela que se realiza mediante a utilização de tecnologias de comunicação para ligar simultaneamente vários participantes que se encontram em locais diferentes».

De acordo com a lei de arbitragem portuguesa, salvo convenção das partes em contrário, o tribunal decide se serão realizadas audiências para a produção de prova ou se o processo é apenas conduzido com base em documentos e outros elementos de prova. Não obstante, o tribunal deve realizar uma ou mais audiências para a produção de prova sempre que uma das partes o requeira, a menos que as partes hajam previamente prescindido delas (art. 34.º, n.º 1, da LAV). Por outro lado, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado (art. 31.º, n.º 2, da LAV).

O que é fundamental nesta matéria é garantir às partes uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final, o que constitui uma das expressões do direito ao processo equitativo que a lei impõe imperativamente (artigo 30.º, n.º 1, da LAV) e que, de resto, tem cobertura constitucional (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa).

Em função destes dados normativos, alguma doutrina tem assinalado que inexistente na lei qualquer direito das partes a uma audiência física, podendo aquelas exigências legais ser integralmente cumpridas no contexto de uma audiência remota. Tendo a concordar, mas julgo que, em qualquer caso, o tribunal arbitral só o deverá determinar se conseguir reunir o consenso das partes para o efeito. E isto, não obstante serem ainda evidentes alguns problemas das audiências remotas em comparação com as audiências físicas, como por exemplo:

- Dificuldade no âmbito dos princípios da oralidade e da imediação: a proximidade física do depoente é que permite verdadeiramente ao julgador analisar cabalmente o depoimento (a postura, o olhar, a cadência do discurso, o gesto).
- O efeito de solenidade da sala de audiência, que naturalmente influencia o depoente, perde-se ou é muito limitado numa audiência remota.
- O controlo do contacto entre testemunhas entre depoimentos pode ser impossível de realizar ou apresentar dificuldades significativas.

No que diz respeito à realização de audiências em geral, há duas tecnologias que julgo merecerem destaque: a telepresença e a utilização de realidade virtual e realidade aumentada.

#### a) Telepresença

Encontram-se já em funcionamento diversos centros de telepresença, que permitem que vários participantes estejam em salas idênticas com câmaras de «*roaming*» de alta qualidade que criam a sensação virtual de estarem juntos numa única sala. Os participantes podem alugar e reservar espaços em centros localizados em todo o mundo, com a possibilidade de reserva simultânea de múltiplos participantes em diferentes locais.

Exemplos: Cisco Telepresence; OWL Camera.

#### b) Realidade virtual e realidade aumentada

A realidade virtual e/ou a realidade aumentada são relativamente novas no mercado e ainda não fizeram incursões significativas na

arbitragem internacional. Esta tecnologia permite a criação de ambientes virtuais imersivos, que são cenas artificiais, interativas, criadas por computador, combinando projeções de alta resolução e computação gráfica 3D que dão ao utilizador a experiência de estar presente num ambiente virtual.

Há *software* que faz digitalização a laser, *design* 3D, animação, que permite recriações quase perfeitas de locais ou objetos, permitindo a inspeção de componentes, montagens e espaços de grande volume.

Exemplos: A2L Consulting (formerly Animators at Law), Cogent Legal, Courtroom Visuals, DAQRI Worksense Model.

### 3.4 *Decisão Arbitral*

A inteligência artificial constitui, para usar uma definição de Mafalda Miranda Barbosa, uma «tentativa de replicar a capacidade cognitiva e decisória do ser humano através de um modelo sintético (computacional)». Já todos teremos uma percepção, mais ou menos exata, de que o desenvolvimento destes sistemas terá um impacto muito relevante em todos os domínios da atividade humana, e o Direito não escapará a essa influência.

Além da utilidade que estes sistemas já têm e podem vir a ter cada vez mais nas fases anteriores à decisão nos processos jurisdicionais, é natural que surja a pergunta sobre se as potencialidades da inteligência artificial poderão ir ao ponto de permitir a substituição do decisor, seja ele um juiz estadual ou um árbitro ou conjunto de árbitros, uma vez carregado o sistema com todos os elementos factuais e jurídicos necessários para uma decisão.

O problema já está efetivamente colocado e é discutido, sendo apontadas as seguintes aparentes vantagens do modelo:

- Ausência de problemas de imparcialidade, princípio relevantíssimo na resolução contenciosa de litígios e que, na arbitragem em particular, coloca problemas específicos em função das características próprias da jurisdição arbitral.
- Afastamento de fatores externos que afetam os seres humanos (exaustão, instabilidade emocional, etc.)

- Detecção de padrões e respostas emocionais que escapam aos seres humanos.
- Celeridade processual.

Não obstante estas (aparentes) vantagens, parece que a substituição do julgador humano por um *robot* não estará para breve, na medida em que esse modelo se depara com obstáculos que parecem inultrapassáveis.

Em primeiro lugar, apontam-se questões de falta de transparência na fundamentação, já que a complexidade dos algoritmos não permitiria às partes (nem ao árbitro...) perceber as premissas e o *iter* cognoscitivo da decisão.

Por outro lado, não se devem dar por encerradas de forma tão perentória as questões relativas à imparcialidade, na medida em que o ponto de partida de um sistema de inteligência artificial é uma atividade humana de recolha e inserção de dados a partir na qual a máquina baseia a sua atividade, pelo que o sistema está de alguma forma condicionado e reflete a subjetividade do seu programador humano.

Por fim, e quanto a mim, argumento definitivo, assinala-se a inabilidade dos sistemas de inteligência artificial para atuarem como decisores humanos: a decisão jurisdicional não é um puro juízo lógico-subsumtivo, antes comporta uma dimensão axiológica que o *software* não mimetiza.

Ainda neste campo, afastada a substituição integral do julgador humano pela máquina, coloca-se como hipótese alternativa, no caso dos tribunais coletivos, a constituição de um tribunal com julgadores humanos e um *robot*. Além de outros problemas que a hipótese coloca em geral, realço um específico da arbitragem: nos tribunais coletivos, tipicamente cada parte escolhe um árbitro e estes dois escolhem o terceiro, que exerce as funções de árbitro presidente, que tem certas competências legalmente previstas. Na hipótese que estamos a tratar, teríamos um *robot* a presidir a dois árbitros humanos, verdadeiro triunfo da máquina sobre o homem, que não parece ser de aceitar.

Em suma, mesmo não estando para breve a substituição integral do julgador humano pela inteligência artificial, parece claro que esta tecnologia vai também ter algum tipo de influência nas decisões jurisdicionais. Nesse sentido, chamo a atenção para o exemplo do COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions),

um *software* de previsão de índice de reincidência dos arguidos (escala de risco) já utilizado como elemento da decisão judicial de *sentencing* penal nos EUA.

#### 4. Problemas no horizonte

Feito este percurso panorâmico pela atualidade da ligação entre arbitragem e tecnologia, deixo duas notas finais, em jeito de conclusão, meramente para enunciar dois problemas relevantes que se colocam neste âmbito. Uma primeira, relacionada com o cumprimento das exigências do processo equitativo na arbitragem; a segunda, relativa à questão do cibercrime.

##### 4.1. *Questões decorrentes do processo equitativo*

Entre os princípios fundamentais do processo arbitral conta-se naturalmente o da igualdade, que tem neste domínio uma relevância muito particular. De facto, garantir uma igualdade material das partes em todas as fases do processo é fundamental para assegurar a validade e mesmo a credibilidade da arbitragem, devendo esta ser, por isso mesmo, uma preocupação constante dos árbitros.

Ora, algumas das ferramentas tecnológicas que analisamos e que as partes poderão usar individualmente não serão do conhecimento de todas as partes no processo ou, por outro lado, nem todas terão meios económicos de aceder à mesma tecnologia.

Poderá esta circunstância constituir uma situação de efetiva desigualdade das partes capaz de, no limite, invalidar o processo arbitral? Caberá ao tribunal arbitral estabelecer regras quanto ao uso de tecnologias pelas partes? E como se controla esse uso?

Ficam as questões, em jeito de provocação do debate.

##### 4.2. *O cibercrime (acesso ilegítimo à informação)*

Um estudo de 2022 realizado pela consultora McKinsey revela a projeção de que ataques cibernéticos causem cerca de 10,5 triliões de danos anualmente até 2025, o que representa um aumento de 300% desde 2015. Não admira, portanto, que a proteção de dados e a

cibersegurança se assumam como questões relevantíssimas também na arbitragem, em particular na arbitragem internacional.

A comunidade arbitral tem assim vindo a refletir sobre formas de proteger dados no contexto de um processo arbitral. Nesse âmbito, gostava de destacar dois aspetos:

- O desenvolvimento de instrumentos de *soft law*, como por exemplo, o Protocolo ICCA-NYC Bar-CPR sobre Cibersegurança na Arbitragem Internacional (2019, atualizado em 2022), que propõe um quadro inicial para as partes acordarem medidas razoáveis de cibersegurança para suas disputas (por exemplo, controles de acesso, criptografia e gestão de incidentes de segurança).
- A iniciativa de alguns centros de arbitragem internacional de exigir ou encorajar os tribunais arbitrais a considerar medidas apropriadas ou a emitir instruções obrigatórias para reforçar a segurança da informação e proteger dados pessoais já na fase inicial dos procedimentos.

Muito obrigado pela vossa atenção.

## Referências

- 2018 INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY: THE EVOLUTION OF INTERNATIONAL ARBITRATION. (2019). WHITE & CASE LLP E SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE FOR COMMERCIAL LAW STUDIES, Queen Mary University of London. Disponível em <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> (último acesso: 12/04/2023).
- AIYER, B., Caso, J., Russell, P., Sorel, M. (2022). *New survey reveals \$2 trillion market opportunity for cybersecurity technology and service providers*. McKinsey & Company. Disponível em <https://www.mckinsey.com/capabilities/risk-and-resilience/our-insights/cybersecurity/new-survey-reveals-2-trillion-dollar-market-opportunity-for-cybersecurity-technology-and-service-providers#> (último acesso: 12/04/2023).
- AYALA, M. D. (2021). «The Rising Inefficiency in Arbitration: is Technology the Solution?», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 16, pp. 115-145.

- BARBOSA, M. M. (2021). «Do juiz árbitro ao software juiz-árbitro: uma evolução possível?», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 16, pp. 37-64.
- BENTO, L. (2021). *Arbitration Tech Toolbox: Toward Pandemic-Proof Arbitrations: The Augmented View*, Kluwer Arbitration Blog. Disponível em <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/08/arbitration-tech-toolbox-toward-pandemic-proof-arbitrations-the-augmented-view/> (último acesso: 12/04/2023).
- BLANKE, G., Giaretta, B., Honcharenko, K., Kinninmont, P., McBrayer, M. Ogunseitán, T. e Weaver, C. (2021). *CIArb Framework Guideline on the Use of Technology in International Arbitration*. Disponível em <https://www.ciarb.org/media/17507/ciarb-framework-guideline-on-the-use-of-technology-in-international-arbitration.pdf> (último acesso: 12/04/2023).
- BORN, G., Day, A., Virjee, H. (2021). *Experiences with Remote Hearings: A Survey Of Users' Views (June-July 2020) – Data Sheet 8 July 2021*, Delos Dispute Resolution. Disponível em <https://delosdr.org/remote-hearings-survey/> (último acesso: 12/04/2023).
- COHEN, S., Belaid, S., Brøndmo, M., Iancu, I., Masser, A., Westgaver, C., Morril, M., Perhard, L., Salazar, S., Schäfer, E., Visconte, D. e Wilson, D. (2022). *ICC Commission Report – Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings*, International Chamber of Commerce. Disponível em <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings/> (último acesso: 12/04/2023).
- KASOŁOWSKY, B., Marigo, N. e Jones, A. (2023). *Arbitragem Internacional em 2023 – Principais tendências num mundo em transformação*, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Disponível em <https://www.freshfields.com/4944e9/globalassets/our-thinking/campaigns/arbitration-top-trends-2023/arbitration-top-trends-2023-portuguese.pdf> (último acesso: 12/04/2023).
- KHASAWNEH, N. A., Mazzawi, M. e Christie, R. (2022). *Arbitration and the Advent of New Technologies*, Global Arbitration Review. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-telecoms-arbitrations/first-edition/article/arbitration-and-the-advent-of-new-technologies> (último acesso: 12/04/2023).
- MALONE, B., Cohen, P., Paisley, K., Cohen, S. Kuck, L., Morril, M., André, O., Elul, H., McMurrough, M., *ICCA – NYC Bar – CPR Protocol On Cybersecurity In International Arbitration (2022 Edition)*, International Council for Commercial Arbitration / New York City Bar Association / International Institute for Conflict Prevention and Resolution. Disponível em <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-6-icca-nyc-bar-cpr-protocol-cybersecurity-international-arbitration> (último acesso: 12/04/2023).

- PEREIRA, R. S. e Lopes, J. C. (2021). «A inteligência artificial na decisão arbitral», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 16, pp. 11-35.
- RADJAI, N. e Abbud, A. (2019). *Technology Resources for Arbitration Practitioners*, International Bar Association. Disponível em <https://www.ibanet.org/technology-resources-for-arbitration-practitioners> (último acesso: 12/04/2023).
- SCHÄFER, E. e Wilson, D. (2017). *ICC Commission Report – Information Technology In International Arbitration*, International Chamber of Commerce. Disponível em <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/> (último acesso: 12/04/2023).
- TRIGO, A. C. e Becker, G. (2021). «Podem os “árbitros-robôs” proferir sentenças exequíveis? Consenso e desafios à luz da Convenção de Nova Iorque e à Lei Modelo da UNCITRAL», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 16, pp. 85-113.
- TRIGO, A. C. e Rodrigues, S. (2023). *Audiências Remotas em Arbitragem Internacional: Perigos e Potencialidades*, NOVA Dispute Resolution Forum. Disponível em <https://drf.novalaw.unl.pt/audiencias-remotas-em-arbitragem-internacional-perigos-e-potencialidades-2/>(último acesso: 12/04/2023).
- VANNIEUWENHUYSE, G. (2018). «Arbitration and New Technologies: Mutual Benefits», *Journal of International Arbitration*, 35(1), pp. 119-129.

# Sucessão familiar na empresa e autonomia do disponente – sistema sucessório e contratos de doação *transmortem*

RITA LOBO XAVIER\*

**Resumo:** O problema da sucessão na titularidade da empresa dita familiar é o da concretização dos objetivos delineados no planeamento sucessório, muitas vezes traduzindo orientações da família empresária legitimada pelos seus órgãos de *governance*. Estes podem colidir com os constrangimentos decorrentes do sistema sucessório nacional. O testamento costuma ser apresentado como o paradigma do negócio atributivo-patrimonial *mortis causa* no ordenamento jurídico português, uma vez que também existe a ideia, um pouco simplificada, de que o sistema proíbe os contratos de doação parassucessórios. No entanto, esta ideia é preconcebida e interessa que seja superada havendo muitos interesses que poderão ser melhor regulados através de contratos de doação com aposição de cláusulas criteriosamente selecionadas, designadamente limitativas do direito de dispor até ao momento da morte do doador, de modo a obter resultados aproximados aos do *trust*, em termos de organização parassucessória. O sistema sucessório e o significado e alcance que nele tem a autonomia do disponente devem ser iluminados pelo direito fundamental à propriedade privada e à sua transmissão em vida e por morte, facilitando a inculturação do *trust* com finalidades parassucessórias na realidade portuguesa.

**Palavras-chave:** planeamento sucessório; sucessão na empresa familiar; contrato de doação; *trust*.

---

\* Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; CEID; orcid.org/0000-0002-1025-3672; rxavier@ucp.pt

**Abstract:** The enforcement of the family-owned business succession strategy envisaged and legitimised by the family's governance bodies may collide with legal constraints resulting from domestic succession laws.

In Portugal, the will is still the paradigmatic legal instrument to govern the estate succession however there are relevant interests that will only be adequately addressed through donations with specific clauses carefully drafted to limit the donees' disposition rights until the donor's death, with legal results similar to the trust from a succession organization standpoint. The Portuguese succession system and the growing relevance of the testator freedom are shaped by fundamental right to private property and the freedom to dispose property (live or mortis causa).

**Keywords:** succession planning; family businesses' succession; donation; trust.

**Sumário:** 1. Sucessão familiar na empresa e autonomia do disponente 2. Planeamento sucessório e negócios *transmortem* 3. O *trust* com finalidades parassucessórias 4. Contrato de doação e criteriosa seleção de cláusulas acessórias 5. Inculturação do *trust* com finalidades parassucessórias na realidade jurídica portuguesa.

## 1. Sucessão familiar na empresa e autonomia do disponente

Em Portugal, estima-se que as empresas familiares<sup>1</sup> sejam entre 70% a 80% das empresas nacionais, absorvendo 50% da força de trabalho e contribuindo para 2/3 do PIB<sup>2</sup>

A maior parte dos dados divulgados mais recentemente sobre as empresas familiares portuguesas não surpreende. O tecido empresarial português integra empresas familiares – 4,68 indivíduos membros da família são titulares de participações sociais, o que corresponde à média

<sup>1</sup> No ordenamento jurídico português, a qualificação de uma empresa como «familiar» não corresponde a qualquer conceito no plano legal [cfr. RITA LOBO XAVIER (2017, pp. 18-19) (2022b, pp. 559-561)].

<sup>2</sup> Cfr. ANA PAULA MARQUES, *Nota introdutória*, in ANA PAULA MARQUES (org.) (2018, p. 1). Um dos problemas que as empresas familiares enfrentam em Portugal será precisamente a falta de visibilidade, uma vez que não existem estatísticas precisas e atualizadas sobre o sector, atenta a ausência de aceitação unânime de indicadores desta tipologia de empresa.

em contexto europeu –, sobretudo focadas num único ramo de negócio, 95% das quais são geridas por homens. Estão distribuídas entre 31% de pequenas, 33% médias e 36% grandes, sendo 50% na segunda geração, 25% na primeira, 8% na 3.<sup>a</sup> e 17% na 4.<sup>a</sup>.

Há muito que a questão da sucessão é identificada como o ponto-chave do sucesso da empresa familiar<sup>4</sup>. Enquanto o destino da empresa individual esteve ligado à pessoa do seu titular e o empresário era a figura central, a sua morte punha diretamente em causa a estabilidade da empresa. Aberta a sua sucessão, no caso de pluralidade de herdeiros, se não houvesse na herança, para além da empresa, outros elementos patrimoniais significativos, a situação de indivisão e de partilha sucessória dificultava a continuidade da empresa e a estabilidade da sua gestão<sup>5</sup>.

O problema da sucessão na titularidade da empresa, dita familiar, é o da concretização dos objetivos delineados no planeamento sucessório, muitas vezes traduzindo orientações da família empresária legitimada pelos seus órgãos de *governance*. É muito clara a conveniência de preparar soluções para a sucessão na titularidade da empresa, dita familiar, mantendo a *governance* familiar. Estas soluções concretizam-se muitas vezes através da combinação criteriosa de negócios jurídicos *inter vivos* com disposições contidas em testamentos.

Importa, porém, que as soluções encontradas não colidam com os constrangimentos decorrentes do sistema sucessório português. O Direito sucessório português, em correspondência com o direito fundamental de propriedade privada previsto na CRP, respeita o princípio da autonomia privada e o direito de disposição por morte, impondo, no entanto, alguns limites através da sucessão legítima. Os herdeiros legítimos são o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, a quem a lei reserva uma parte da herança da pessoa falecida (arts. 2156.º e 2157.º do CC). A liberdade de dispor de quem tem herdeiros legítimos está assim limitada na medida da quota indisponível, podendo vir a ser reduzidas as liberalidades que tenha feito, em vida ou por morte,

---

<sup>3</sup> Fonte: «The regenerative power of family businesses», *Step Project Global Consortium & KPMG Private Enterprise*, 2022. Este estudo coligiu dados sobre 2 439 empresas familiares em 70 países, incluindo Portugal.

<sup>4</sup> Cfr. por todos, RITA LOBO XAVIER (2017, pp. 36-38).

<sup>5</sup> RITA LOBO XAVIER (2017, p. 36).

que a afetem (arts. 2168.º e ss. do CC)<sup>6</sup>. Por outro lado, quando o disponente é casado num regime de bens de comunhão, haverá que ter em conta que apenas poderá dispor por morte dos seus bens próprios e da sua meação nos bens comuns (art. 1685.º, n.º 1, do CC)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr., por todos, RITA LOBO XAVIER (2017, pp. 21-30 e 37-38) e (2022, pp. 195-215). Na presença de herdeiros legitimários, haverá uma quota da herança que lhes estará reservada: a quota indisponível poderá ser de 1/3, ½ ou 2/3 da herança (arts. 2158.º-2161.º do CC). O causante poderá realizar liberalidades, *inter vivos* ou *mortis causa*, a imputar na quota disponível. Contudo, no cálculo do valor da quota indisponível incluir-se-á o valor de todas as liberalidades *inter vivos* feitas pelo autor da sucessão (art. 2162.º do CC). A herança de quem tem herdeiros legitimários é assim constituída pelos bens deixados e pelos bens doados, impondo a lei a chamada restituição fictícia dos bens doados. As disposições projetadas pelos causantes não deverão afetar o direito à legítima dos herdeiros legitimários, sob pena de poderem vir a ser postas em causa por um deles ou por quem venha a suceder por direito de representação. A lei prevê a ação de redução das liberalidades inoficiosas, que são aquelas que «ofendem a legítima dos herdeiros legitimários» (art. 2168.º do CC). «As liberalidades inoficiosas são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores, em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida» (art. 2169.º do CC), e o direito de redução caduca dentro de dois anos a contar da aceitação da herança pelo herdeiro legitimário (art. 2178.º do CC). O direito à legítima (objetiva e subjetiva) tem uma expressão sobretudo quantitativa, sendo hoje opinião doutrinal corrente que a intangibilidade qualitativa está muito atenuada em face da própria liberdade do causante de dispor em vida e por morte. O Direito sucessório português estabelece ainda a proibição de princípio dos contratos sucessórios (art. 2028.º, n.os 1 e 2) e de fideicomissos e de cláusulas de inalienabilidade em segundo grau (arts. 2286.º, 2296.º e 2298.º). Existem ainda indisponibilidades relativas traduzem-se em limitações à liberdade de dispor por testamento e por doação em relação a determinadas pessoas, que mantêm, ou mantiveram, com o testador, ou com o doador, uma relação que poderá perturbar o livre exercício da sua autonomia, determinando a atribuição patrimonial realizada, ou pôr em causa a idoneidade moral do beneficiado para a receber. Os arts. 2192.º e 2194.º-2197.º do CC identificam as diferentes situações em que são nulas as atribuições patrimoniais feitas pelo testador a favor de determinadas pessoas, e o art. 953.º do CC manda aplicar estas disposições às doações, com as devidas adaptações.

<sup>7</sup> No regime da comunhão geral de bens, por exemplo, todos os bens levados para o casamento ou adquiridos ulteriormente por sucessão ou doação fazem parte de um património comum, excetuando-se alguns bens considerados pela lei como incomunicáveis (arts. 1732.º e 1733.º do CC). Cessando as relações patrimoniais entre os cônjuges, designadamente por causa da morte de um deles, cada um tem direito a metade desse património que será concretizada por meio de partilha (arts. 1688.º e 1689.º do CC). No caso de morte, o cônjuge sobrevivente terá direito à sua meação no património comum, integrando a outra metade a herança do falecido.

Em Portugal, o empresário individual utiliza frequentemente a forma jurídica societária para realizar a separação entre o património afeto à empresa e o seu património pessoal ou afeto à família. Assim, embora o chamado «empresário-fundador», muitas vezes exerça a atividade empresarial sozinho, a título profissional, o mais comum é que constitua uma sociedade comercial e, embora nem sempre seja recomendável, com o cônjuge e/ou com os filhos. Mesmo que esteja em causa uma empresa de pequena ou de média dimensão, originariamente titulada por uma só pessoa ou por um conjunto de pessoas da mesma família que reuniam a maioria dos votos na Assembleia Geral da sociedade titular da empresa, as estratégias de transmissão sucessória da titularidade da empresa por vezes incluem a constituição de uma «*holding*» destinada a reagrupar o «poder» no interior da família empresária<sup>8</sup>.

Apesar dos mencionados constrangimentos sucessórios, nos tempos mais recentes tem-se vindo a intensificar a tendência para realizar outras operações parassucessórias com vista a conferir estabilidade à gestão estratégica da empresa, mantendo a sua titularidade na família empresária e evitando a sua fragmentação. Também tem vindo a ser promovido, embora sem grande êxito, o acolhimento de soluções interessantes do Direito estrangeiro facilitadoras da transmissão intergeracional da empresa, como o *trust*<sup>9</sup>.

## 2. Planeamento sucessório e negócios *transmortem*

No ordenamento jurídico português, o testamento é apresentado como o paradigma do negócio atributivo-patrimonial a título de liberalidade *mortis causa*, uma vez que o sistema proíbe os contratos sucessórios<sup>10</sup>. No entanto, o testamento não é a única forma de planear a sucessão, embora seja a mais comum e a mais frequentemente usada. A sua principal função é a disposição póstuma do património<sup>11</sup>. O pla-

<sup>8</sup> RITA LOBO XAVIER (2017, pp. 49-50).

<sup>9</sup> Cfr. RITA LOBO XAVIER (2022b, pp. 77 e ss.); RITA LOBO XAVIER e SIMONE OLIVEIRA COSTA in ANA PAULA MARQUES (org.) (2018, pp. 43-59); RITA LOBO XAVIER e PEDRO COUTINHO (2020, pp. 711-713).

<sup>10</sup> Cfr., por todos, RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 19, 30-31).

<sup>11</sup> No entanto, pode cumprir outras funções como a designação de um testamenteiro, a designação de administrador para o património deixado a menores; a revogação de testamentos

neamento sucessório pode ter ainda em vista modalidades de sucessão «antecipada» que poderão corresponder melhor aos interesses da família empresária e à vontade do disponente<sup>12</sup>.

O planeamento sucessório é pouco divulgado em Portugal<sup>13</sup>, embora cada vez mais seja vulgarizada e sugerida a celebração de negócios parassucessórios, designados pela doutrina italiana como negócios *transmortem*<sup>14</sup>.

Para a situação que nos ocupa, teriam interesse os contratos de doação *transmortem*<sup>15</sup>. Trata-se de contratos de disposição a título de liberalidade e *inter vivos*, (uma vez que, no momento da morte do disponente, o bem não se encontra no seu património, transmitindo-se por causa do contrato e não por causa da morte). No entanto, o beneficiário adquire o direito de propriedade sobre o bem objeto do contrato *post mortem* por

---

anteriores; a designação beneficiária em contratos de seguros de vida [RITA LOBO XAVIER (2022, pp. 157-159 e 161)].

<sup>12</sup> A diferença entre «antecipação» ou «adiantamento» parece ser muito importante para DANIEL MORAIS que pretende retirar consequências em matéria de colação (2017, p.17). Para este autor, apenas na «partilha em vida» se poderia falar numa «antecipação». No caso das doações feitas a sucessíveis legitimários, em geral, em virtude da colação, já só se poderia falar num «adiantamento», exceto no caso de ter havido dispensa.

<sup>13</sup> Se é certo que o aprofundamento das questões fiscais envolvidas no planeamento sucessório estimulou o interesse pelo seu estudo é errado identificá-lo com objetivos de «fuga aos impostos» ou «fraude fiscal». Aliás, lamentavelmente, muito do planeamento sucessório que se realiza em Portugal ocorre sem considerar a incidência dos impostos. Os equívocos sobre estas questões acumulam-se também porque as empresas de consultoria e auditoria empresarial e de fiscalidade anunciam a prestação de serviços de aconselhamento e planeamento fiscal, sucessório e familiar e de *wealth planning*, muitas vezes também misturados com prestação de serviços de *family office*. Penso que a prestação de serviços jurídicos na área do planeamento sucessório é atualmente das atividades mais interessantes e mais complexas que um jurista pode realizar, sendo também uma das suas tarefas mais humanizadoras nas sociedades contemporâneas [RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 12-13)].

<sup>14</sup> ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (2012, pp. 454-461); RITA LOBO XAVIER (2016, p. 110).

<sup>15</sup> O assunto não é novo e é tão relevante que PEREIRA COELHO lhe dedica 10 páginas a propósito da distinção entre sucessão em vida e sucessão por morte, quanto à questão de saber se os efeitos translativos ocorrem por efeito do contrato embora com efeitos suspensos ou diferidos ou por causa da morte [(1992, pp. 24-35); cfr., também, CAPELO DE SOUSA (2000, pp. 31-34), salientando a importância de serem respeitados e protegidos os interesses legítimos dos contraentes e a correspondência à sua vontade livremente expressa e decorrente da interpretação de acordo com as normas dos artigos 236.º e ss. do CC].

força do contrato celebrado em vida do falecido. O contrato é revogável *ad nutum* pelo doador (tal como o testamento) por efeito da inclusão de cláusulas de reversão e de reserva do direito de dispor, pelo que a transmissão efetiva do direito de propriedade apenas ocorre *post mortem* por causa do contrato celebrado em vida do disponente<sup>16</sup>. Todas estas distinções têm importância atenta a proibição de princípio dos contratos sucessórios no ordenamento jurídico português, já referida.

No Código Civil português, a doação está disciplinada como um contrato típico de disposição a título gratuito, por espírito de liberalidade, podendo o seu objeto consistir na disposição de uma coisa ou direito, ou na assunção de «uma obrigação em benefício do outro contraente» (art. 940.º, n.º 1)<sup>17</sup>. A noção sublinha, como segundo elemento caracterizador, o chamado *animus donandi*, ou seja, a intenção de realizar uma liberalidade. Não basta assim a realização de uma atribuição patrimonial sem correspondente, é ainda necessária a intenção de conferir à outra parte uma vantagem patrimonial<sup>18</sup>.

A expressão liberalidade recolhe em si uma ideia de liberdade e de generosidade, que envolve um elemento subjetivo correspondente a uma intenção, tendo, no entanto, um significado jurídico preciso: o ato comporta o empobrecimento de quem o realiza e o enriquecimento do beneficiário. Um ato jurídico apenas pode ser qualificado como liberalidade, na medida em que a operação que realiza é, do ponto de vista económico, desequilibrada (uma das partes empobrece-se e a outra enriquece-se), sendo este desequilíbrio intencional (elemento subjetivo que motiva e justifica a vantagem conferida). No entanto, a intenção liberal não

---

<sup>16</sup> Cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO (1990); FERREIRA DE ALMEIDA (2013, p. 38); RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 80-83).

<sup>17</sup> Esta noção integra não apenas os atos que operam a transmissão de uma coisa ou direito, mas também os que constituem um direito real novo, como será o caso do proprietário que constitui a favor da outra parte um direito de usufruto a título gratuito; e também os atos pelos quais uma das partes assume uma obrigação em benefício do outro contraente ou que tem por objeto a libertação do donatário de alguma obrigação [Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (1986, p. 257)].

<sup>18</sup> Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ob. e loc. cit.*

pode ser deduzida somente do desequilíbrio verificado deve ser demonstrada por aquele que invoca a gratuidade<sup>19</sup>.

Não existem em Portugal institutos de Direito Privado adequados à transmissão unitária de conjuntos de bens que, do ponto de vista económico, interessa manter interligados. Este foi, aliás, um tema muito discutido no seio da Comissão de Revisão do Anteprojecto de Livro de Direito das Sucessões, durante os trabalhos preparatórios do atual Código Civil português<sup>20</sup>. Foram sugeridas providências tendentes a tornar possível evitar a excessiva fragmentação do património e os seus inconvenientes de ordem social e económica, como a impropriamente chamada partilha em vida, o legado por conta da legítima e o legado em substituição da legítima. Na Comissão Revisora, foi muito debatida uma modalidade de doação *inter vivos* de bens presentes, com fixação do respetivo valor que veio a ficar designada impropriamente como partilha em vida no art. 2029.º do CC. A questão mais discutida foi a da atualização das prestações pecuniárias que o herdeiro-donatário viesse a estar eventualmente obrigado a pagar, questão considerada do ponto de vista da teoria geral das obrigações pecuniárias. Também foi controvertido o problema de saber se os bens doados deveriam ser ou não objeto de colação. Nota interessante foi a referência a que a sua prática seria habitual no Minho e no Alentejo, para permitir a conservação de patrimónios cujo valor dependeria sobretudo da sua unidade<sup>21</sup>. Foram ainda discutidas medidas tendentes a tornar possível suspender uma eventual frag-

---

<sup>19</sup> A função económico-social de liberalidade, quando referida a contratos, caracteriza-se pela interseção de dois fatores: a unilateralidade da relação entre custo e benefício e a coincidência da finalidade global do contrato com as finalidades típicas dos contraentes [FERREIRA DE ALMEIDA (2013, p. 20)]. Os objetivos pessoais, os motivos concretos, não têm influência na qualificação como liberalidade, pois o *animus donandi* ou «espírito de liberalidade», como o Código Civil português o designa no artigo 940.º, n.º 1, é independente e distinto dos motivos do doador, que não o põe em causa [cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (1986, p. 260); FERREIRA DE ALMEIDA (2013, pp. 34-35)]. FERREIRA DE ALMEIDA entende que esta referência da lei ao «espírito de liberalidade» vale o mesmo que a função económica ou social de liberalidade, apreendendo-se a função de liberalidade pela interligação objetiva do conjunto dos outros elementos de que se compõe o tipo contratual doação (2013, p. 36).

<sup>20</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES (1991, p. 239). Já Alberto Pires de Lima salientava o inconveniente da fragmentação das unidades económicas, associado à sucessão legitimária PIRES DE LIMA (1929, pp. 61 e ss.) RITA LOBO XAVIER (2017b, p. 59).

<sup>21</sup> Cfr. «Direito das Sucessões. Anteprojecto de uma Parte do futuro Código Civil português».

mentação de unidades económicas ou conjuntos de bens, por exemplo, permitindo-se aos herdeiros convencionar que a herança se mantivesse indivisa por certo tempo não superior a cinco anos e renovar, uma ou mais vezes, tal estipulação. «No projeto, sempre em obediência às assinaladas preocupações de ordem social, previa-se dentro de certos limites e com certas cautelas que a partilha pudesse ficar suspensa por determinação do testador ou do tribunal; mas, imbuído de maior individualismo neste ponto, não quis o Código manter essas possíveis restrições à liberdade dos herdeiros, conservando-lhes a faculdade absoluta de promover partilha imediata, salva a acima aludida autolimitação ou seja a limitação derivada das suas próprias vontades, traduzida em acordo entre eles celebrado.»<sup>22</sup>

O exercício da liberdade contratual permite a criteriosa seleção das cláusulas (acessórias) a apor no contrato de doação, como sejam a cláusula modal (arts. 963.º, 966.º), a cláusula de reserva do usufruto (art. 958.º), a cláusula de reversão (art. 960.º), cláusula de reserva do direito de dispor (art. 959.º), a cláusula de exclusão da responsabilidade por dívidas (art. 603.º). Este é uma das vias encontradas pelos cidadãos para exercer o direito fundamental de transmitir a propriedade privada em vida ou por morte consagrado na CRP, de modo adequado aos seus interesses<sup>23</sup>. Infelizmente alguns continuam a olhar para o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual neste domínio com alguma suspeita.

Atualmente confrontam-se duas visões antagónicas sobre o sistema sucessório e sobre o seu percurso evolutivo perante a imobilidade dos textos legais e ausência de reformas. Alguma doutrina, apesar de criticar os excessos da reserva legitimária, adota uma atitude conservadora, muitas vezes reforçando-a com interpretações passadistas dos artigos

---

<sup>22</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES (1991, p. 255).

<sup>23</sup> PAMPLONA CORTE-REAL (1966, pp. 121-122), (2012, pp.) e DANIEL MORAIS (2017, p. 10) referem o «imobilismo jus-sucessório», mas prefiro sublinhar as mudanças operadas na realidade e na consciência jurídica geral perante a imobilidade da lei positiva. Os negócios realizados à margem do Direito Sucessório, como os designados negócios *transmortem* são alternativas ao testamento precisamente para obviar à ausência de reformas legislativas RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 15 e 112 e ss.)

do Código Civil<sup>24</sup>. Condena-se a disciplina sucessória por comprimir a autonomia privada, mas, na prática, os resultados interpretativos acabam por espalhar ainda mais os dados que resultam da literalidade. Em conformidade com a Constituição, o princípio é o da autonomia do disponente, a exceção é a limitação à liberdade de dispor, sobretudo quando, como na situação que nos ocupa, o direito de dispor da propriedade em vida e por morte está ao serviço de valores igualmente tutelados pela Constituição, como é a continuidade da empresa<sup>25</sup>.

### 3. O *trust* com finalidades parassucessórias

Em Portugal, cada vez é mais frequente sermos confrontados com a realidade de *trusts* regularmente constituídos no estrangeiro, muito embora a sua «inculturação» seja difícil, não só por causa das características do sistema dominial português e do registo predial como também por questões fiscais.

O *trust* existe em Portugal, não há como negá-lo e não é só na *zona franca* da Madeira. Como fazer para reconhecer efeitos a um instituto que muitos dos nossos juristas persistem em ignorar<sup>26</sup>?

Paira sobre o *trust* uma forte suspeita de fraude fiscal, de opacidade, porque «não se sabe quem é o verdadeiro proprietário» ... É, de

<sup>24</sup> Considera uma «fuga à forma jurídica» e que a celebração de contratos alternativos ao testamento é «elitista» e põe em causa o princípio da igualdade perante a lei, o que é uma afirmação muito exagerada além de se basear em percepções não demonstradas por factos DUARTE MORAIS (2017, pp.11-13). Opinião oposta, RITA LOBO XAVIER (2016, p. 112).

<sup>25</sup> Sobre o ponto RITA LOBO XAVIER (2017, pp. 100-101) e RITA LOBO XAVIER e PEDRO COUTINHO (2020, pp. 711-713).

<sup>26</sup> O autor da mais profunda investigação sobre o tema é ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO que estudou a possibilidade de receber o instituto do *trust* no ordenamento jurídico português, concluindo pela possibilidade de ser validamente constituído um negócio atípico reunindo os seus elementos caracterizadores (um negócio jurídico que constitui um negócio fiduciário *stricto sensu* para administração, por transmissão da posição jurídica para um terceiro, que assume a posição de fiduciário (2014, *passim*). Há muito que o *trust* se expandiu para lá das fronteiras da *Common Law*, tendo vindo a ser inserido em muitos sistemas de *Civil Law*, designadamente, no Direito italiano e francês, havendo referências ao instituto nos trabalhos de uniformizadores do Direito Privado no contexto da União Europeia [ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014, pp. 52-54)]. Para uma abordagem expositiva e comparatista na perspetiva da «propriedade fiduciária» e da sua compatibilidade com o Direito português, cfr. MARIA JOÃO VAZ TOMÉ e DIOGO LEITE DE CAMPOS (1999).

algum modo a marca do Direito anglo saxão, algo para ricos e para a «alta finança»<sup>27</sup>... Nada de novo, neste país de «arcas encoiradas, que cultiva meios fraudulentos conformes aos usos domésticos, como as «sociedade-veículo»...

No entanto, o *trust* é um modo de organização patrimonial banal para muitas pessoas no mundo e também para pessoas que querem vir viver para Portugal. Nos Estados Unidos e no Reino Unido, o recurso ao *trust* para organizar a sucessão é tão natural como, entre nós a celebração de um contrato de doação entre cônjuges ou a constituição de um contrato de seguro de vida em caso de morte. A constituição de um *trust* pode até visar os mesmos objetivos que a celebração de contratos de doação em Portugal: proteger o cônjuge sobrevivente, facilitar o planeamento sucessório, facilitar a continuidade da gestão, permitir dispor de rendimentos para pagamento de tornas ou impostos.

Pensemos num cidadão inglês, residente em Londres, que adquire uma residência secundária no Douro, por exemplo. Quando recorre a um *solicitor* para regular a sua sucessão, segundo a lei inglesa, é aconselhado a constituir um *trust*. À sua morte o imóvel no Douro «pertence» a um *trust*, que não tem personalidade jurídica. Quem exerce os poderes de «proprietário», nos termos instituídos, será o *trustee*, pelo que será ele quem poderá praticar os atos de alienação relativamente aos bens que integram o *trust*. Contudo, «enquanto *trustee*», não é «proprietário», uma vez que o seu «título» é «obrigacional». Como inscrever este título no registo predial português?

Julgo que a maior parte das inseguranças relativamente ao *trust* resulta também da falta de terminologia própria adequada e da separação quase artificial e absurda que persistimos em manter entre o Direito das Obrigações e os Direitos Reais, deixando de fora o Direito Registral<sup>28</sup>, logo no plano da formação dos juristas, bem como de alguma falta de pragmatismo. Incomoda-nos que os poderes conferidos ao *trustee* resultem do clausulado do contrato e que os efeitos reais deste se imponham

---

<sup>27</sup> ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014, pp. 43, 54-56). O autor refere que é comum nos países de *Civil Law* recorrer-se a sociedades comerciais e, nos países de *Common Law* a *trusts* no âmbito da titularização de créditos, como *Special Purpose Vehicle* (p. 56, nota 53).

<sup>28</sup> Sobre o ponto, embora noutra perspetiva, salientando a «historicidade» da oposição entre as categorias conceptuais dos direitos reais de dos direitos de crédito, RUI PINTO DUARTE (2020, pp. 524-527).

a terceiros desde que registados. Mas não será que o interessa apenas é que sempre que alguém pretenda adquirir uma coisa se possa certificar de que está a adquirir a quem é titular dos poderes para lhe alienar essa coisa<sup>29</sup>?

BARRETO MENEZES CORDEIRO estudou a possibilidade de receber o instituto do ordenamento português preocupando-se em demonstrar que o «conteúdo» do *trust* não é uma realidade completamente estranha ao Direito Civil interno e focando sobretudo a questão do ponto de vista do negócio fiduciário<sup>30</sup>. Toda a sua argumentação está focada na questão da transmissão. Sustenta que o que caracteriza a fidúcia é a assunção da posição de fiduciário e não a transmissão do direito de propriedade, muito embora, do ponto de vista estatístico, a relação fiduciária tenha origem num negócio translativo<sup>31</sup>. «O negócio fiduciário dinâmico pode ser apresentado como um negócio atípico, que se caracteriza pela assunção, por parte do transmissário de um direito, da obrigação de atuar, no âmbito da posição jurídica que lhe foi transmitida, nos exatos termos acordados.»<sup>32</sup>Tendo em conta as múltiplas manifestações do *trust*, interessa-me salientar a possibilidade de ser usado com uma função parasucessória. O meu ponto de vista é o da realização de uma liberalidade diferida e já se viu que a manifestação fiduciária tem na sua génese uma transmissão. No entanto, não pretendo salientar apenas a função do donatário como fiduciário/administrador em nome de outrem, mas,

---

<sup>29</sup> Receios e desconfianças relativamente ao *trust* surgem igualmente relacionados com a possibilidade de violação da reserva hereditária, problema de que não vou tratar desenvolvidamente neste momento. Muito brevemente, direi apenas que se poderá suspeitar de que o contrato de doação acomodado funcione afinal como «negócio-meio», isto é, como negócio apto para o doador transmitir o direito de propriedade sobre um determinado objeto ocorrendo uma liberalidade na medida do incremento patrimonial verificado na esfera jurídica do beneficiário à custa do património do primeiro para tentar ocultar uma liberalidade aos designados legitimários ou a alguns deles. Subjacente a toda a operação poderia existir uma liberalidade indireta entre o doador e o beneficiário final, liberalidade essa que importaria desvelar pelos interessados. A demonstrar-se tal liberalidade indireta, deverão ser-lhe aplicadas as regras respetivas, nomeadamente as que se referem ao cálculo da herança para efeitos do cálculo da legítima ou à redução das liberalidades inoficiosas, se for o caso [RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 92-94)].

<sup>30</sup> ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014, pp. 43 e 54-55).

<sup>31</sup> Ob. cit., pp. 852-854.

<sup>32</sup> Ob. cit., p. 919.

sobretudo, a função do donatário como onerado com o encargo de transmitir o objeto da doação a um terceiro que é o beneficiário final da liberalidade, após a morte do doador. O donatário/fiduciário está vinculado em termos obrigacionais - «nos termos do contrato» - comprometendo-se a exercer uma determinada posição jurídica nos termos que foram estipulados. Trata-se de uma doação onerada com um encargo e é lhe transmitida uma posição jurídica «sem o direito de dispor» dos bens doados: depois da morte do doador poderá estar obrigado a transmitir o objeto da doação para o beneficiário final da liberalidade<sup>33</sup>.

Claro está que, deste ponto de vista subsistem as suspeitas de fraude à proibição dos contratos sucessórios (doação *mortis causa*), à imposição da reserva legitimária, que devem ser resolvidas nos termos gerais<sup>34</sup>.

#### 4. Contrato de doação e criteriosa seleção de cláusulas acessórias

Nesta perspetiva, pode também afirmar-se que existem *trusts* em Portugal porque é possível construir um contrato de doação acomodado, um «*trust* à portuguesa», como lhe costume chamar.

É que, na falta de um instituto semelhante ao *trust*, resta-nos o «*bricolage*» ...

Está subjacente a esta designação a posição de BARRETO MENEZES CORDEIRO com que termina perentoriamente a sua dissertação de doutoramento: «Nestas condições, é possível, à luz do Direito positivo português, constituir *trusts*: tira-se assim partido de um instituto

---

<sup>33</sup> A construção de ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO é centrada na fidúcia e a fidúcia dinâmica pode ser apresentada como uma doação modal. Na construção deste autor, o contrato fiduciário dinâmico, o fiduciante transmite o direito e o fiduciário assume a obrigação de atuar no interesse do sujeito indicado como beneficiário, o que acontece é a «conjugação de dois contratos autónomos», não a «modificação de um contrato típico». A insistência em sublinhar que existe uma diferença entre descrever a situação como um contrato típico modificado ou uma conjugação de contratos tem a ver com o facto de ter presente o negócio fiduciário para administração, daí os pormenores que imagina quanto às cláusulas de administração (2014, p. 843).

<sup>34</sup> Sublinhe-se que ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO fundamenta a sua construção, do ponto de vista sistemático interno, no regime do fideicomisso, «verdadeiro exemplo positivado de fidúcia para administração» (2014, p. 1117).

experimentado, muito maleável, capaz de responder às exigências da economia e da finança globalizada.»<sup>35</sup>

A operação consiste em que alguém pretende transmitir um determinado bem a outrem, a título gratuito, que se compromete a atuar no interesse de um terceiro sujeito, o beneficiário último desta operação, uma vez que a titularidade plena do direito sobre o bem ser-lhe-á transmitida no final, quando se verificarem os pressupostos previstos. Para tanto, a pessoa onerada com o encargo não poderá dispor do bem. Esta operação é assim concretizável por meio de um contrato de doação de bens determinados (art. 940.º, n.º 1), onerada com o encargo (art. 963.º) de o bem ser administrado em nome e no interesse de terceiro e transmitido a este verificados determinados pressupostos e com reserva de direito de

---

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 1144. Nesta ordem de ideias, a conclusão óbvia seria a de que não seria necessária uma intervenção legislativa direcionada à expressa consagração do *trust*, como aconteceu em Itália ou em França. Isso seria certamente assim se correspondêssemos de modo semelhante ao pragmatismo que se impôs na Alemanha e na Áustria, concretizando a liberdade contratual para recorrer a criteriosa combinação de institutos de Direito comum das obrigações e das coisas, de modo a constituir património separados, sobretudo para finalidades de gestão.

Claro está que o sistema de transmissão da propriedade no Direito alemão é diferente do nosso, não podendo falar-se de contrato translativo, vigorando um princípio de abstração segundo o qual a transmissão da propriedade é resultado de um negócio real autónomo do contrato obrigacional e não submetido às regras do Direito das Obrigações [por todos, ORLANDO DE CARVALHO (1977, pp. 281-284); RUI PINTO DUARTE (2020, p. 66)]. Pelo contrário, na Áustria, embora não vigore o princípio da abstração, as necessidades da prática conduziram a que a construção da fidúcia fosse encarada como um direito quase real. Por outro lado, em Portugal, como sempre salientou ORLANDO DE CARVALHO existe uma tendência para confundir as consequências do princípio do *numerus clausus* do Direito das Coisas com o princípio da causalidade, quando a verdade é que [a] taxatividade dos direitos das coisas não implica necessariamente, como durante muito tempo se entendeu, a dos contratos reais *quoad effectum*, quer dizer, a dos contratos translativos ou constitutivos desses direitos das coisas (1977, p. 267).

No fundo, em Portugal estará em causa toda uma operação enquadrada por um contrato (com efeitos obrigacionais) que regula o exercício do direito de propriedade e organiza todos os pormenores relativos aos poderes de administração, uso e alienação das coisas que são objeto do mesmo. Pode imprimir-se-lhe uma finalidade de gestão (de direitos de propriedade intelectual, de carteiras de títulos ou participações sociais, contas bancárias) e mesmo de (re) transferência (*mandato post mortem exequendum*, sendo admissível e válido, não caducando com a morte desde que celebrado também no interesse do mandatário (art. 1170.º, n.º 2) [RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 128-129)]).

dispor (art. 959.º, n.º 1)<sup>36</sup>. Deverão ser também incluídas outras cláusulas acessórias como a cláusula de resolução fundada no incumprimento do encargo (art. 966.º) a cláusula de reversão (art. 960.º), a cláusula de irresponsabilidade (art. 603.º) e a cláusula de incomunicabilidade (art. 1733.º, n.º 1), se for o caso <sup>37</sup>.

Nos termos do artigo 959.º do CC, o doador pode reservar para si o «o direito de dispor, por morte ou por ato entre vivos, de alguma ou de algumas das coisas compreendidas na doação, ou o direito a certa quantia sobre os bens doados». A aposição desta cláusula ao contrato de doação significa que só depois da morte do doador terá lugar a consolidação do direito de propriedade na esfera jurídica do donatário em termos definitivos, ainda que a causa da transmissão do direito seja o contrato de doação. Tudo se passa como se a transmissão do direito de propriedade em causa ficasse subordinada à condição resolutiva de o doador exercer o direito de dispor que se reservou.

A aposição à doação do encargo e de outras cláusulas acessórias limitadoras do direito de propriedade, reconduzem-se a limitações ao direito de dispor pelo que «extravasam largamente a relação obrigacional entre o doador e o donatário impondo-se ao próprio comércio jurídico»<sup>38</sup>. Para quem entenda que esta cláusula limita efetivamente o direito de dispor do donatário nos exatos termos estabelecidos, ela pode ser registada e opor-se a terceiros, podendo afirmar-se que, verdadeiramente, o donatário apenas adquirirá o direito de dispor dos bens doados com o falecimento do doador<sup>39</sup>. Nas palavras de BARRETO MENEZES CORDEIRO, «a

<sup>36</sup> Cfr. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014, p. 1118). O autor dá nota das críticas que os preceitos congéneres dos Códigos Civis francês e italiano suscitam nas respetivas doutrinas (ob. cit., p. 1119).

<sup>37</sup> Cfr. RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 123-126). O artigo 603.º do CC, por sua vez, consagra uma cláusula de exclusão da responsabilidade mediante a qual o doador excluirá os bens doados da responsabilidade por dívidas do beneficiário, tendo em vista a proteção dos bens objeto da doação relativamente a dívidas anteriores do beneficiário/donatário. A inclusão de cláusula de reserva de usufruto ou de reserva do direito de dispor permite excluir a responsabilidade por dívidas ulteriores.

<sup>38</sup> Ob. cit., p. 1117. Repare-se que é no regime da doação que são previstas maiores limitações ao direito de propriedade, limitações essas que «extravasam largamente a relação obrigacional entre o doador e o donatário» (ob. e loc. cit.).

<sup>39</sup> Assim, BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014, p. 1121), contra a doutrina maioritária seguida por MENEZES LEITÃO, na esteira da doutrina italiana. Também penso que este autor

inclusão de uma cláusula que limite a capacidade dispositiva do fiduciário, impondo-lhe a obrigação de apenas transmitir o bem fiduciário para um terceiro identificado (beneficiário), de forma gratuita e mediante a verificação de determinados pressupostos, é, tendo como pano de fundo a norma prevista no art. 959.º, perfeitamente lícita e admissível»<sup>40</sup>. A oponibilidade a terceiros desta cláusula depende do registo quando a doação tenha por objeto bens imóveis ou móveis sujeitos a registo<sup>41</sup>.

---

tem razão na interpretação que faz do preceito no sentido de que a reserva do direito de dispor pode abranger a totalidade dos bens doados (ob. cit., pp. 1120-1121), ao contrário do que sustentam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na linha da doutrina italiana mais antiga e maioritária (1997, pp. 263-264). Sobre esta questão, DANIEL MORAIS continua a sustentar a posição defendida por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que seguem a doutrina de BIONDI de há mais de sessenta anos e que tem sido posta em crise pela doutrina mais recente (2017, pp. 71-72). PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA entendiam que a reserva do direito de dispor apenas poderia dizer respeito a «uma parte da coisa doada» «sob pena de se admitir, contra todos os princípios, a revogação unilateral da doação». Está precisamente por demonstrar que seja «contra todos os princípios», como se verá, de seguida, no texto. Com efeito, de um ponto de vista lógico, tanto a reserva parcial como a reserva total contrariam o suposto princípio da irrevogabilidade das doações, como sublinhou TORRENTE que considerava a limitação legal como um resíduo histórico do Código de 1865 [ACCHILLE ANTONIO CARRABBA (2009, pp. 524-525)]. Pelo contrário, deverá entender-se que é possível e válida uma reserva de dispor de todos os bens objeto da doação e uma reserva de todo o valor desses bens na base das mesmas razões que legitimam a reserva parcial. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI referem igualmente que o argumento da irrevogabilidade das doações levaria à exclusão de qualquer reserva e que a admissão da reserva com limites comporta problemas de construção dogmática e sistemática (2012, p. 293). Na doutrina espanhola reconhece-se pacificamente que o suposto princípio da irrevogabilidade das doações «é um anacronismo como também, uma inconseqüência, já que carece de sólidos motivos ou razões que lhe sirvam de fundamento» [ANTONIA NIETO ALONSO (2017, p. 918)]. A generalidade dos autores interpreta a utilização das expressões «algum ou alguns» que o art. 639 do *Código Civil* espanhol emprega – à semelhança do que acontece no nosso art. 259.º – não no sentido de impedir a reserva total dos bens doados, mas de exigir a sua determinação ou determinabilidade (ob. cit., p. 923).

<sup>40</sup> Ob. cit., p. 1123.

<sup>41</sup> Ob. cit., p. 1123. A proteção concedida ao beneficiário tem a sua origem no acordo celebrado entre fiduciante e fiduciário que limita a sua capacidade dispositiva (ob. cit., p. 1117). Sobre o âmbito do registo predial, designadamente quanto ao registo dos encargos sobre as doações de imóveis e móveis sujeitos a registo e de cláusulas condicionadores da produção de efeitos transmissivos, cfr. RUI PINTO DUARTE (2020, p. 210). O art. 2.º do CRP contém a lista dos factos sujeitos a registo e, na medida em que o contrato de doação determina a aquisição do direito de propriedade, devem ser registadas cláusulas que estipulem encargos e limitações ao direito de propriedade e, nos termos da alínea v), quaisquer outras restrições ao

A desconfiança de certa doutrina e de alguns notários e conservadores do Registo Predial perante estas operações surge da cisão que provocam entre o doador/transmitente que conserva o direito de dispor, o donatário/transmissário, onerado com o encargo de administrar e transmitir ao beneficiário final, que não é titular do direito de dispor, e o beneficiário final, que virá a adquirir a título de liberalidade, *inter vivos*, no final da operação. No entanto, situações semelhantes a estas ocorrem no contexto do funcionamento das chamadas cláusula de reserva de propriedade (art. 409.º) ou de reserva de usufruto (art. 958.º) e, como explica BARRETO MENEZES CORDEIRO, encontra-se paradigmaticamente no fideicomisso<sup>42</sup>.

Uma objeção à inserção de cláusulas de reversão e de cláusulas de reserva do direito de dispor nos contratos de doação reside no suposto dogma da irrevogabilidade das doações<sup>43</sup>. Aparentemente haveria uma contradição interna nas próprias cláusulas de reversão e de reserva do direito de dispor. Tal contradição residiria na incompatibilidade conceptual de princípio com a irrevogabilidade unilateral de princípio dos contratos, designadamente com o princípio da irrevogabilidade unilateral do contrato de doação a não ser no caso de ingratidão do donatário (arts. 970.º e 974.º).

Em geral, o vínculo contratual pode dissolver-se por acordo das partes (art. 406.º, n.º 1) e esta forma de cessação dos efeitos do contrato designa-se como revogação<sup>44</sup>. Nos negócios jurídicos bilaterais, em regra, a revogação assenta no mútuo consenso, sendo a revogação

---

direito de propriedade, quaisquer outros encargos e quaisquer outros factos sujeitos por lei a registo. As estipulações fiduciárias valem entre fiduciante e fiduciário e, tal como as disposições fideicomissárias, impõem-se a terceiros, desde que registadas.

<sup>42</sup> Ob. cit., pp. 1122-1123.

<sup>43</sup> Sob o ponto, JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ (2017, pp. 166-168) e ANTONIA NIETO ALONSO (2017, pp. 915-917). Estes autores explicam que o dogma está associado à própria noção legal que seguiu fielmente o direito consuetudinário francês e à máxima «*donner et retenir ne vaut*», mas que embora a irrevogabilidade em sentido genérico, presente em todos os contratos, também o esteja na doação, a revogação, em sentido específico, pertence ao domínio da autonomia privada e não encontra qualquer limite na essência da doação. Note-se que a suposta regra da irrevogabilidade das doações que contrasta com o princípio da autonomia privada na dimensão da liberdade contratual também estará quebrada, no Direito português, no caso das doações entre cônjuges (art. 1765.º, n.º 1).

<sup>44</sup> Por todos, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ (2006, pp. 50-51).

unilateral apenas admitida nos casos excepcionalmente admitidos pela lei - como acontece no contrato a favor de terceiro (art. 448.º) - ou convencionados pelas partes<sup>45</sup>. Os contraentes podem conferir a um deles o direito de revogar unilateralmente o contrato, sem carecer de fundamento<sup>46</sup>. Relativamente às doações, a lei portuguesa apenas refere a possibilidade de serem revogadas por ingratidão do donatário, pelo que, *a contrario*, se poderia entender não serem suscetíveis de revogação unilateral *ad nutum*.

Não há, contudo, qualquer obstáculo de princípio se tal ficar expressamente acordado no próprio clausulado do contrato de doação, sendo expressamente admitida a inclusão de cláusula de reversão e de cláusula de reserva do direito de dispor<sup>47</sup>. Aliás, é o que acontece também quando a doação é realizada sob condição resolutiva. No caso da reserva do direito de dispor, dir-se-á que a doação não seria acompanhada de um elemento essencial do direito de propriedade. No entanto, também será possível afirmar-se que poderá ser um instrumento importante ao serviço dos interesses do disponente, designadamente para este poder reavaliar os próprios interesses à luz de circunstâncias supervenientes. Essa possibilidade seria fundamental no caso da empresa familiar, por exemplo, para verificar se o sucessor escolhido se vem a revelar adequado ao cargo.

O mais importante é a consideração de que se trata de um contrato complexo que atribui posições jurídicas que devem ser consideradas em cada uma das suas diferentes fases sequenciais. Se o donatário não for titular do direito de dispor, os seus credores também não terão acesso aos bens doados para efeitos de responsabilidade pelas respetivas dívidas, obtendo-se, por isso, de certo, alguma segregação em relação ao seu património próprio. Também se conseguirá que estejam fora do alcance dos credores do beneficiário final, estando em causa bens vinculados a

---

<sup>45</sup> Cfr. autor e ob. cit., p. 52, não se excluindo que a lei poderá qualificar tais situações como de revogação unilateral, estando, todavia, em causa outras modalidades de cessação do vínculo.

<sup>46</sup> Idem, p. 53.

<sup>47</sup> Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. e loc. cit., embora se refram, no contexto, à revogação da doação com reserva de dispor apenas parcial, nos termos limitados em que a admitem. Não é esta a opinião de DANIEL MORAIS (2017, p. 79).

um escopo. Ponto é que estas cláusulas obrigacionais possam ser registadas como ónus reais para serem opostas a terceiros<sup>48</sup>.

A generalidade dos autores portugueses aprecia situações como esta, pondo a tónica na vinculação da propriedade a um escopo e do ponto de vista da «constituição de propriedade fiduciária»<sup>49</sup>. Esta perspetiva contribui para os equívocos e as suspeitas da prática, sendo certo que não se trata de «constituir propriedade» e que o foco deve ser colocado nos objetivos parassucessórios lícitos.

## 5. Inculturação do *trust* com finalidades parassucessórias na realidade jurídica portuguesa

Concluimos assim que não existe obstáculo à celebração de um contrato de doação acomodado de modo a corresponder à inculturação do *trust* com finalidades parassucessórias na realidade jurídica portuguesa. Estará em causa a celebração de um contrato de doação com inclusão de uma cláusula que incumba o doador de administrar os bens doados e respetivos rendimentos no interesse de um terceiro beneficiário para o qual deverá ser transferida a propriedade dos mesmos bens após a morte do doador, com a concretização dos direitos que pode exercer e as obrigações a que fica adstrito (art. 963.º), com a inclusão da cláusula da reserva do direito de dispor (art. 959.º), da cláusula de reversão (art. 960.º), cláusula de resolução por incumprimento (art. 966.º) e cláusula de irresponsabilidade por dívidas (art. 603.º) titularidade beneficiária (donatário), devendo proceder-se ao registo do título da cláusulas

---

<sup>48</sup> Em face das divergências da doutrina italiana sobre a aposição às doações de cláusulas de reserva do direito de dispor, ENRICO MOSCATI sugere a celebração do contrato de «*affidamento fiduciario*» para a obtenção dos mesmos resultados (2020, pp. 275-277).

<sup>49</sup> Como afirma RUI PINTO DUARTE, a discussão sobre a admissibilidade da constituição da chamada «propriedade fiduciária» não tem sentido, pois «[u]ma coisa é o direito de propriedade, outra os contratos que tomem o seu exercício como objeto» (2020, pp. 284-285). É certo que, como escreve este autor, «as estipulações fiduciárias valem entre fiduciante e fiduciário, não beliscando os poderes deste, nas relações com terceiros, enquanto titular de um direito real» (p. 285). Nesta mesma ordem de ideias, como vimos, a cláusula de reserva do direito de dispor constitui uma limitação ao direito de propriedade do donatário que, sendo registada, se impõe a terceiros. Há muito que também PEDRO PAIS VASCONCELOS sustenta que o princípio da autonomia privada permite modelar situações e relações jurídicas semelhantes ao *trust* (1995, pp. 272-273 e 283).

limitativas do direito de propriedade a favor do doador ou de terceiro gestor como ónus real.

O contrato de doação está pré-ordenado à realização de uma liberalidade diferida e intermediada ou indireta. Como a transmissão do direito de propriedade para o donatário é feita sob reserva do direito de dispor, com direito de reversão e com o encargo de vir a ser transferida para um terceiro beneficiário, o donatário não é titular do direito de dispor, uma das faculdades compreendidas no direito de propriedade<sup>50</sup>. Na medida em que é aposta uma cláusula de irresponsabilidade por dívidas, alcança-se o objetivo de constituição de um património separado, quer do património do doador, quer do património do donatário, quer do património do beneficiário, embora tal património não tenha personalidade jurídica.

Aquilo que perturba os juristas oriundos de sistema de *Civil Law*, como é o português, centrados na questão de saber quem é a «pessoa jurídica» titular do direito de propriedade sobre as coisas em concreto, como inscrever nos respetivos registos o título de propriedade e quando ocorre a transmissão ou a liberalidade<sup>51</sup> para efeitos fiscais, é, sobretudo, a separação que provoca entre o titular do poder de dispor da coisa e o titular do direito de propriedade, que, em regra, coincidem. Com efeito, permite-se uma cisão entre o doador/transmitente (que conserva o direito de dispor), o donatário/transmissário (onerado com o encargo de administrar e transmitir ao beneficiário final, que não é titular do direito de dispor)<sup>52</sup> e o beneficiário final (que virá a adquirir a título de liberalidade, *inter vivos*, no final da operação. Nas relações entre credores e

<sup>50</sup> A coisa não é excluída do objeto da doação, apenas fica reservada «uma faculdade compreendida na propriedade» [ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (2012, p. 294)].

<sup>51</sup> No que respeita à liberalidade, em princípio, o património do donatário não se enriquecerá, tratando-se uma doação com encargo ou «onerosa», apenas se vindo a verificar, dependendo do clausulado e das circunstâncias do caso, no património do beneficiário final. A designação da doação com encargo como doação «onerosa» não exclui a sua gratuidade [cfr. RITA LOBO XAVIER (2016, pp. 120-121)]. A propósito desta questão, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES sublinha que o art. 940.º não faz referência expressa ao enriquecimento do donatário e que até pode surgir a questão de saber se um enriquecimento objetivo é necessário para que exista uma doação ou, se pelo contrário, não bastará o acordo das partes quanto ao benefício que resulta para o donatário (2022, pp. 241 e 255).

<sup>52</sup> Como se viu na nota anterior, a qualificação do contrato como doação não depende do enriquecimento objetivo do donatário.

devedores os problemas podem surgir quanto à possibilidade de serem executado bens «doados sob reserva do direito de dispor» relativamente às dívidas do doador e do donatário.

São fenómenos equivalentes a estes e problemas semelhantes a estes que ocorrem no instituto do *trust*, cujos efeitos pretendemos imitar: a separação fundamental entre o «*legal title of property in trust*» e o «*equitable title/beneficial title of property in trust*». Nesta construção, seria o donatário quem seria o beneficiário (*the person who holds the equitable title...*)<sup>53</sup>. É importante, por isso, frisar que, na terminologia financeira, a expressão «*equities*» é usada neste caso para referir esse património separado que poderá ser constituído os bens doados com encargo de administração por terceiro (art. 963.º) e cláusula de direito de resolução por incumprimento do encargo (art. 966.º), sob reserva do direito de dispor (959.º), cláusula de reversão (art. 960.º) e com cláusula de exclusão de responsabilidade por dívidas do beneficiário (art. 603.º) oponíveis a terceiros depois de registadas.

## Referências

### *Monografias e artigos*

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. (2013). *Contratos III, Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*, 2.ª edição. Coimbra: Almedina. ASCENSÃO, José de Oliveira. (2000). *Direito das Sucessões*, 5.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín. (2017). «La promesa de donación», in *Tratado de las Liberalidades*, pp 155-191. Pamplona: Thomason Reuters Aranzadi.
- CAMPOS, Diogo Leite de. (1969). *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina.
- CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martinez de. (2020). *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, Orlando de. (1977). *Direito das Coisas*. Coimbra: Centelha, Promoção do Livro SARL.

---

<sup>53</sup> A equivalência das posições jurídicas com a que resulta da constituição de um *trust* parece simples: o clausulado do contrato de doação/*letter of wishes-trust instrument*, contém as instruções do doador/*settlor* e que vinculam o donatário/*trustee* sobre o encargo de conservar os bens em espécie, de os administrar e, eventualmente, distribuir rendimentos, até à morte do doador (ou com limite de número de anos após a morte deste, por ex., ou até ao beneficiário atingir uma determinada idade, por ex., com reserva do direito de dispor e de os transmitir ao beneficiário.

- CARRABBA, Acchille Antonio. (2009). *Donazioni*, Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Piero Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane.
- COELHO, Francisco Pereira. (1992). *Direito das Sucessões*. Coimbra.
- CORDEIRO, António Barreto Menezes. (2014). *Do trust no Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. (1993). *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, *Sucessões*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. (2012). *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Iuris.
- DUARTE, Rui Pinto. (2020). *Lições de Direitos Reais*, 4.<sup>a</sup> edição. Principia.
- Egusquiza Balmaseda, María Ángeles, Ontiveros Baquero, Carmen Pérez (Directoras)
- FERNANDES, Luís Carvalho. (2008). «A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. III, pp. 225-253. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDES, Luís Carvalho. (2012). *Direito das Sucessões*, 4.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quid Iuris.
- FERNANDES, Luís Carvalho. (2007). *Lições de Direitos Reais*, 5.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quid Iuris.
- GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis. (2017). «Prohibiciones de disponer en las donaciones», in *Tratado de las Liberalidades*, pp. 491-527. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. (2022). «O conceito de doação e o problema das doações onerosas», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, pp. 235-255. Porto: Universidade Católica Editora.
- GRIMALDI, Michel. (2011). «L'introduction de la fiducie en droit français», in *Revue de Droit Henri Capitant*, n.º 2, 30 juin.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. (2015). *Direito das Obrigações*, Vol. III - *Contratos em especial*, 10.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes. (1987). *Código Civil Anotado*, volume III, 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra Editora.
- MARTINEZ, Pedro Romano. (2006). *Da cessação do contrato*, 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.
- MESQUITA, M. Henrique. (1990). *Ónus reais e obrigações reais*. Coimbra: Almedina.
- MOSCATI, Enrico. (2020). «Dalla donazione com Riserva disporre all'affidamento fiduciário (ovvero come revive una norma del Codice Civile)», in *Rivista del Notariato*, Vol. LXXIV, Marzo-Aprile, pp. 249-277.
- MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. (2017). *Doações em vida com finalidades sucessórias*. Cascais: Principia.

- NIETO ALONSO, Antonia. (2017). «La donación com reserva de la facultad de disponer», in *Tratado de las Liberalidades*, pp. 909-953. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- PALAZZO, Antonio e SASSI, Andrea. (2012). *Trattato della Successione e dei negozi successori*, Vol. II, *Negozi Sucessori Antecipatori*. Torino: Utet, Wolters Kluwer Italia srl.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. (2020). *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDUL, 4.ª edição. Lisboa: AAFDL.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (1990). «Sobre a doação modal», in *O Direito*, 122, II/IV, pp. 673-744.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. (2002). *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, Inocência Galvão. (1991). *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, 6.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- TOMÉ, Maria João Vaz e CAMPOS, Diogo Leite de. (1999). *A propriedade fiduciária (trust): estudo para a sua consagração no Direito português*. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. (1995). *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, Rita Lobo. (2016). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, 1.ª edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, Rita Lobo. (2017). *Sucessão familiar na empresa, A empresa familiar como objeto da sucessão mortis causa*. Católica Editora Porto.
- XAVIER, Rita Lobo. (2017b). «Para quando a renovação do Direito sucessório português?», in SEQUEIRA, Elsa Vaz e Sá, Fernando Oliveira (coord.) *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, pp. 593-614. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, Rita Lobo e FERREIRA, Emília Rita. (2018). «“O sistema de Family Governance como parte integrante do bom governo da empresa familiar”», in MARQUES, Ana Paula (org.) *Roadmap para Empresas Familiares: Mapeamento, Profissionalização e Inovação*, Edição do Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais (CICS.NOVA) - Polo da Universidade do Minho (CICS-UMinho). DOI: <https://doi.org/10.21814/1822.56256>.
- XAVIER, Rita Lobo e Costa, António Nogueira da. (2018). «O reconhecimento legal das estruturas de gestão da família empresária institucionalizada», in MARQUES, Ana Paula (org.) *Roadmap para Empresas Familiares: Mapeamento, Profissionalização e Inovação*, Edição do Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais (CICS.NOVA) - Polo da Universidade do Minho (CICS-UMinho). DOI: <https://doi.org/10.21814/1822.56256>.

- XAVIER, Rita Lobo e Lemos, Maria Carvalho e. (2018). «Pacto sucessório renunciativo na “partilha em vida”: a sua importância na sucessão familiar da empresa», in MARQUES, Ana Paula (org.) *Roadmap para Empresas Familiares: Mapeamento, Profissionalização e Inovação*, pp. 25-42. Edição do Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais (CICS.NOVA) – Polo da Universidade do Minho (CICS-UMinho). DOI: <https://doi.org/10.21814/1822.56256>.
- XAVIER, Rita Lobo e Costa, Simone Oliveira. (2018), «Relevância dos pactos sucessórios na sucessão na empresa familiar: o pacto de empresa», in MARQUES, Ana Paula (org.) *Roadmap para Empresas Familiares: Mapeamento, Profissionalização e Inovação*, pp. 43-59. Edição do Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais (CICS.NOVA) – Polo da Universidade do Minho (CICS-UMinho). DOI: <https://doi.org/10.21814/1822.56256>.
- XAVIER, Rita Lobo e COUTINHO, Pedro. (2020). «Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão *mortis causa* – abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspectiva do interesse coletivo», in *Constitucionalismos e (Con)temporaneidade, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, pp. 693-715. Porto: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, Rita Lobo. (2022). *Manual de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, Rita Lobo. (2022b). «A empresa familiar em Portugal: visão geral e perspectiva da abordagem jurídica», in Ignacio Gallego Dominguez (coord.), *Cuestiones Civiles y mercantiles en la empresa familiar*, pp. 557-581. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, SA.

### ***Estudo legislativo***

Direito das Sucessões. Anteprojecto de uma Parte do futuro Código Civil português, BMJ, n.º 54, 1956.

# The legal nature of blockchain wills in Europe

JOANA RIBEIRO DE FARIA\*

**Abstract:** Heirs can only benefit from the assets represented in distributed ledgers, if they know the private keys of the deceased's account. This can be tackled if users set up smart contracts through which documents, containing private keys, or the represented assets themselves are automatically transferred in case of death. The paper discusses whether these smart contracts would be formally valid as wills in European countries. As possession over the assets is granted before an official inheritance distribution, their validity is questioned under the principle of prohibition of succession agreements. Finally, the possible conflict between the beneficiaries of smart contracts, to whom the deceased user gives consent to access the private information of the accounts, and the legal heirs is addressed.

**Keywords:** Distributed ledgers; inheritance law; wills; smart contracts; digital assets; right to privacy; succession agreements.

## Introduction

The Daniel Suarez science-fiction book *Daemon* tells the story of a computer programmer suffering from a terminal illness who creates

---

\* Master of Laws at the School of Law of the Universidade Católica Portuguesa. LL. M at the London School of Economics and Political Science. PhD candidate at the Faculty of Law of the University of Cambridge. This article is a more detailed version of the paper presented on the 14 April 2023 at the School of Law of the Universidade Católica Portuguesa, Porto, at the Conference "Estate, Succession and Autonomy: new assets and new trends". I once again must express my gratitude to the organization of the Conference, in particular to Professor Rita Lobo Xavier, who sparked my interest for some of these questions at the Property Regimes and Succession Planning course of the Master of Laws.

a sophisticated artificial intelligent agent to execute an elaborate plan after the programmers' death.

Science fiction draws near the boundaries of actuality if one considers that wills can already be stored and even be created on a distributed ledger, thereby preserving them against tampering, accidental destruction or loss. Upon death, wills can automatically be transferred to a person, registered in the ledger, and who is in charge of presenting the will to the competent public authorities for its execution. Alternatively, those public authorities could access the wills directly through the distributed ledger, which would be an efficient and safe opportunity for interconnecting the wills registers, nationally or internationally. This represents a useful system for record and safety purposes.

However, using distributed ledgers to record wills, and eventually transmit them to public authorities, is insufficient to solve the major inheritance problem posed by this technology, which is that the assets recorded in the distributed ledger can only be accessed and transferred with a private key. Ensuring the security of private keys prevents the user from sharing them with others, but because these assets belong to the inheritance estate, it is problematic that they are inaccessible by the heirs, who do not know the private key. One solution is envisaged, which is to include the private keys in a will, store the latter in the distributed ledger, and set it to be automatically transferred to a designated heir registered in the ledger upon the user's death. Alternatively, the user can set a smart contract to transfer a recorded asset directly to a designated heir.

This article starts by presenting the basic characteristics of distributed ledgers which permit the abovementioned features (section one). As it is already evident from the preceding paragraphs, the expression "blockchain wills" may refer to the mere storage function of the ledger, or to the code's self-implementation faculty, which is the reason why the second section of this article attempts to identify different modalities of blockchain wills. Afterwards, the article debates the legal nature of tokens (i.e., the assets represented in the distributed ledgers), and highlights the importance of ensuring that the heirs have direct knowledge of the private key (section three). Section four questions whether blockchain wills are formally valid, according to the requirements established by different European jurisdictions. Given that the users' accounts holding the tokens contain private information, one could argue that third

parties, including the heirs, should not have access to them without the users' express or at least presumed consent, which is why section five concludes that programming a private key or an asset to be automatically transferred to a person is a way to unequivocally convey an authorization of access. In practice, self-executing blockchain wills grant possession to the assets before and independently from an official inheritance distribution, which should be questioned considering the prohibition of succession agreements (section six). The article ends by alerting the reader to the limitations and dangers posed by blockchain wills.

## 1. The basic characteristics of distributed ledgers

Distributed ledger technology can be conceived as a shared spreadsheet for registering assets, and an accounting system for transacting them.<sup>1</sup> To that end, it associates an asset (technically described as a token) with a particular account and permanently records any asset transfer that occurs from one account to another. Each node (i.e., every computer connected to the network) stores and maintains the exact same copy of the ledger.<sup>2</sup> As a consequence, distributed ledgers allow for data to be recorded, shared, and synchronized across a network of different participants.<sup>3</sup> This introduces security, given that shutting down or deleting the ledger would require shutting down all the network nodes.<sup>4</sup> A distributed ledger may be structured in the form of a blockchain if the data are added in blocks, in a chronological order, following cryptographic and algorithmic mechanisms for validating new inputs. To be precise, a 'block' can only be added to the ledger when a node is able to generate a number that falls within set parameters for the proposed block based on the preceding block of data (via a process called "hashing"). This ensures that any alteration to the data of a given block would break the mathematical link between the previous and the subsequent chains. Each solution is confirmed by all the nodes, before the input can

---

<sup>1</sup> SWAN (2015), p. xi.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. x.

<sup>3</sup> INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017), p. 7.

<sup>4</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 41.

be added to the chain as a new block.<sup>5</sup> When a new block is added, it is given a time stamp.<sup>6</sup> These unique properties of a distributed database improve the transparency, traceability and security of transactions.

There are two types of accounts: user and contract accounts. Starting with the former, each participant of the network has an account (user account), identified by a unique alphanumeric address of twenty bytes (the public key, similar to the international bank account number),<sup>7</sup> and which holds tokens. Tokens are publicly associated with the public key. However, they are also represented by a private key which would be, following the bank account analogy, the secret pin to the account. The private and the public key are cryptographically related, and together called a “key-pair.” This is because the public key is mathematically derived from the private key.<sup>8</sup> In each transaction, users present their public key and a signature (different each time but created from the same private key). The signature can be validated by the blockchain network against the public key without the private key being revealed.<sup>9</sup> This process demonstrates that any transfer or other dealing in the token requires authorization through the private key. Without the private key, the users have no actual power of disposal over the tokens. Although the private key can be written on a piece of paper or on the user’s own hardware, such as a simple USB drive, each account is normally connected with a software wallet, an internet-accessible software that secures and manages the private keys.<sup>10</sup> Software wallets can be custodial or non-custodial. The former can be thought of as centralized wallets or accounts, where a third party holds and controls the public and the private key as part of its services. The latter are managed locally on a user’s computer

---

<sup>5</sup> LAW COMMISSION (UNITED KINGDOM) (2021), p. 15.

<sup>6</sup> INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017) p. 8.

<sup>7</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 39, and DI ANGELO and SALZER (2020), p. 232.

<sup>8</sup> Although the latter cannot be computed from the public key, ANTONOPOULOS (2014), chap. 4.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> DI ANGELO and SALZER (2020), pp. 232 and 234.

or mobile device.<sup>11</sup> The wallets are often password-protected.<sup>12</sup> If one loses access to the digital wallet with no way of retrieving it, the token still exists on the ledger, but can no longer be used, as the corresponding private keys are lost.<sup>13</sup>

Users can issue transactions (signed data packages) that transfer tokens to other participants, and which are recorded and visible in the ledger in the form of a message.<sup>14</sup> When one user wishes to transfer assets, the former generates a message such as “send X from my wallet address xlz to the wallet address v4y.”<sup>15</sup> The message is signed with a digital signature, through a private key, and decrypted by the receiver.<sup>16</sup> It can then be argued that “knowledge of the private key confers practical control over the asset.”<sup>17</sup> Tokens can also be sent automatically through smart contracts, which are stored in contract accounts.

User accounts have to be distinguished from contract accounts. Similar to user accounts, they are characterized by a unique address.<sup>18</sup> A contract account is used by the participants to deploy smart contracts and interact with them.<sup>19</sup> Smart contract accounts store the state of some variables and their own code.<sup>20</sup> The code may refer to specific tokens, and mandate that, when a certain condition occurs, the asset is transferred to a specific account. Here, the term “contract” is improperly used because smart contracts may or may not be smart legal contracts, in the sense that they may not correspond to a binding contract, i.e., smart contracts may be smart legal contracts or just code.

Smart legal contracts can be defined as “legally binding contracts in which some or all of the contractual obligations are defined in and/

---

<sup>11</sup> BALA (2022), p. 598. The HM REVENUE AND CUSTOMS, GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM (2021) classify software wallets into online wallets and client-side wallets, instead of using, respectively, the custodial or non-custodial expressions.

<sup>12</sup> MEDLER (2020), p. 264.

<sup>13</sup> MT PELERIN.

<sup>14</sup> DI ANGELO and SALZER (2020), p. 233.

<sup>15</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 39.

<sup>16</sup> INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017), p. 8.

<sup>17</sup> THE LAWTECH DELIVERY PANEL (2019), p. 10.

<sup>18</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 43.

<sup>19</sup> TRAN and KRISHNAMACHARI (2022), p. 33.

<sup>20</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 43.

or performed automatically by a computer program”, deployed on a distributed ledger.<sup>21</sup> In that case, a contract account stores and implements a self-executing code that represents the terms of a contract, which auto-executes in the ledger.<sup>22</sup> Smart contracts allow for the development of dynamic distributed ledger applications. There are, for example, insurance services provided through smart contracts for automating insurance payouts and validation of the occurrence of insured events.<sup>23</sup> Similarly, smart contracts can be set up for automatic payments for betting on, for example, elections, sports matches, political legislation, etc.,<sup>24</sup> and there are even decentralized online casinos.<sup>25</sup>

However, it also seems possible to have a smart contract as a code, which is set to transfer the assets to a beneficiary, as a person external to the system, who did not sign or previously agree with the setting of the software. In fact, a contract account can send assets to another account just by a single transfer. It is enough that a contract receiving the assets has the function “receive() external payable”.<sup>26</sup> When the beneficiary does not need to have any active role or intervention in the setting of a smart contract, there is technically no agreement. The ledger is also not a party to the contract, even in a permissioned system.

Here, a distinction must be drawn between permissioned and permissionless distributed ledgers. In permissionless ledgers, also referred to as public blockchains, anyone can connect to the chain and become an authorized node (network participant). All the nodes of the system have visibility over all the transactions, and all of them conduct validation. By contrast, on a permissioned ledger, which is normally implemented by

<sup>21</sup> LAW COMMISSION (UNITED KINGDOM) (2021), p. 11.

<sup>22</sup> Following the classification developed by the THE LAWTECH DELIVERY PANEL (2019), p. 32, although the terminology is ours, a smart legal contract can assume three different forms. It can be a mere tool implementing, in the blockchain, the terms and conditions of a natural language contract (*smart contract as an implementing tool*). Conversely, it can be the ‘original’ agreement in the sense that all the contractual terms are agreed and solely represented in code (*smart contract as the original agreement*). In a hybrid form, some obligations are defined (and implemented) by code (*smart contract as a hybrid tool-agreement*).

<sup>23</sup> INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017), p. 21.

<sup>24</sup> SWAN (2015), p. 13.

<sup>25</sup> ROSS.

<sup>26</sup> SOLIDITY BY EXAMPLE.

an organization to meet its specific needs, nodes must be approved by specific entities defined by the owner or the administrator of the ledger, and only certain nodes conduct cryptographic validation and insertion of new data.<sup>27</sup> To be precise, on a permissioned ledger, there are specific entities (defined by a central authority) who have visibility over the information generated by the network, who can unilaterally censor transactions or exclude participants from the network, and on whose server availability depends the running of the ledger.<sup>28</sup>

## 2. Different modalities of blockchain wills

There is no official definition of the concept of blockchain wills, which can technically refer to different realities. It is possible to identify three categories of blockchain wills, with an increasingly degree of complexity: i) *blockchain wills as a means of registration or storage*, ii) *smart contract wills as implementing tools*, iii) *smart contract wills as the original wills*.

### 2.1. Blockchain wills as a means of registration or storage.

Traditional wills are prone to tampering, accidental destruction, or loss.<sup>29</sup> For that reason, registering or storing a copy of a will in a distributed ledger may be beneficial, as it ensures the integrity of documents. There is a difference between registration and storage. Blockchain wills may have a mere registration function if a real-world will is represented in the decentralized ledger through a hash. Hashing corresponds to the process of running a computing algorithm over any content file, such as a will, the result of which is a compressed string of alphanumeric characters that represents the characteristics of the original file.<sup>30</sup> The hash is accessible by a private key. Note that the content of the document is not copied, and the hash cannot translate back into the document.<sup>31</sup> However, if the same document is presented again, the recomputed hash will

---

<sup>27</sup> SINGH (2023), p. 10.

<sup>28</sup> CATALINI and GANS (2019), p. 18.

<sup>29</sup> SHAH *et al.* (2020), p. 415.

<sup>30</sup> SWAN (2015), p. 37.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

be the same as the original hash registered in the blockchain, and thus the document can be verified as unchanged.<sup>32</sup> Hashing can be thought of as a “content verification service”, as it proves that a certain will is the same unaltered will that was presented to the blockchain at a prior point in time.<sup>33</sup> It prevents a person from presenting a counterfeit document as the original will. These hashes cannot be classified as smart legal contracts given that they do not define the contractual terms, and there is no consequence attached to them.

The ledger could also have a storage function if a real-world will is properly stored in the user’s account. In fact, ledgers may also act like a central repository for contracts by retaining the terms of an actual contract or a copy of it.<sup>34</sup> In both cases, when attestation is required, the testator is no longer alive. These solutions would demand that the testator leaves the private key to the account containing the hash or the contract, but also the private keys to access any token transmitted to the heirs, with a public body or a specific human agent. For that purpose, the private keys could be stored in a USB-stick or in the computer, or inserted in a real-world testament. However, then, the notary, the witnesses (in jurisdictions where they are required for the conclusion of a testament), other participants at the time of opening of the will, and even before if the testament is held at the testator’s premises or if someone has privileged access to the content of testaments stored in the notary’s office, may access the private keys illegally and make improper use of them. In another vein, there could be a distributed ledger approved by the government which would officially store the “hashes” or the wills, and which would be accessible anytime by public officials. This modality of wills would have no other advantage than to ensure their integrity.

Alternatively, ‘real-world’ wills (or some of their clauses), as documents, can be recorded in the ledger, and associated with a smart contract account, so that the death of the testator leads to the automatic transfer of the will. Before proceeding, it must be mentioned that the ledger may verify the occurrence of a certain condition through oracles,

---

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 39. The attestation process is called “proof-of-existence” when it combines hashing and secure timestamping.

<sup>34</sup> BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (2017), p. 33.

which are interfaces provided by a third party service.<sup>35</sup> The oracles are able to access a data source, retrieve the required data and transmit those data to the smart contract.<sup>36</sup> There are two types of oracles: automated and human oracles. The automated oracles are connected to external software or hardware, and can have access, for example, to web-based databases (e.g., the weather, flight information, etc.).<sup>37</sup> In our context, a software oracle may gain entry to the civil registry office. Human oracles are those which introduce personal inputs on smart contracts, as a response to inquiries.<sup>38</sup> A human oracle could be, for example, a hospital, as a *post mortem exequendum* agent, which accepts to introduce the death certificates on a specific blockchain. Then, the effect of the automatic detection of the death could refer to an ancillary step in the inheritance process, namely to the transfer of the will to a public authority or a person, a *post mortem exequendum* agent, who assumes the obligation to present the will to the authorities, and who should be a participants of the ledger. The will (as the transferred document) could state that the testator wants to transfer a specific token to a certain person. Once again, heirs would have no access to the token, unless the private keys had been previously given to a public official, a third person or the beneficiary. The will is still executed by a public body, following the statutory legal procedure, with delays and succession freezes set upon the assets, and until the distribution of assets those passwords could fall into the wrong hands. Therefore, this modality of smart contract wills still falls under the category of *blockchain wills as a means of registration or storage*.

## 2.2. Smart contract wills as implementing tools

In the most advantageous scenario, the effects of the automatism refer to a substantial step, when either the private keys are automatically transferred to a certain beneficiary or certain digital assets are automatically transmitted to certain users' accounts (as beneficiaries) at the moment of the death. In the first case, users insert a list of

---

<sup>35</sup> BENICHE (2020).

<sup>36</sup> EGBERTS (2017), p. 7.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 8.

passwords and private keys into the ledger account in a specific document or several documents, and select the beneficiaries who will automatically receive those documents upon the death. Until the moment of the death, the testator would be preserved against the misuse of the passwords by third persons. In the second case, certain tokens are set to be automatically transferred to the beneficiaries at the moment of the death. These are *smart contract wills as implementing tools*.<sup>39</sup> They must include at least two variables: “owner\_alive”, initially set to true, to indicate whether the Testator is alive or not; “benef\_address”, to store the address of the beneficiary’s wallet, to where the assets would be transferred after death.<sup>40</sup> Other variables could be set as conditions, for example, that the assets are transferred only after the beneficiary’s graduation (e.g., “benef\_graduated”).<sup>41</sup>

This automatism ensures that certain people have an immediate and direct access to those accounts upon the moment of the death, and as the passwords are given directly to the beneficiaries, there is no risk that passwords fall into wrong third parties’ hands. Contrary to the former modality, here there may or may not be a document in the ledger conveying that such a programmed transfer corresponds to a final will, which leads to a subsequent classification: i) smart contract wills as implementing tools accompanied by an expression of intention to definitely transfer the assets; ii) smart contract wills as implementing tools without any apparent explanation for the transfer.

The latter scenario occurs because the private keys may be inserted in a document with no other reference or explanation. One could then only assume that the user, for whatever reason, wishes to transfer such a password or token to a particular entity.

The former scenario takes place when the transfer is accompanied by a real-world will or when the smart contract is an original will (as in

---

<sup>39</sup> This is a simplification. As mentioned above, smart contracts are implementing tools if all the clauses of the Will were implemented in code, which presupposes that all the digital assets to be transferred are registered in the blockchain. Given that it is not likely that all the assets of a will are represented in the blockchain, which means that only some clauses of the will are coded, smart contracts should be named hybrid tool-agreements. However, this term is complex, and does not convey the ‘implementing’ feature that we are trying to highlight.

<sup>40</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 43.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

the next subcategory), which clearly indicates that the intention of the user is to definitely dispose of the assets.

### 2.3. *Smart contract wills as the original wills*

Finally, wills can be created and signed directly in the ledger. These will be smart contract wills as original wills, and occur, for example, if a decentralized application provides a simple form, which the user fills by mentioning each of his/her assets, the distribution of the assets to various beneficiaries and/or executors.<sup>42</sup> This original will could, or could not, be configured as an implementing tool.

In all these cases, the testator can preserve the confidentiality of the will against the other participants of the chain through encryption. Document templates can have some public attributes (as unencrypted data), such as the public key of the document creator and the document creation time. The other values can remain private through the use of domain-specific language.<sup>43</sup>

## 3. The legal nature of tokens as part of the inheritance estate

Once a person dies, their assets must all be assessed and distributed following the mandatory provisions of inheritance law. One should then wonder whether tokens are classifiable as inheritable assets, and thus subject to those rules.

A token is the ledger's representation of a digital asset. It typically does not have intrinsic value but is linked to the underlying asset, which could be anything of value.<sup>44</sup> The underlying asset could be a fungible digital asset internal to the system (e.g., cryptocurrencies), or a

---

<sup>42</sup> SHAH *et al.* (2020), p. 411.

<sup>43</sup> In the words of FATZ, HAKE and FETTKER (2020), p. 3, "encryption transforms information using a key into a ciphertext that cannot be deciphered without knowledge of the key. Ideally, the ciphertext does not reveal anything about the original data." A smart contract referring to tax information, wishing to leave the tax values confidential, can state: "'privatefield' tax Rate, 'privatefield' net Total", *ibid.*, p. 8.

<sup>44</sup> INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017), p. 4.

conventional asset external to the system, such as tangible goods (the famous non-fungible tokens, “NFTs”). It can record the user’s membership in a dynamic distributed ledger application.

The legal classification of tokens is not clear because the distributed ledger is just a transaction register, it merely conveys information or an entry in the system. Tokens consist of digital character strings, with no physicality, which represent rights of all kinds, such as payment claims against a debtor, membership rights in a company, property ownership rights or limited rights in rem to movable or immovable property, or indeed other rights such as intellectual property rights.<sup>45</sup> In fact, the token may have no real-world value, and the disposal over a token only has the simultaneous effect of disposal over the represented right if the token generator has ensured the synchronization of the digital and of the analogue world, i.e., that the disposal over the token entails the direct disposal over the represented right as well, and that any other disposal over the right represented in the token is excluded.<sup>46</sup> Synchronization can be ensured in several ways, for example by requiring that the owner of a movable thing represented in the ledger deposits it at a warehouse, or subjecting the disposal over the securities to the rules of a ledger system.<sup>47</sup>

Even when tokens represent a right over a real thing, they do not create a new right, but only subject an existing right to the transmission and legitimation system of the blockchain.<sup>48</sup> The fact that they lack embodiment is problematic because many civil law systems require a thing to have a tangible or physical form for it to be recognized as an appropriate object of certain property rights such as ‘ownership’. As the government of Liechtenstein recognizes, theoretically, it could be possible to extend the property law concept of ownership beyond physicality and declare that it can also be applied to tokens. This would, however, require deep inroads into property law, as many provisions would have to be rewritten.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> PRINCIPALITY OF LIECHTENSTEIN (2019), p. 56.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 56.

Tokens generally also cannot properly be classified as claims, in the absence of a central issuing body and of a contract between the participants of the ledger.<sup>50</sup>

It follows that, as a rule, exceptions aside, a token cannot be classified as a good, nor as a claim. Following the same reasoning, the UK Law Commission, commenting on its specific common law system, which contrarily to civil law jurisdictions classifies claims as goods, considers that crypto-tokens and non-fungible tokens are neither rights relating to things in possession (tangible things), nor rights relating to things in action (legal rights or claims enforceable by action), which are traditionally recognized as the only two distinct categories of personal property rights.<sup>51</sup> It advocates, in turn, that common law has moved towards the explicit recognition of a third category of things to which personal rights can relate.<sup>52</sup> This approach has also been followed by Switzerland, which has implemented the Federal Act on the Adaption of Federal Law to Developments in Distributed Ledger Technology, aiming to effectively create a technology-specific regime which applies existing legal principles and rules to new types of object. Similarly, the government of Liechtenstein specifically regulates the ownership over tokens as a new and specific legal object for representing rights of all kinds and, whilst introducing a differentiation between the legal (valid) holder of the power of disposal of a token and the person possessing the right of disposal (as anyone gaining the *de facto* power over the key), ensures the practicability of the applications on the system by assuming that the holder of the power of disposal is also the person entitled to dispose.<sup>53</sup> In fact, the value of the tokens is on the access and the right of disposal over those tokens, which is clear if one thinks, for example, of cryptocurrency such as Bitcoin, which only accrues an intrinsic value through the rules of the system in order to function as a means of payment.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> SCHLUND and PONGRATZ (2018), p. 599.

<sup>51</sup> LAW COMMISSION (UNITED KINGDOM) (2023), p. 44.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 44 and 56.

<sup>53</sup> Article 5, no. 2 of Liechtenstein's Blockchain Act reads as follows: "it is further assumed that the person possessing the power of disposal also has the right to dispose of the token." Nevertheless, the Preamble opens the possibility of refuting this assumption in the event of an unauthorized acquisition, PRINCIPALITY OF LIECHTENSTEIN (2019), p. 62.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 56.

Despite the lack of an exacting classification, the general conclusion must be that tokens are the object of a personal right with patrimonial value. In fact, the German Federal Government has expressly recognized that the principle of universal succession refers to the entire assets of the deceased, which includes cryptocurrencies.<sup>55</sup> The reference object for inheritance law is the cryptographic private key, as it grants the holder actual power of disposal over the tokens.

Given that the tokens registered in the distributed ledgers are inaccessible by anyone without a private key or without the knowledge of the password to the wallet, they are lost with the death of their user. In such a case, the heirs would be depleted of a substantial parcel of the deceased's estate, which violates the principle of universal succession,<sup>56</sup> recognized in all European jurisdictions. The principle, which refers to the devolution of the estate as a whole upon one or several legal successors, prevents assets from becoming ownerless.<sup>57</sup> Accordingly, the German Federal Government warned that it is the responsibility of the deceased to ensure that the heirs can reliably obtain the information as to what assets he/she leaves, where the assets are located, how can they prove that the deceased was entitled to that right and how to gain access to the assets.<sup>58</sup>

If tokens were proper things, the heirs would become owners of the goods, and exercise their rights as an owners to be given possession of the assets. Exceptionally, the private keys may be stored on a proper piece of paper or on a hardware device, such as a computer or a USB stick, and thus acquired by the heir. This is, however, not a recommended procedure, given the risk of misappropriation during the life

---

<sup>55</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG (2018), para. 34.

<sup>56</sup> The Digital Assets and Private Law UNIDROIT Working Group has published a Draft of Principles which are currently being subject to public discussion, and which states, under Principle 3, that a digital asset can be the subject of proprietary rights. This expression is used in a broad sense, including proprietary interests and rights with proprietary effects, and it does not prescribe the specific requirements for a valid right of ownership in a digital asset or for a valid transfer of the same, issues which must be dealt with by national laws, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT) (2023), paras 3 and 4 (principle 3). This demonstrates beyond reasonable doubt that tokens must be integrated into the inheritance estate.

<sup>57</sup> KROPFENBERG (2012).

<sup>58</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, para. 34.

of the holder of a token, compromising the security that surrounds the secrecy of the private key.<sup>59</sup>

If, exceptionally, there is a contractual claim attached to the token, the heirs succeed on that claim, and may require that the provider of the service gives them access to the keys. In this case, if the private key is stored on an online wallet, the heir enters into the contractual relationship between the deceased and the provider of the wallet, and thus has a claim against the provider for access to the wallet and to the private key contained therein.<sup>60</sup> Similarly, if the key is stored on an external server, for example a cloud, the heirs succeeds on the contract.<sup>61</sup> Moreover, when an entity decides to provide its services through a decentralized ledger, for example when an insurance company chooses the blockchain for automated payment of its clients, the ledger merely serves as an infrastructure that anchors those applications, and then there might be a prior agreement between the clients and that entity, which can be transferred.

In these contractual scenarios, the heir may face two main difficulties: the existence of contractual provisions that restrict the provider from transmitting the keys or, in general, allowing access to the heir,<sup>62</sup> and, in any case, the necessity for the heirs to provide proof of their legitimacy as the lawful successors, vis-à-vis the respective service provider, to exercise some rights, such as the right to delete the account or the right to access the digital content. The European Union Regulation no. 650/2012 created a European Certificate of Succession, which has an evidentiary effect and accurately proves elements which are required by the law applicable to the succession, such as the validity of post-mortem

---

<sup>59</sup> SHAH *et al.* (2020), p. 408.

<sup>60</sup> VON OERTZEN AND GROSSE (2020), p. 1658.

<sup>61</sup> VON OERTZEN, BIERMANN and LINDERMANN (2022), p. 765.

<sup>62</sup> Many digital services' terms and conditions include clauses to the effect that the service provider cannot provide passwords or access to the accounts of the deceased. There are also clauses which provide for the cancellation of all data referring to the deceased. Moreover, some clauses which are directed at the user, and indirectly affect the rights of the heirs upon the latter's death, as for example the general terms and conditions of wallet operators, which include disclaimers to the effect that if a password is lost, the operator has no access to the private key.

dispositions.<sup>63</sup> However, “the evidentiary effect of the Certificate should not extend to elements which are not governed by this Regulation, such as question of affiliation or the question whether or not a particular asset belonged to the deceased.”<sup>64</sup> Moreover, if the provider did not request the identification of the contractual partner when the contract was concluded, or when the user is represented through a pseudonym, it is unlikely that the proof of legal succession will succeed.<sup>65</sup> By contrast, the private key of a distributed ledger is sufficient as proof of legitimacy for the participants in a peer-to-peer network.

In the mentioned scenarios, the importance of ensuring that the heirs have direct knowledge of the private key is evident, but beyond this, one must note that in all the cases in which there is no contract claim, and the private keys and passwords are not stored in any physical device, the only way for heirs to have access to the assets is for the (deceased) user to give direct knowledge of the wallet password or private keys to the heirs. Smart contract wills as implementing tools attempt to solve this problem by ensuring that the transfer of the private keys or of the assets themselves occurs only, and automatically, at the time of the death.

As it was and will be argued, smart contract wills as implementing tools merely represent a practical attribution of private keys and tokens, which may, or may not, be accompanied by an expression of intention of the user to definitely dispose of the assets. Only in the latter scenario may we have a proper will, in the legal sense of the term.

#### 4. The formal validity of blockchain wills

A will is a personal, unilateral and revocable act, reflecting the private autonomy of the testator, by which he/she destines his/her assets in advance of his/her death. Then, proper wills require a declaration explicitly containing the intention of disposing of assets. Blockchain wills as a

---

<sup>63</sup> See para. 71 of the Preamble of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, of 4 July 2012.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> LANGE AND HOLTWIESCHE (2016), p. 490.

means of registration or storage are just a copy of a proper will. Similarly, smart contracts as implementing tools without an expression of intention to definitely dispose of the assets have no relevance as wills.

This section focuses on proper blockchain wills, i.e., on smart contract wills as implementing tools accompanied by an unequivocal declaration of intention to dispose of the assets and smart contract wills as original wills, and discusses whether they are formally valid.

A holographic will is a document handwritten by the testator and signed by him. The holographic will was initially recognized in France, and influenced other countries such as Austria, Belgium, Germany, Hungary, Italy, Poland and Spain,<sup>66</sup> but also Croatia, Slovakia, Slovenia, Estonia, Greece, Latvia, Luxembourg, Poland, Czech Republic, Romania, Sweden, Lithuania and Bulgaria<sup>67</sup> which accept simple handwritten wills as valid wills. Because the majority of the jurisdictions in Europe recognize the validity of holographic wills, one would argue that the conclusion of proper blockchain wills, in which the consent is recorded directly in the blockchain, should be formally valid. But is it so?

The Regulation of the European Union on electronic identification and trust services for electronic transactions (hereinafter, “eIDAS Regulation”, as it is known) establishes that an “electronic document” is any content stored in electronic form.<sup>68</sup> This definition must include the ‘blocks’ in a blockchain.<sup>69</sup> Moreover, it determines that an electronic signature shall not be denied legal effects and admissibility as evidence in legal proceedings.<sup>70</sup> However, as the Law Commission of the United Kingdom makes clear, this Regulation applies in a commercial and transactional context, not in the context of will-making.<sup>71</sup> In a commercial sphere, the signature has the purpose of validating the identity of the parties. By contrast, the unilateral nature of wills means that a signa-

---

<sup>66</sup> REID, WAAL and ZIMMERMANN (2011), p. 434.

<sup>67</sup> WOLTERS KLUWER, 2018.

<sup>68</sup> Article 3, subparagraph 35, and article 46 of the Regulation (EU) No. 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, of 23 July 2014.

<sup>69</sup> EUROPEAN COMMISSION (2019), p. 3.

<sup>70</sup> Article 25, no. 1 of eIDAS.

<sup>71</sup> LAW COMMISSION (UNITED KINGDOM) (2017), p. 110.

ture on a will performs an authentication function, which is why an electronic signature cannot fulfil the formal requirements for a will. Moreover, in terms of probative status, according to eIDAS, a (simple) electronic signature shall be recognized as (mere) evidence in legal proceedings,<sup>72</sup> which implies that judges can freely appreciate its authenticity. Exceptionally, a qualified electronic signature shall have the equivalent legal effect of a handwritten signature,<sup>73</sup> and must be given the same status of a document whose signatures have been authenticated by a public notary.<sup>74</sup>

The question is whether blockchain wills can ever bear a qualified electronic signature. A qualified electronic signature is a digital signature that meets a particular standard, and which is certified by a qualified certificate for electronic signatures. The certificate is a statement confirming that a public key belongs to a certain identity.<sup>75</sup> The problem is that a qualified certificate for electronic signatures must be issued by a qualified trust service provider, whose status must have been granted by a supervisory body designated by the appropriate Member State.<sup>76</sup> A qualified trust service provider shall “employ staff and, if applicable, subcontractors who possess the necessary expertise, reliability, experience, and qualifications and who have received appropriate training regarding security and personal data protection rules and shall apply administrative and management procedures which correspond to European or international standards.”<sup>77</sup> It can thus be argued that the eIDAS assumes that trust services are provided by individual trusted compa-

---

<sup>72</sup> Article 25 no. 1 of eIDAS.

<sup>73</sup> Article 25, no. 2, of eIDAS.

<sup>74</sup> MIRANDA BARBOSA (2023), p. 713.

<sup>75</sup> SORGE and LEICHT (2022), p. 68.

<sup>76</sup> Article 3, no. 15, of eIDAS. To be precise, Member States shall designate a supervisory body established in their territory or, upon mutual agreement with another Member State, a supervisory body established in that other Member State. That body shall be responsible for the supervisory tasks in the designating Member State, Article 17, no. 1, of eIDAS. As SCHWALM and ALAMILLO-DOMINGO (2021), p. 92 argue, “in summary the current eIDAS Regulation follows the approach of a centralized digital identity de facto issued by member state or under its control. This means that eIDAS acts on the assumption of a government trust anchor for each digital identity so that a trustworthy third party issuing the eID is always needed. A digital identity without government trust anchor is not covered by eIDAS.”

<sup>77</sup> Article 24, no. 2, b) of eIDAS.

nies, instead of multiple collaborating participants, such as the nodes of the system in a distributed ledger.<sup>78</sup> This is because the validation of new inputs is usually a decentralized process, undertaken by all the nodes in the system through consensus.<sup>79</sup>

In fact, a distinction must be drawn between permissioned and permissionless distributed ledgers. Because a permissioned ledger has an administrator and can verify the identity of the participants, which is important as the qualified certificate must contain the name or a pseudonym of the signatory,<sup>80</sup> it is arguable that permissioned ledgers can be certified by Member States' governments as qualified trust services providers, as in that case the ledger is incorporated in the structure of an organization. However, there are still some counterarguments to be considered, such as that a qualified electronic time stamp must be based on an accurate time source linked to Coordinated Universal Time,<sup>81</sup> whereas a new block is generated, on average, every ten minutes.<sup>82</sup>

Following the previous reasoning, one could attempt to argue that holographic wills can be concluded in permissioned distributed ledgers recognized as qualified trust service providers by a supervisory body. This argumentative path will certainly find supporters in the years ahead. Nevertheless, one must be cautious when addressing this issue, and reminded, firstly, that holographic wills, even when accepted, are considered exceptional and its validity may be conditioned upon the fulfilment of certain specific material or formal requirements, and secondly, of the already mentioned and very reasonable argument of the United Kingdom's Law Commission concerning the specific authentication nature of a will signature. Indeed, in inheritance law, formal requirements are to be taken seriously, given that "a will only takes effect, and usually only becomes known, once the testator has died, when he can no longer be questioned as to his intentions," and when the best evidence of content and authenticity has ceased to be available.<sup>83</sup> The use of electronic signatures, even qualified ones, is dangerous

---

<sup>78</sup> SORGE and LEICHT (2022), p. 64.

<sup>79</sup> FALAZI *et al.* (2019), p. 78.

<sup>80</sup> Articles 5 and 32, no. 1, e) of eIDAS.

<sup>81</sup> Article 42, no. 1, b) of eIDAS.

<sup>82</sup> SORGE and LEICHT (2022), p. 74.

<sup>83</sup> REID, WAAL and ZIMMERMANN (2011), p. 433.

because the trust service provider never physically verifies the identity of the signatory, not at the moment when the user registers in the ledger and is issued a signature, and not even at the moment when each signature is placed. To be precise, although a qualified trust service provider shall verify the identity and, if applicable, any specific attributes of the natural person to whom the qualified certificate is issued, such identity or attributes can be verified remotely, by means of electronic identification or a certificate of a qualified electronic signature, “for which prior to the issuance of the qualified certificate, a physical presence of the natural person or of an authorized representative of the legal person was ensured.”<sup>84</sup> Moreover, a qualified electronic signature is equivalent to an authentication of signatures, but not to an authentication of documents. That is, according to eIDAS, a qualified signature (only) certifies that the signature belongs to the person who signed, that the signatory intended to sign and that the document suffered no alterations since the signature moment.<sup>85</sup> Authentication of the signatures is not equivalent and cannot be equivalent to an authentication of documents, in which the public body declares that the parties have read, understood and accept the content of the document.<sup>86</sup> This is not possible because the parties do not appear before any competent authority.<sup>87</sup> For this reason, when an electronic signature is placed in a will concluded directly on a permissioned ledger, it is not clear in practice whether the signature has been placed by the purported signatory, or whether someone stole or had access to the private keys or even if the signatories on the other side of the screen had a gun pointed towards their head.

In fact, the idea that handwritten signatures are insufficient in the realm of inheritance law is endorsed by jurisdictions which impose special formal requirements for the conclusion of wills. In some countries, wills are only valid if they are signed before typically two witnesses, such as in the United Kingdom, but also Cyprus,<sup>88</sup> Finland,<sup>89</sup> Ireland<sup>90</sup> and

---

<sup>84</sup> Article 24, no. 1, of eIDAS.

<sup>85</sup> MIRANDA BARBOSA (2023), p. 713.

<sup>86</sup> PATRÃO (2012), p. 76.

<sup>87</sup> MIRANDA BARBOSA (2023), p. 714.

<sup>88</sup> Section 23 of the Chapter 195 of the Cyprus Wills and Succession Law.

<sup>89</sup> Section 1 of the Chapter 10 of the Code of Inheritance of Finland, no. 40/1965.

<sup>90</sup> Section 78 of the Succession Act of Ireland.

Denmark.<sup>91</sup> The Law Commission of the United Kingdom, referring to the conclusion of deeds (and not of wills, in which area it would tend to be even more cautious), reasoned that the current law does not support witnessing other than by a witness being physically present when the document is signed, which excludes the possibility of a witness viewing the signing on a screen or through an electronic signature platform. To be precise, the Commission did not exclude that witnesses may be able to electronically verify the identity, the intention to sign, the act showing intention, the link between the person and the act, the link between the person and the document, and that the process has not been tampered with, but that would require the implementation of some specific safeguards, brought about by a law reform.<sup>92</sup>

Other jurisdictions require the intervention of a neutral institution or officer, such as a court of law or a notary (deposited or notarial wills). In Malta, Portugal and in the Netherlands, deposited wills can either be open (visible to the notary) or sealed (the notary accepts the will without seeing its contents).<sup>93</sup> In any case, the notarial deed certifies at least the intention of the testator to conclude the specific dispositions contained in the document, and the number of pages of the document.<sup>94</sup> Closed wills are not necessarily deposited in the notary office. However, the will is registered in the Conservatory of Central Registries.<sup>95</sup> Looking closely at these requirements, one concludes that these jurisdictions are not concerned about the substance of the will, in terms of content, but about two aspects. Firstly, ensuring that testators appreciate the significance of the will, that they really intend to dispose of the assets, that they are not being subject of fraud, duress, etc.<sup>96</sup> Secondly, through registration,

---

<sup>91</sup> Section 64 of the LBK no. 1347 (Arveloven).

<sup>92</sup> Law Commission (United Kingdom) (2021), p. 69.

<sup>93</sup> Articles 654 and 65 of Chapter 16 of the Civil Code of Malta, and article 4:95 of the Dutch Civil Code.

<sup>94</sup> Article 48 of the Netherlands' Notaries Act. Articles 107.º and 108.º, Portuguese Código do Notariado.

<sup>95</sup> Article 141.º Portuguese Código do Notariado.

<sup>96</sup> ZALUCKI (2021), p. 140 ff. explains that one of the most important elements of testation activities is the intent and awareness of the testation. Therefore, regulations in this area play an important role to ensure that the testator is aware of the seriousness of the action being performed and the awareness of the *mortis causa* effects of the disposition, counteracting the testator's rash behavior. Formality requirements also aim to evaluate the specific qualities of

providing a means to guarantee that the will is not lost and that, when the testator dies, it can be easily identified. In fact, as a written piece of paper, a will is highly vulnerable to be tampered with or destroyed.<sup>97</sup> Indeed, most, but not all, countries, give testators the possibility of registering or depositing the testament in a notary or a public repository. The importance of being able to effectively identify the existence of a will at the time of death is also illustrated by the fact that one of the commitments made by the Notaries of Europe is to promote the establishment of national wills registers and their interconnection,<sup>98</sup> and that there are associations, such as the Association of the European Network of Registers of Wills, which provide a management system to interconnect the national registers of wills, and to allow the search for those issued in another State.<sup>99</sup>

Now, how to make sense of all this? Decentralized ledgers offer an efficient and safe way to store and register wills, which would be accessible at a national or even international level. Governments could require that blockchain wills were recorded or implemented in a permissioned ledger where each participant would be *a priori* identified, i.e., users would have to register themselves before using the system, inserting their personal data. It would then be possible to identify the citizens on the ledgers through their public key, and monitor the transactions done by the processing of the will, as the blockchain is transparent.<sup>100</sup> This would avoid the obstacles posed by the fact that wallet addresses are pseudo-anonymous<sup>101</sup> and prevent users from programming ledger transactions as a way to circumvent tax or inheritance law mandatory dispositions. To conclude, in the majority of jurisdictions which

---

a given person, such as age and mental capacity. However, the author criticizes the case law which follows the principle of *strict compliance*, which lead to the invalidation of the testament despite convincing evidence of intention, and observes two trends. The first consists in mitigating, in some legal systems, the formal requirements for will, and the increasing adoption of the doctrine of “substantial compliance”, according to which the testators’ intentions must be respected despite certain formal errors in the will.

<sup>97</sup> SREEHARI *et al.* (2017), p. 203.

<sup>98</sup> CONSELHO DOS NOTARIADOS DA UNIÃO EUROPEIA (2014), p. 8.

<sup>99</sup> ASSOCIATION OF THE EUROPEAN NETWORK OF REGISTERS OF WILLS.

<sup>100</sup> SREEHARI *et al.* (2017), p. 206.

<sup>101</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 53.

recognize the validity of holographic wills, wills can be validly constituted in permissioned ledgers recognized as trust service providers, and in which the users fill in the contents of a will template, containing the applicants' personal information, inheritance assets and its desired distribution.

Where the applicable law requires the authentication of documents by a third party, or even witnessing, the template may be sent to or accessed by the competent public authorities or by witnesses for review and approval, after which the will is uploaded into the blockchain and signed with their private key.<sup>102</sup> As argued above, the interaction between the testator and the public authorities is important to verify that the former intends to dispose of the goods. This can still be achieved if the approval is preceded by the physical interaction between the testator and the authorities.

Just a few more words to note that the latter reasoning applies easily to smart contract wills as the original wills. The scenario involving blockchain wills as storage and smart contract wills as implementing tools without an expression of intention to dispose of the assets also finds a straightforward legal classification: they cannot be legally configured as wills, because they do not explicitly contain any intention to dispose of assets.

What is more complicated is the intermediate figure of smart contract wills as implementing tools which are set alongside a document, stored in the blockchain, and which represents a real-world will. In this case, it is clear that the testator aims to dispose of the private keys or the assets through the smart contract. On the one hand, smart contract wills aim to reproduce and execute a real-world will, adding to the latter a mere execution feature and additional information regarding the content of the token and the identity of the beneficiary. On the other hand, they contain an expression of intention on its own. This is complex because there might be a discrepancy between the real-world will and the smart contract. For example, a smart contract will as an implementing tool may be set to transfer the token to X, whilst the real-world will mentions that such a token should be transferred to Y. If the smart

---

<sup>102</sup> CHEN *et al.* (2021), p. 5.

contract as an implementing tool is formally valid, as well as the real-world will, one must consider the rule that a (valid) will tacitly revokes another (also valid) when there are contradictory dispositions. In this case, it matters when each will was concluded. If a template is submitted (and approved, if required) before the respective written form is signed, the latter prevails, and vice-versa. However, if the smart contract will as an implementing tool is not formally valid, but it has an equivalent real-world will, it may still have relevance, not as a proper will, but as a *per relationem* will containing instructions on how to access the assets listed in the real-world will, provided that the former was concluded before or at the same time as the latter. Where a will refers to some other document, such as a list of legacies, civil law jurisdictions generally recognize the document if it meets the solemnities required for one of the accepted forms of will (in general, the requirements of the holographic will) or if it is of a supplementary nature.<sup>103</sup> In fact, a valid real-world will may state that the certain digital assets will be transferred to a specific heir, without any mention to the private key or passwords, which would then be protected from external access until the death of the testator, when a self-executing smart contract would validly transfer the keys or the equivalent assets to the heir. Here, of course, the real-world will contains the only valid disposition of assets, and thus any discrepancy between the code and the will must be ruled in favour of the latter.

Finally, smart contracts as implementing tools with an expression of intention to dispose of the assets *post-mortem* which are not accompanied by a real-world will, and smart contracts as original wills which do not comply with formal requirements are formally invalid wills.

Note that due to the limitations of code language, a blockchain will may not dispose of all the assets of the testator. Particularly, there may be real-world assets which are not mentioned by a blockchain will. This is not problematic because a (valid) will tacitly revokes another (valid) will only when there are contradictory dispositions.

---

<sup>103</sup> REID, WAAL and ZIMMERMANN (2011), p. 460. In Portugal, article 2184.<sup>o</sup> of the Civil Code establishes that it is possible to refer in a will to another document, so long as that document contains accessory or executory dispositions, and it was concluded before the will, or contemporarily with it.

## 5. The protection of the right of privacy of the deceased regarding the content of the contract accounts

Digital assets and accounts contain private information concerning the deceased. Contract accounts allow conclusions to be drawn about how the deceased spent their money, who their business partners were or where they were at what time.<sup>104</sup> Dynamic distributed ledger applications may make use of ID-related documents, such as marriage certificates, transaction histories, land titles, and health records, which can be recorded in decentralized ledgers.<sup>105</sup> For example, the results of health exams can be delivered through decentralized applications, and airlines, as well as financial services providers, may develop decentralized applications for identity verification checks.<sup>106</sup> Moreover, one can think of the user's membership on an online dating application or an online casino, accounts whose mere existence the deceased could want to keep hidden from the heirs.<sup>107</sup>

On one extreme, some authors and jurisdictions exclude any kind of *post-mortem* protection of personality rights, which is typically the approach followed by the United Kingdom, where the principle has traditionally been *actio personalis moritur cum persona*.<sup>108</sup> Consequently, all assets should be inherited and accessed by the heirs, even when they have a personal content. Supporters of this view argue that family papers and pictures, as well as letters and diaries, with patrimonial content are typically inherited, in the similar fashion as the landlord of the deceased is not obliged to search and destroy the latter's highly personal items and documents left in the apartment before the heir who succeeds on the rental agreement can access it.<sup>109</sup> Some jurisdictions, recognizing a *post-mortem* protection of personality rights, are of the view that heirs are entitled to use all the digital data of the deceased, while the

<sup>104</sup> KLAS and MÖHRKE-SOBOLEWSKI (2015), p. 3474.

<sup>105</sup> INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017), p. 23.

<sup>106</sup> SWAN (2015), p. 61.

<sup>107</sup> LANGE and HOLTWIESCHE (2016), p. 488.

<sup>108</sup> HARBINJA (2022), p. 69. Accordingly, article 3(2) of the UK Data Protection Act 2018 states that personal data "means any information relating to an identified or identifiable living individual."

<sup>109</sup> STEINER and HOLZER (2015), p. 263 and HERZOG (2013), p. 3750.

next-of-kin may assert defence claims on behalf of the deceased within the framework of the *post-mortem* protection of personality rights, possibly demanding that the heirs should refrain from using the data in a certain way offensive to the deceased's human dignity.<sup>110</sup> The latter is the prevailing view in Germany, a perspective which was accordingly supported by the German Federal Court of Justice in its landmark decision which ruled that intangible goods and highly personal data, such as the user account of a social network, are inherited under the general rules of inheritance law and following the principle of universal succession. In more detail, the Court held that the parents, as heirs, were allowed to access their deceased daughter's Facebook account, which included her private messages, and disregarded the "memorialization" of the account option, as it jeopardizes the heirs' access rights and therefore contravenes the principle of universal succession.<sup>111</sup> Therefore, any contractual clause which impedes the contract provider from delivering passwords or access to the accounts of deceased users should be void, as it offends the principle of universal succession.

On the other hand, one can argue that highly personal elements of the estate, such as private e-mails and personal messages, should not be inheritable by way of universal succession, and should be transmitted to the next-of-kin, who may exercise the *post mortem* personal rights of the deceased.<sup>112</sup> Thus, the next-of-kin should always be entitled to access the accounts, so as to exercise the personality rights of the deceased.

The right to the free development of personality requires control over who is privy to each piece of information which the user provides. In fact, the secrecy of personal data and the subject's power of control over them constitutes a guarantee of the right to the free development of personality, against any interference from third parties.<sup>113</sup> To protect their autonomy, users must have the right to have their personal data deleted.<sup>114</sup> Martini deepens this perspective by explaining that if one

---

<sup>110</sup> HERZOG (2013), p. 3750. At least twelve European states protect the deceased's data, HARBINJA (2022), p. 77, based on an oral presentation delivered by McCallig.

<sup>111</sup> Paras 28-30 of the BGH 12 July 2018, NJW 2018, 3178.

<sup>112</sup> This view is supported, amongst others, by Hoeren (2005), p. 2114, and Brinkert, Stolze and Heidrich (2013), p. 155.

<sup>113</sup> GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA (2014), pp. 464-465.

<sup>114</sup> BERNAL (2014), p. 15.

cannot trust that their data will continue to be protected after death, this restricts their personality development even during their lifetime, which is why the provider should not be allowed to transmit any highly personal data without a corresponding will of the deceased.<sup>115</sup> This reminds one of the Dropbox's terms and conditions which require a valid court order certifying that it was the deceased's desire that the heir has access to the files in their account after death.<sup>116</sup> Without going so far as requiring a court order, Martini suggests that the providers should be legally obliged to give their users the option of determining how the content of the account is to be dealt with after their death, by setting their accounts accordingly.<sup>117</sup> Interestingly, Harbinja compares the *post-mortem* control which should be granted to individuals concerning their personal data to the control over property which is given to them through the concept of testamentary freedom.<sup>118</sup>

In accordance with this view, article 85 of the French *Loi Informatique et Libertés* allows the users to define some guidelines relating to the preservation, withdrawal and communication of their personal data after their death. The directives concerning the processing of personal data should be registered with the data controllers and must be subject to the specific consent of the person concerned. In the absence of guidelines or of mention to the contrary, the heirs of the person concerned may have access to personal data to the extent necessary for the organization and settlement of the estate of the deceased, and to ensure that the data controllers are aware of the deceased's death.<sup>119</sup> Following the same principles, Section 2-n of the Italian Personal Data Protection Code stipulates that processing rights concerning the personal data of

---

<sup>115</sup> MARTINI (2017), p. 1149.

<sup>116</sup> DROPBOX.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 1154.

<sup>118</sup> HARBINJA (2022), p. 61. BANTA (2016), p. 990 also argues that "the law must ensure that succession principles honoring testamentary intent apply to privacy as well as property rights." However, one must note that succession laws, with its typical family law protection, does not allow the testator to exclude assets from the estate, whereas we will argue here that the user can request the deletion of some accounts. This is because the existence of property is not 'secret', or at least not to the same extent, as some data stored online can be.

<sup>119</sup> Legislation no. 78-17, of 6 January 1978, of informatics, documents and freedoms, as amended by legislation no. 2018-493, 20 June 2018.

deceased persons may be exercised by any entity having a vested interest or acting to protect the data subject. However, such exercise shall not be allowed if the data subject has banned it expressly by means of written statement submitted or communicated to the controller with regard to the direct offer of information society services.<sup>120</sup>

How would such an unequivocally expressed, specific, free and informed manifestation of consent be transmitted? The reason why the French rules require a specific consent of the person concerned is to avoid the risk that Courts consider that such choices were not specifically communicated or negotiated. In the abovementioned case, the German Federal Court held that the provisions on memorialization were not part of the contract because the user did not expressly consent to them, as they were only available in Facebook's help section and not directly offered at the moment the contract had been concluded.<sup>121</sup> Accordingly, the Court of Rome expressed the view that the mere adherence to general terms and conditions does not meet the required standard.<sup>122</sup> But although it seems like the activation of the options made available to registered users by information society service providers fulfils this criterion, it may be difficult to ascertain whether the user specifically selected an option when that option corresponds to the default setting.

Moreover, both jurisdictions establish the rule that the user should transmit its intentions as to the destination of the personal data to the data controller, who is the entity making those intentions effective. The data controller is the person or entity that determines the purposes and means of personal data processing.<sup>123</sup> In fact, the GDPR is based on the underlying assumption that in relation to each personal data point there is at least a person – the data controller – whom data subjects can

---

<sup>120</sup> The Italian personal data protection code containing provisions to adapt the national legislation to general data protection regulation (Regulation (EU) 2016/679) ('GDPR'), approved by Legislative Decree no. 101 of 10 August 2018.

<sup>121</sup> Paras 28-30.

<sup>122</sup> Tribunal of Rome, 8<sup>th</sup> civil section, 10 February 2022, commented by BONETTI, 2022.

<sup>123</sup> Article 4(7) of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), of 27 April 2016, thereafter "GDPR".

address to enforce their rights under EU data protection law.<sup>124</sup> Here, a distinction must be made. When an entity relies on a decentralized ledger to provide a service, e.g., to manage the clients' accounts or to automate payments, through a permissioned ledger or through the provision of an application layered in a permissionless ledger, such entity determines the means of personal data processing, and qualifies as a data controller.<sup>125</sup> When, however, the user engages directly with the distributed ledger infrastructure level, it is not an easy, or even feasible, task to determine who the data controller is.<sup>126</sup> As a consequence, there are cases in which users might not be able to exercise their declaration rights. Moreover, even when there is an entity who provides a service through a decentralized ledger, does it have enough control over the latter to erase the data which are distributed through the nodes of the ledger?

Finally, if the user expresses the intention of having the personal information of the account accessible by a certain person or, contrarily, not accessible to certain persons, the effectiveness of such right is left on the providers' hands, which needs to adopt legitimacy measures to ensure that the person required to access the data is the person to whom the user intended to grant access to, and which may not have the means to contact such persons directly in case the latter does not do so, or in case the contact details change.

This demonstrates the difficulties faced by the users to exercise the right of disposition over the personal data of the accounts, and the importance of having a well-defined way to exercise such a right. We argue that if the user sets the private keys or the assets to be directly transferred to a certain entity, the deceased has authorized the latter to access its private information. It should also be presumed that this does not authorize anyone else to access the information. As a consequence, the implementing nature of a smart contract is an efficient method to dispose of the personal data of the ledger accounts, and actually even of other digital accounts.

---

<sup>124</sup> FINCK (2019), p. 1.

<sup>125</sup> *Ibid.*, pp. 38 and 44.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 45.

The European Union GDPR does not deal with the processing of personal data of deceased persons, delegating such issue to the Member States.<sup>127</sup> However, article 6, no. 1, of the GDPR, has two subparagraphs, b) and f), which, at a first glance, could affect the deceased's right to dispose of his/her personal data incorporated in the assets.

Starting with subparagraph b), it states: "processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: (...) b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract." The GDPR establishes that "processing" includes retrieval, consultation, use and disclosure.<sup>128</sup> Then, some authors rely on subparagraph b) to argue that heirs can access the deceased's accounts because that is necessary to effectively takeover the contracts inherited.<sup>129</sup> However, the "data subject" is the individual to which the personal data contained in the account refers to and when the heir inherits the account, he/she may become a party to the contract, but he/she is not the data subject. As a consequence, when subparagraph b) refers to the performance of a contract to which the data subject is party to, it does not apply to the heir.

Moreover, succession on the patrimonial part of the contract does not require access to the account. It can occur that the person who is entitled to the patrimonial value of assets stored in an account is not the same to whom the right of access to the account's private content was granted. When smart contracts are invalid as wills or when the provisions of the will violate the mandatory rules of succession, such that the estate distribution needs to be rearranged, the right of access may be transmitted to persons who are not heirs or legatees. One would say that whoever is in charge of distributing the inheritance estate should try to allocate the patrimonial assets to the beneficiaries of the consent as far as possible. If this is not possible, one could still argue that, in many cases, there seems to be a way for the heir to enjoy the patrimonial value of the assets, without accessing the account. This seems similar to the situation in which the right of property is limited by a right of usufruct?

---

<sup>127</sup> See Recital 27 of the GDPR.

<sup>128</sup> Article 4 of the GDPR.

<sup>129</sup> D'ARMINIO MONFORTE (2020), p. 105.

The person who was given access to an account containing personal information (or the service provider, if the testator did not expressly order the release during his/her lifetime), should be able, and obliged, to transfer to the heir (only) the patrimonial content of the account. Then, that person or the provider must separate the patrimonial content of an account from the highly personal data in a fiduciary capacity, and protect the personal data after death against everyone. This resembles the case of the Iranian writer Marsha Mehran, author of an internationally renowned bestseller entitled *Café Babilonia*, who used the cloud of Google Drive for both professional and personal purposes. When the heirs requested Google to verify that inside the cloud, used daily by the writer, were not other literary works, Google gave her father a CD with her writings stored in the Cloud.<sup>130</sup>

Subparagraph f) of article 6, no. 1, of the GDPR states that processing is lawful if it “is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child.” Here, one must consider the Court of Rome’s reasoning, regarding section 2-n of the Italian Personal Data Protection Code, that the processing rights concerning the personal data of the deceased, when exercised by any entity having a vested interest, arise *iure propriu* in the sphere of that entity, which means that such rights are based on their own independent interest (and not in the interest of the deceased).<sup>131</sup> In the case in question, the wife required access to her deceased’s husband account based on “family reasons worthy of protection”, such as the need to recover videos and images of emotional content, also for the benefit of the couple’s daughters who were still young.<sup>132</sup> This is relevant because it demonstrates that the will of the user regarding the destination of the personal data contained in the assets should relate only to his/her privacy right, and does not concern other conflicting rights. In any case, we tend to defend the view, which is generally subjacent to Martini and Harbinja’s perspective, that the

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>131</sup> Tribunal of Rome, 8<sup>th</sup> civil section, 10 February 2022, commented by (Bonetti, 2022).

<sup>132</sup> *Ibid.*

right to define the destination of personal data is underpinned on the autonomy of the user, whose rights should prevail over the interests of the family members.

Finally, one must acknowledge that if the deceased has stated his/her intention of “being forgotten”, in the sense of desiring that the account is closed, there is no one left who can sue the data controller for not deleting the data. This problem can, however, be solved. Catalonia, for example, added a rule to the fourth book of its Civil Code providing that users can designate a person to carry some of the following actions: notify digital service providers of their death, request digital service providers to cancel their active accounts, request the digital service providers to activate the policies established for the cases of death, etc.<sup>133</sup> For an agency agreement to be valid, the designation must be accepted, by the agent, before the user dies, even if the performance of the obligations is to occur *post mortem*. Exceptionally, it is possible, through a will, to make the acceptance of a testamentary donation dependent on the performance of specific obligations. As argued above, because there are cases in which it may not be feasible to determine who the data controller is, the users may find that their rights can only be protected if a fiduciary can access the account and delete it, or the private information contained in it. For that, setting a smart contract to transfer the private keys to the fiduciary might be instrumental. In sum, when the private keys or the tokens are transferred with no other reference or explanation, one could only assume that the user consents that the recipient has access to the personal content associated with the respective account. Beyond that, and in the absence of an additional clarifying declaration, as the last paragraph shows, one cannot grasp why and for which purpose the assets have been transferred. It might be that the transfer occurs so that an agency agreement can be complied with, as when the recipient is a fiduciary who must exercise the data rights of the deceased (for example, requiring the deletion of data from the data controller), or it might be that the transfer occurs because the deceased effectively wants to definitely dispose of such rights in favour of the recipient.

---

<sup>133</sup> Article 411-10, amended by Law 10/2017 of June 27, on digital wills and modification of the second and fourth books of the Civil Code of Catalonia.

## 6. The self-implementing nature of blockchain wills

Roman law systems generally forbid agreements as to succession (*pactos sucessórios* and *patti successori*, in Portuguese and Italian, respectively). An agreement as to succession is “an agreement, including an agreement resulting from mutual wills, which, with or without consideration, creates, modifies or terminates rights to the future estate or estates of one or more persons party to the agreement.”<sup>134</sup> These agreements are concluded during the life of both parties, and therefore cannot in principle be revoked, but their effects occur upon death.<sup>135</sup> In Roman law systems, individual freedom prevails, in such a way that persons must be able to dispose of their assets upon death however and whenever they choose, which is why at least in Spain, Italy, France, Portugal, Belgium, Greece, Luxembourg and the Netherlands agreements as to succession are forbidden.<sup>136</sup>

From this point of view, because wills only produce effects when the succession is opened and they may be revoked at any time until then, they represent in many legal systems the only expression of intent capable of affecting the assets of a person after their death.<sup>137</sup> Following the same reasoning, *transmortem* donations should be considered valid. Although they are concluded and produce effects during the life of the donator, they are revocable by the donator through the inclusion of resolution clauses and clauses through which donators reserve their right to transmit the goods.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> As defined by the article 3.1. b) of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, of 4 July 2012.

<sup>135</sup> RODRIGO RODRÍGUEZ (2016 b), p. 382.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 384, explaining as well that there are certain exceptions, in the context of marriage agreements. Exceptionally, in systems inspired by German legal tradition, which includes Austria, Germany and Switzerland, contractual succession is valid, with the effect that the deceased may appoint an heir, grant legacies and impose testamentary burdens by contract. Nevertheless, it seems that these contracts are restricted by several legal requirements, such as the fact that they must be concluded before a notary, *ibid.*, p. 385.

<sup>137</sup> RODRIGO RODRÍGUEZ (2016 a), p. 370.

<sup>138</sup> (Lobo Xavier, 2016, p. 2010)

As mentioned above, the private keys are the reference object for inheritance law, as they grant the actual power of disposal over the tokens to the holder. This can be problematic because self-implementing smart contract wills transfer assets of the inheritance estate to a particular recipient.

Formally, smart contract wills cannot be classified as agreements as to succession if the recipient is not a party to the smart contract. To be more precise, in cases where there was a previous agreement between the user and the recipient with the effect of constituting the latter as an agent of the former, this would not offend the prohibition because the nature of the smart contract as an act of disposition is excluded. In all the other cases in which the smart contract is accompanied by an expression of intention to definitely transfer the assets, or when the transfer is unaccompanied by any sort of explanation, one must notice that the recipient may not be a part of the smart contract. As mentioned in section one, a smart contract may be set as a code, to transfer the assets to a beneficiary, as a person external to the system, who did not sign or previously agree with the setting of the software. When the beneficiary does not need to have any active role or intervention in the setting of a smart contract, there is technically no agreement as to succession. Until the transfer, smart contracts are revocable, as the user who wants to change the will can freely do so with minimal time wastage.<sup>139</sup> For these reasons, there is no formal violation of the prohibition of celebration of agreements.

There is also no other participant who is a party to the contract. Even in permissioned ledgers, there is no entity with involvement in the process. Therefore, there is no contract for the benefit of third parties. Nonetheless, even if there was, life insurance contracts which are concluded by someone (who dies) in favour of a certain beneficiary are considered valid. The death of the policyholder determines the moment when the pecuniary amount is transferred to the beneficiary but is not the cause of such a transfer. What causes the acquisition is the insurance contract itself.<sup>140</sup> For that reason, in that case, inheritance law does not apply, even if the appointment of the beneficiary is done in the will,

---

<sup>139</sup> SHAH *et al.* (2020), p. 414.

<sup>140</sup> LOBO XAVIER (2013), p. 9.

and the transmission must be considered as a donation made during the life of the deceased.<sup>141</sup>

The situation here seems more complicated because there might not be a cause for the transfer. That is, while on a life insurance contract the transfer is grounded on that contract, here we have three options: (i) having a smart contract accompanied by an expression of intention to definitely transfer the assets, i.e., a will, which complies with the formal requirements, (ii) having the same will, but which does not comply with formal requirements, and (iii) having a smart contract that, upon the death of the user, transfers the private keys or the tokens automatically to a recipient, without any apparent explanation for that transfer.

In the first case, there is a cause for the transfer, the will. The will is part of an official estate distribution, whose validity will be checked. Then, the smart contract operates a transfer of the private key to the presumed successor or legatee, but it may turn out that, in the end, the latter must not be the legal successor to that asset. For instance, the transmission of certain assets can offend compulsory portions, and certain assets cannot be transmitted, for example licensed digital assets.<sup>142</sup> Then, the user grants possession of the assets to the presumed successors, but the title is merely 'provisory' because it can still be reverted by a court order. This does not seem to offend national regulations. In some European countries, like Germany, France and the Netherlands, even though the legal successors acquire the estate directly and immediately upon the successors' death, successors are given a subsequent right to disclaim the acquisition of the inheritance,<sup>143</sup> which reinforces the idea of the legality of a provisory title. In countries where the devolution of inheritance does not take place automatically, but requires an acceptance by the legal successors, such as Portugal, Italy, Austria and Spain,<sup>144</sup> the

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>142</sup> D'ARMINIO MONFORTE (2020), p. 75. the user may have the right to use some digital goods, e.g., computer programs, databases, musical pieces, etc., through a license. Licensed digital assets cannot normally be transferred *mortis causa* and, therefore, do not become part of the hereditary estate. Exceptionally, a license agreement can confer a right of ownership to a copy of software, as resulted from the European Court of Justice Case C-128/11 (*UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*), 3 July 2012.

<sup>143</sup> KROPFENBERG (2012).

<sup>144</sup> *Ibid.*

definitive transfer will also depend on that acceptance (which cannot in principle result from the mere receipt of the token on the beneficiaries' account). Until then, the estate may be administered by the persons appointed as heirs. Then again, the 'provisory' grant of possession does not offend the law because it resembles an administration before the legitimate acquisition of title. Actually, by having access to the token, the presumed successors may determine whether or not they want to accept the legacy. The automatic transfer of the private key or the tokens to the presumed heir(s) is advantageous, given that the process of opening and distributing the inheritance is very time-consuming, jeopardizing the value of volatile assets. Indeed, cryptoassets are volatile to a significant extent, and substantial price gains but also losses can occur in a short time, with detriment to the heirs, given that the value of the estate and the determination of compulsory portions is calculated at the time of death.<sup>145</sup> Moreover, assets can have a 'dynamic' nature (for example, if they provide voting rights in a large decentralized organization),<sup>146</sup> which is incompatible with having to wait for the probate of a will, which approximately takes up to six months, even if there are no objections.<sup>147</sup>

In the second case, because the will is invalid, the transfer of the private key or of the token cannot produce any legal effects. Of course, the death of the user will open an official inheritance process, the result of which might be to definitely attribute the token to the recipient. However, until then, he/she merely detains the token. If the final allocation of goods, resulting from that official "offline" inheritance law process, does not allow the beneficiaries to keep the assets, they still bear no civil or criminal liability if they did not conceal them, and are merely obliged to return the assets to the legitimate heirs. More precisely, the detention of assets does not equate to concealment, as long as the administrator and the other heirs know of the existence of those assets.<sup>148</sup> It is certainly true that the value of the assets may have been dissipated until then, but national legislations already seem to have an answer to these problems.

---

<sup>145</sup> VON OERTZEN, BIERMANN and LINDERMANN (2022), p. 769.

<sup>146</sup> SHAH *et al.* (2020), p. 408.

<sup>147</sup> SREEHARI *et al.* (2017), p. 203.

<sup>148</sup> See, for instance, article 2096.<sup>o</sup> of the Portuguese Civil Code.

For example, Section 533 of the Italian Civil Code states that “the heir may request recognition of his/her inheritance status against anyone who possesses all or part of the assets of the estate in the capacity of heir or without any title whatsoever, with a view to obtaining the restitution of these assets,” which is followed by article 535: “the provisions on possession also apply to the possessor of inherited property as regards the restitution of fruits, expenses, improvements and additions. A possessor in good faith who has also disposed of an item of the estate is only obliged to return the price or consideration received to the heir. (...) A bona fide possessor is one who has acquired possession of the hereditary property in the mistaken belief that he/she is the heir. Good faith does not apply if the mistake is due to gross negligence.”

Finally, concerning smart contracts which, upon the death of the user, transfer the private keys or the tokens automatically to a recipient, without any apparent explanation for that transfer, the previous reasoning applies. Again, it might be that the transfer occurs so that an agency agreement can be complied with, or it might be that the transfer occurs because the deceased effectively wants to definitely dispose of such rights in favour of the recipient. We are reminded of the Liechtenstein’s regulation which differentiates between the legal (valid) holder of the power of disposal of a token and the person possessing the right of disposal (as anyone gaining the *de facto* power over the keys), but which establishes the rebuttable presumption that the holder of the power of disposal is also the person entitled to dispose. This is similar to the presumption that joint holders of a bank deposit contract are co-owners,<sup>149</sup> which is rebuttable if one proves that the money originally belongs to one of them. Nevertheless, if it is proven that the deposited amount belongs exclusively to one of the account holders, it cannot be presumed that there has been a donation of the respective amounts to the other account holders, and they must be considered mere holders of the money, unless it is demonstrated that the owner intended to assign those amounts to the other party. In fact, “the mere constitution of a bank deposit in the joint name of the donor and one or more persons, so that they may act as joint depositors, does not necessarily represent a donation, as long

---

<sup>149</sup> See, for example, articles 1403.º, no. 2, in general, and 513.º, of the Portuguese Civil Code.

as the intention of the owner of the deposited money is not known. In itself, the business transaction is a colourless assignment which may be based either on a loan or a donation or on a pure mandate, etc.”<sup>150</sup> Here, too, the user who transfers the token or the private keys does not necessarily want to dispose of them in the recipient’s favour, but may aim to constitute the latter as a fiduciary agent. Applying the banking deposit principles to the ledger system, where all the transactions are recorded, it is easily proven that the recipient was not the owner before the time of the deceased’s death, but the transfer is not a *post-mortem* donation. As in the previous case, such a mere transfer seems acceptable under the current legislation, and the recipients become mere holders of those assets.

Of course, one cannot ignore that there may not be a public body with access to the permissioned ledger, and therefore it is undeniable that, left unregulated, smart contracts can be used to circumvent imperative regulations.<sup>151</sup>

## 7. Limitations and dangers posed by blockchain wills

A will contains the very last intentions of the testators and takes effect when they can no longer be questioned as to their intentions. It is of the utmost importance to ensure that wills are not lost or corrupted, and that they reach the knowledge of the heirs. For the reasons given, decentralized ledgers seem an extraordinarily good way to keep the integrity of wills and ensuring that they are taken into account. However, these effects may also be jeopardized.

The self-implementation feature of blockchain wills may not work if the testamentary beneficiaries have changed their contact information (making them untraceable) or passed away. Similarly, the assets may not be transferred at all if there is an error in the death certificate that causes it not to match the information of the ledger, if the human oracle does not comply with its function or if the automated oracle does not work,

---

<sup>150</sup> Pires de Lima and Antunes Varela (1992), p. 238.

<sup>151</sup> Moreover, one can question if the Administrator can calculate the value of the digital assets if it does not have access to them. But it would seem possible for the beneficiary to merely show the content to the Administrator, and then change the key again.

or becomes unavailable, thus locking the funds into a smart contract that will never automatically trigger. In fact, no one can guarantee that a ledger will still be available at the time of the testator's death. If another ledger shows higher performance or rewards for network nodes, the majority of nodes would dismiss the original ledger and move to another one.<sup>152</sup>

Moreover, there are cases in which the assets will be transferred, but in such a way that does not correspond to the testator's will. For example, if the oracle malfunctions, or if the smart contract rules are not rigorous, the assets may be irrevocably transferred to some third person whom the testator does not trust. Suppose, for example, that the code is triggered when someone with the same name and date of birth in the area dies. In these cases, the money could be transferred to the beneficiary while the testator is still alive, thereby making the latter lose access to the assets.<sup>153</sup>

Finally, an ill-intentioned person could perform a coordinated attack in or on multiple platforms inspected by the oracles,<sup>154</sup> and in such a way gaining access to the private keys, as well as to private information.

Again, the intervention of public authorities, which would require the insertion of wills in a permissioned ledger, could solve some, but not all, problems. For instance, through a multi-signature process, the execution of the implementing feature of the smart contracts could be preceded by an authorization of a public authority which would only verify whether the address information of each beneficiary is correct, if the account of the testator has enough balance to allow for the transfer, etc.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> GATTESCHI, LAMBERTI and DEMARTINI (2019), p. 57.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 44. As the others make note, should Testators want to have an additional assurance, they could decide to rely on more than one oracle and let the smart contract trigger the transfer only when a variable state change is confirmed by the majority of oracles. The idea is that a faulty oracle would be prevented by the others from injecting the wrong information on the blockchain. However, it seems to us that this also increases the possibility that a transfer does not occur when one of the oracles is unavailable and thus does not recognize that a certain condition occurred.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 56)

<sup>155</sup> CHEN *et al.* (2021), p. 11.

## Conclusions

This article has presented the potentialities of distributed ledgers as registration and storage tools, in which real-world wills can be protected against tampering and accidental destruction, and can even be transferred to the competent public authorities at the time of the death, thereby guaranteeing that wills are taken into consideration, and allowing an opportunity for interconnecting wills registers, nationally or internationally.

Although this dimension of blockchain wills certainly represents an advantage, the most innovative and beneficial aspect of distributed ledgers is their capacity to solve a problem that the latter themselves pose, which is that the holder of assets registered in the ledger needs to transfer the private keys that grant access to those assets at the time of death, for they are part of the inheritable estate, but cannot transfer the private keys before that moment, to avoid jeopardizing the user's own right of enjoyment.

Particularly, distributed ledgers allow for the creation of smart contracts through which the private keys (included in one or more documents) or the tokens can be automatically transferred to the heirs at the time of death. When these smart contracts are accompanied by an expression of intention to definitely transfer the assets, they constitute proper wills.

The majority of the European countries accept holographic wills, and the eIDAS Regulation establishes that a qualified electronic signature is legally equivalent to a handwritten signature, which can lead to the conclusion that wills can be validly constituted in permissioned ledgers recognized as trust service providers. However, this article has argued that, in the particular context of some jurisdictions which require witnessing or authentication of documents and, more generally, in attention to the particularisms of the inheritance scenario, it could be beneficial to ensure that blockchain wills are approved by third parties, following a human interaction between those third parties and the testator, through which the intention of the latter to dispose of the assets can be established.

Further, it has been advocated that users should have an unrestricted right to dispose *post-mortem* of their private data contained in

the digital tokens. Considering the difficulties faced by the users to unequivocally and expressly consent that third parties have access their private accounts or, contrarily, oppose it, it has been argued that setting a smart contract to automatically transmit the private keys or tokens to a certain user is an unequivocal manifestation of consent for that user to access the corresponding private information, with exclusion of all the other persons, including the heirs.

It has also been claimed that succession on the patrimonial part of the contract does not require access to the personal data of the account.

Subsequently, this article highlighted the advantages resulting from the automatic grant of the power of disposal over the tokens to a certain person upon the death of the user, and concluded that such a process does not violate the prohibition of conclusion of agreements as to succession, while having attempted to define the legal position of such persons before a final official distribution of the estate confirms, or not, that the beneficiary who had been given access to the token through a smart contract wills is legitimately entitled to it. Finally, it has highlighted some of the limitations and dangers posed by blockchain wills.

## Bibliography

- DI ANGELO, MONIKA and SALZER, GERNOT (2020). "Characteristics of Wallet Contracts on Ethereum" in *2020 2nd Conference on Blockchain Research & Applications for Innovative Networks and Services (BRAINS)*, pp. 232-239.
- ANTONOPOULOS, ANDREAS (2014). *Mastering Bitcoin*, O'Reilly Media, Sebastopol.
- ASSOCIATION OF THE EUROPEAN NETWORK OF REGISTERS OF WILLS, A NETWORK TO FACILITATE SUCCESSION IN EUROPE. WEBSITE: [HTTPS://WWW.ARERT.EU/LASSOCIATION-ARERT/](https://www.arert.eu/LASSOCIATION-ARERT/)
- BALA, RAGHU (2022). "Tokenization of Assets", in Duc Tran, My Thai, and Bhashar Krishnamachari (eds), *Handbook on Blockchain*, Springer International Publishing, pp. 577-602.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (2017). *Distributed ledger technology in payment, clearing and settlement. An analytical framework*, online report. Available online at <https://www.bis.org/cpmi/publ/d157>
- BANTA, NATALIE (2016). "Death and privacy in the digital age", *North Carolina Law Review*, 94(3), 927-990.
- BENNICHE, ABDELJALIL (2020). "A Study of Blockchain Oracles", arXiv.
- BERNAL, PAUL (2014). *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge.

- BONETTI, SILVIA (2022). “Quale tutela post mortem per i dati personali del defunto?”, *Rivista Pactum*.
- BRINKERT, MAIKE, STOLZE, MICHAEL and HEIDRICH, JOERG (2013). “Der Tod und das soziale Netzwerk Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis”, *ZD Zeitschrift für Datenschutz*, 4, 153-157.
- CATALINI, CHRISTIAN and GANS, JOSHUA S. (2019). “Some Simple Economics of the Blockchain”, *Rotman School of Management Working Paper No. 2874598*, *MIT Sloan Research Paper No. 5191-16*.
- CHEN, CHIN-LING *et al.* (2021). “A Traceable Online Will System Based on Blockchain and Smart Contract Technology”, *Symmetry*, 13(3).
- CONSELHO DOS NOTARIADOS DA UNIÃO EUROPEIA, *Compromisso dos Notários da Europa para 2020*, relatório, 2014.
- DEUTSCHER BUNDESTAG (2018). *Report no. 19/3068*.
- DROPOBOX (2023). *Zugriff auf das Dropbox-Konto eines verstorbenen Nutzers*. Website, <https://help.dropbox.com/de-de/account-settings/access-account-of-someone-who-passed-away>. Last accessed on 2 august 2023.
- EGBERTS, Alexander (2017). “The Oracle Problem – An Analysis of how Blockchain Oracles Undermine the Advantages of Decentralized Ledger Systems”. *SSRN paper* <https://papers.ssrn.com/abstract=3382343>
- EUROPEAN COMMISSION (2019). “E-IDAS supported self-sovereign identity”. Available online at, [https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/eidas\\_supported\\_ssi\\_may\\_2019\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/eidas_supported_ssi_may_2019_0.pdf)
- FALAZI, GHAREEB *et al.* (2019). “Process-Based Composition of Permissioned and Permissionless Blockchain Smart Contracts”, in *2019 IEEE 23rd International Enterprise Distributed Object Computing Conference (EDOC)*, pp. 77-87.
- FATZ, FILIP, HAKE, PHILIP and FETTKE, PETER (2020). “Confidentiality-preserving validation of tax documents on the blockchain”, in *15th International Conference on Wirtschaftsinformatik*.
- FINCK, MICHÈLE (2019). *Blockchain and the General Data Protection Regulation. Can distributed ledgers be squared with European data protection law?*, European Union Report.
- GATTESCHI, VALENTINA, LAMBERTI, FABRIZIO and DEMARTINI, CLAUDIO (2019). “Technology of Smart Contracts” in Cristina Poncibò, Larry A. DiMatteo, and Michael Cannarsa (eds), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 37-58.
- GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM and MOREIRA, VITAL (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4<sup>th</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- HARBINJA, EDINA (2022). *Digital death, digital assets and post-mortem privacy*, Edinburgh University Press, Edinburgh.

- HERZOG, STEPHANIE (2013). “Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständenes Problem”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 52, 3745-3751.
- HM REVENUE AND CUSTOMS, GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM, (2021). CRYPTO10375 – *Introduction to cryptoassets: wallets – HMRC internal manual – GOV.UK*, Report.
- HOEREN, THOMAS (2005). “Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 30, 2113-2117.
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK (2017). *Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain*, FinTech Note no. 1.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT) (2023). *Draft UNIDROIT Principles on digital assets and private law*. Study LXXXII-W.G.8 – Doc. 2, Report.
- KLAS, BENEDIKT AND MÖHRKE-SOBOLEWSKI, CHRISTINE (2015). “Digitaler Nachlass – Erbenschutz trotz Datenschutz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 48, 3473-3478.
- KROPFENBERG, INGE (2012). “Devolution of the Inheritance / Universal Succession”, in Jürgen Basedow *et al.* (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford.
- LANGE, KNUT WERNER and HOLTWIESCHE (2016). Marian, “Das digitale Erbe – eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme”, *ErbR – Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 9, 487-492.
- LAW COMMISSION (United Kingdom) (2017). Making a will, Consultation Paper 231.
- LAW COMMISSION (United Kingdom) (2021). Smart legal contracts. Advice to Government. Law Com No 401.
- LAW COMMISSION (United Kingdom) (2023). Digital assets: Final Report 412.
- LOBO XAVIER, RITA (2013). “Beneficiários nos seguros de vida e Direito sucessório”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1/3, 7-22.
- LOBO XAVIER, RITA (2016). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora.
- MARTINI, MARIO (2017). “Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet”, *JuristenZeitung*, 23, 1145-1155.
- MEDLER, NADJA (2020). “Sterben 2.0: Erben und Vererben von Kryptowährungen”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 5, 262-268.
- MIRANDA BARBOSA, MAFALDA (2023). “Assinaturas eletrónicas e responsabilidade civil dos prestadores de serviços de confiança: breves notas”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 5, 706-729.

- D'ARMINIO MONFORTE (2020). Alessandro, *La successione nel patrimonio digitale*, Pacini Giuridica, Pisa.
- VON OERTZEN, CHRISTIAN, BIERMANN, BASTIAN and LINDERMANN, FLORIAN (2022). "Kryptowährungen und Kryptokunst – Eine erb- und steuerrechtliche Analyse", *ErbR – Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 9, pp. 762-770.
- VON OERTZEN, CHRISTIAN and GROSSE, HENDRIK (2012). "Kryptowährungsguthaben im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht", *Deutsches Steuerrecht*, 2020, 1651-1658.
- PATRÃO, AFONSO (2012). "Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais – Da Viabilidade de Constituição de Garantias Imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei Portuguesa", *Revista CEDOUA*, 29, 47-83.
- MT PELERIN, *The different types of crypto wallets*. Website <https://www.mtpelerin.com/blog/the-different-types-of-crypto-wallets>.
- PIRES DE LIMA, FERNANDO and ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS (1992). *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora.
- PRINCIPALITY OF LIECHTENSTEIN (2019). *Unofficial Translation of the Report and Application of the Government to the Parliament of the Principality of Liechtenstein concerning the Creation of a law on Tokens and TT Service Providers (Tokens and TT Service Provider Act; TVTG) (Blockchain Act)*.
- REID, KENNETH, WAAL, MARIUS DE and ZIMMERMANN, REINHARD (2011). "Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective" in Kenneth Reid, Marius de Waal, and Reinhard Zimmermann (eds), *Comparative Succession Law: Volume I: Testamentary Formalities*, Oxford, Oxford University Press.
- RODRIGO RODRÍGUEZ, JULIANA (2016). "Article 24 – Dispositions of Property upon Death other than agreements as to succession", in Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì, and Heinz-Peter Mansel (eds), *The EU Succession Regulation, A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 369-379.
- "ARTICLE 25 – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION" (2016). In Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì, and Heinz-Peter Mansel (eds), *The EU Succession Regulation, A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 380-393.
- ROSS, JULIEN, *What are dApps?* Website, <https://dappgamb1.com/dapps/>
- SCHLUND, ALBERT and PONGRATZ, HANS (2018). "Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen – eine rechtliche Betrachtung", *Deutsches Steuerrecht*, 56, 598-599.
- SCHWALM, STEFFEN and ALAMILLO-DOMINGO, IGNACIO (2021). "Self-Sovereign-Identity & eIDAS: a Contradiction? Challenges and Chances of eIDAS 2.0", *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, 2(2), 89-108.

- SHAH, JAINAM CHIRAG *et al.* (2020). “Crypto-Wills: Transferring Digital Assets by Maintaining Wills on the Blockchain”, in Jagdish Chand Bansal *et al.* (eds), *Communication and Intelligent Systems*, Singapore, Springer, pp. 407-416.
- SOLIDITY BY EXAMPLE, *Sending Ether (transfer, send, call)*. Website, <https://solidity-by-example.org/sending-ether/>
- SORGE, CHRISTOPH and LEICHT, MAXIMILIAN (2022). “Blockchain-based electronic time stamps and the eIDAS regulation: The best of both worlds”, *SCRIP-Ted*, 19(1), 61-87.
- SREEHARI, P. *et al.* (2017). “Smart will converting the legal testament into a smart contract”, in *2017 International Conference on Networks & Advances in Computational Technologies (NetACT)*, 203-207.
- STEINER, ANTON and HOLZER, ANNA (2015). “Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 5, 262-266.
- SWAN, MELANIE (2015). *Blockchain – blueprint for a new economy*, O’Reilly, United States of America.
- THE LAWTECH DELIVERY PANEL (2019). *Legal statement on cryptoassets and smart contracts*, UK Jurisdiction Taskforce, Report.
- TRAN, DUC A. and KRISHNAMACHARI, BHASKAR (2022). “Blockchain in a Nutshell”, in Duc A. Tran, My T. Thai, and Bhaskar Krishnamachari (eds), *Handbook on Blockchain*, Chams, Springer, pp. 3-54.
- WOLTERS KLUWER (2018). “Registo de Testamentos na Europa, JusNet 33/2018”, *JusJornal*, 25.
- ZALUCKI, MARIUSZ (2012). *Wills formalities versus testator’s intention*, Baden-Baden, Nomos.

# Bens comunitários: aproveitamento de bens não públicos por comunidades locais

BERTA GONÇALVES\*

Não é dos teus bens que tu dás aos pobres, é uma pequenina parcela do que lhes pertence que tu lhes restituís, porque não é um bem comum dado para uso de todos que tu usurpas só para ti.

(Santo Ambrósio)

**Resumo:** A utilização dos recursos naturais por pequenas comunidades parece ter caído no esquecimento das nossas populações que deixaram de compreender a necessidade de utilização comunitária de bens que pertencem a todos e que devem servir todos aqueles que deles necessitam. Exemplo dessa utilização são os chamados terrenos baldios – regulados pela Lei n.º 75/2017 de 17 de agosto – terrenos que pertencem a uma comunidade local composta pelas pessoas que tenham uma ligação ao local onde estes imóveis comunitários se localizem e que servem propósitos comuns, em regra apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, de produção elétrica e de todas as suas outras atuais e futuras potencialidades económicas. Integram o setor cooperativo e social do Estado e, não obstante tratar-se de um bem comunitário, não é suscetível de apropriação individual nem pode ser considerado bem do domínio público. Fala-se de uma terceira forma de propriedade, a propriedade comunitária, em que o seu propósito não é conceder direitos individuais a cada um dos seus titulares, mas sim que todos deles se possam servir de acordo com o uso previamente definido pela comunidade. Ainda que, aparentemente, exista alguma relutância neste entendimento, os terrenos comunitários mais não são do que bens

---

\* Doutoranda na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, CEID.

comuns, parcelas de terreno destinadas a satisfazer as necessidades de uma coletividade.

**Abstract:** The use of natural resources by small communities seems to have fallen by the wayside of our populations who have ceased to understand the need for the community use of assets that belong to all and should serve all those who need them. An example of this use is the so-called common land – regulated by Law No. 75/2017 of 17 August - land that belongs to a local community made up of people who have a connection to the place where these communal properties are located and that serves common purposes, as a rule grazing cattle, gathering firewood and brush, growing crops and hunting, electricity production and all its other current and future economic potential. They are part of the State's cooperative and social sector and, although it is a community asset, it is not susceptible to individual appropriation and cannot be considered an asset of the public domain. We speak of a third form of property, collective property, in which its purpose is not to grant individual rights to each of its holders, but rather that all may use them according to the use previously defined by the community. Although there is apparently some reluctance in this understanding, community land is nothing more than common property, parcels of land intended to meet the needs of a collectivity.

**Key words:** «baldios»; collective property; local community assets.

I. A utilização pelas pequenas comunidades de terrenos comunitários tem os seus primórdios no feudalismo, mas o egoísmo e o egocentrismo mais presentes nas sociedades do século xx e XXI eliminaram do pensamento dos seres humanos as ideias de partilha e utilização comunitária de bens em comum, de bens que podem não ser da titularidade exclusiva de ninguém, que podem e devem ser de todos (ou, melhor, servir para aproveitamento de todos).

É neste sentido, reconduzindo-nos à ideia de «bem comum», que se fará uma breve exposição sobre a existência de terrenos que pertencem a uma comunidade e servem propósitos comuns – os terrenos ditos baldios.

A regulamentação da utilização por pequenas comunidades – enquanto coletividade de pessoas – de parcelas de terreno denominadas

terrenos baldios, para aproveitamento dos seus recursos encontra os seus primórdios nas ordenações manuelinas e filipinas. Assim se lhe refere José VELHO (citando as Ordenações Manuelinas [L. IV, Tit. LXVII, 8] e Filipinas [L. IV, Tit. XLIII, 9]) «[...] os baldios originam na “necessidade que os povoadores livres de uma aldeia rural, vivendo da exploração familiar da pequena propriedade, tinham de dispor de vastos espaços incultos, onde pudessem encontrar as actividades complementares da actividade agrária.” Assim mesmo se prescrevia nas Ordenações Manuelinas [L. IV, Tit. LXVII, 8] e Filipinas [L. IV, Tit. XLIII, 9]: para “os haverem por seus ou por seus os coutarem e defenderem em proveito dos pastos e criações e logramento de lenha e madeira para as suas casas e lavouras”, porque “proveito comum e geral é de todos haver na terra abastança de pão e outros frutos»<sup>1</sup>.

Desde então, e até ao Estado Novo, que se compreendia que os bens comuns não eram suscetíveis de apropriação individual e a sua titularidade era atribuída a uma generalidade de pessoas ligadas por um determinado vínculo, em regra associado à sua residência<sup>2</sup>. Entre 1933 e 1974 o Estado apropriou-se destas parcelas de terreno que passaram a integrar os bens do domínio estadual e só em 1976 é decretada a sua entrega às comunidades que deles venham a usufruir (nos termos do Decreto-lei n.º 39/76, de 19 de janeiro).

Atualmente regulados pela Lei n.º 75/2017 de 17 de agosto<sup>3</sup> – baldios e demais meios de produção comunitária – definem-se como «os terrenos com as suas partes e equipamentos integrantes, possuídos e geridos por comunidades locais» [artigo 2.º, alínea *a*)]. «Os baldios constituem, em regra, logradouro comum dos compartes, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, de produção elétrica e de todas as suas

---

<sup>1</sup> In VELHO, José C. Vegar Alves, «Os Baldios – Um passado com futuro», Universidade do Minho – Escola de Direito.

<sup>2</sup> Conforme dispõe o artigo 381.º do Código Civil de 1867: «São comuns as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente apropriadas, das quaes só é permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos comprehendidos em certa circumscripção administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica. Pertencem a esta categoria: 1.º os terrenos baldios, municipaes e parochiaes».

<sup>3</sup> No presente trabalho será feita a análise deste regime, na sua atual redação, sempre que se pretender referir diploma distinto será expressamente mencionado.

outras atuais e futuras potencialidades económicas, nos termos da lei e dos usos e costumes locais». – artigo 3.º – falamos, então, de parcelas de terreno que serão utilizados por uma determinada comunidade – constituída pelos compartes – para os fins comuns por eles definidos. Neste sentido, estes terrenos não são suscetíveis de apropriação individual e, como tal, estão fora do comércio jurídico<sup>4</sup>, não sendo possível a sua aquisição por qualquer meio, nem mesmo por usucapião (artigo 6.º, n.º 3).

Os compartes são os titulares destas parcelas de terreno, correspondendo às pessoas singulares com residência na área onde estes se situam, podendo, no entanto, ser atribuída esta classificação a residentes fora da freguesia onde se localizam os imóveis, mas que pelos usos e costumes tenham interesse na sua exploração<sup>5</sup>. O conjunto de compartes, que possuem e gerem os terrenos não individualmente apropriáveis, constituem a comunidade local [artigo 2.º, alínea c)], entidade coletiva sem personalidade jurídica, mas com personalidade judiciária, a quem é conferida a possibilidade de registo no Registo Nacional de Pessoas Coletivas (artigo 4.º).

O benefício gerado pela utilização do terreno é insuscetível de divisão pelos compartes, devendo ser aplicado a favor da comunidade, na sua valorização ou em qualquer outro interesse coletivo, definido enquanto tal pelos seus titulares – artigo 14.º

As parcelas de terreno a que nos referimos estão sujeitas a registo, nos termos do artigo 8.º, constando como «imóvel comunitário».

Não obstante, a necessidade de utilização destas parcelas de terreno para a economia local ser incontornável, existe uma tendência para se negar a sua existência, confundindo-os com bens do domínio público e bens do domínio privado.

**II.** Estes bens comunitários, integram o setor cooperativo e social e encontram tutela fundamental no artigo 82.º, n.º 4, alínea *b*) da Constituição. Nos termos deste dispositivo, os terrenos baldios, integram um terceiro setor ou setor da economia social a que é atribuída a característica particular e distintiva de, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital

---

<sup>4</sup> Veja-se a este propósito a definição de coisa estabelecida no artigo 202.º do Código Civil.

<sup>5</sup> Artigos 2.º, alínea *a*), 7.º A residência para este efeito afere-se pelos cadernos de recenseamento.

Moreira, «[...] abranger todas as formas de exploração dos meios de produção que, além da circunstância residual de não serem públicas nem movidas pelo lucro privado, se caracterizam pelo facto de não obedecerem à lógica da acumulação capitalista [...]»<sup>6</sup> a que se atribuiu a função de esbater a distinção entre a propriedade dos meios de produção e os destinatários dos bens.

A Constituição confere, nestes termos, ao que parece, uma tutela acrescida e distinta quer propriedade privada quer do domínio público aos terrenos baldios.

Reforça esta ideia a divisão clara entre setor privado, setor público e setor cooperativo e social – no qual se integram os baldios – estabelecida no artigo 82.º da Constituição: «2. O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas.»

Ainda neste sentido, os terrenos baldios não são bens do domínio público, desde logo porque não são definidos e regulados enquanto tal pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, nos termos do qual, são bens do domínio público todos os imóveis «classificados pela Constituição ou por lei, individualmente ou mediante a identificação por tipos»<sup>7</sup>, cuja titularidade «pertence ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais e abrange poderes de uso, administração, tutela, defesa e disposição nos termos do presente decreto-lei e demais legislação aplicável»<sup>8</sup>.

A titularidade dos terrenos baldios pertence aos seus compartes.

Não obstante o artigo 37.º da Lei 75/2017 aponte para a utilização destas parcelas (sempre de forma precária) pelas juntas de freguesia, quando não sejam utilizadas ou fruídas por um período ininterrupto de seis anos pelas comunidades locais, repare-se que, a gestão dos terrenos baldios cabe à comunidade local e esta pode ser feita de forma autónoma, em regime de cooperação com o Estado ou através de delegação de poderes nesta entidade.

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, Gomes J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra, Coimbra Editora.

<sup>7</sup> Cfr. artigo 14.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

<sup>8</sup> Cfr. artigo 15.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

Definidos os usos a dar a estas parcelas de terreno, nomeadamente «apascentação de gados, de recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, de produção elétrica e de todas as suas outras atuais e futuras potencialidades económicas», serão elaborados planos de utilização que têm como objetivos a utilização racional e sustentável daqueles recursos, nos termos dos artigos 10.º e 11.º da Lei 75/2017.

Se os compartes assim o entenderem poderão administrar os seus baldios em regime de cooperação com o Estado, devendo este assegurar a elaboração dos planos de utilização em tempo útil, não superior a três anos (artigo 12.º), ou delegar os seus poderes de administração na junta de freguesia, no município ou em serviço ou organismo da administração direta ou indireta do Estado competente para a modalidade ou modalidades de aproveitamento a que a delegação se reporte (artigo 35.º).

Desta forma, sendo a administração dos baldios exercida, em regra, de forma autónoma e por direito próprio pelos compartes, as entidades administrativas (quer pertencentes à administração direta ou indireta do Estado) só poderão exercer estas funções em situações excecionais de administração cooperativa ou de delegação de poderes.

No que a esta última diz respeito sublinha-se que tem de ser formalizada por escrito, dela devendo constar o respetivo prazo e demais condições, incluindo os direitos e os deveres correspondentes ao exercício dos poderes delegados e as responsabilidades decorrentes da delegação (artigo 35.º, n.º).

Constituindo esta forma de administração uma situação excecional devendo obedecer aos princípios que hoje conformam esta forma de exploração comunitária, em especial o da defesa dos interesses da comunidade local e dos usos por si definidos, a delegação de poderes não pode determinar uma apropriação destas parcelas de terreno nos bens do domínio da entidade administrativa delegada e a gestão que deles se faça sempre terá de conforme a gestão de um património autónomo.

**III.** O Código Civil português não define direito de propriedade, apontando apenas, no artigo 1305.º, para o seu conteúdo: «o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas». MENEZES CORDEIRO (1993) avança uma definição deste direito real, enquanto propriedade privada,

assente em três pressupostos, afetação de uma coisa (corpórea), utilização plena e exclusiva, os fins são definidos e servem pessoas individualmente consideradas.

Estando os terrenos baldios fora do comércio jurídico, não se reconduzindo, por esse motivo, a uma coisa, falham claramente, desde logo, o primeiro critério. Igualmente e seguindo a ancestral doutrina da pertença, a propriedade privada evidencia a oposição entre o que «é meu» por oposição ao que é «dos outros», estando nela refletida uma ideia de exclusividade da utilização do bem, existindo por consequência, uma subordinação à pessoa individual titular deste direito.

Os terrenos baldios sendo insuscetíveis de apropriação individual, não cabendo a cada consorte uma utilização exclusiva da parcela de terreno, apresentam-se no campo diametralmente oposto ao da propriedade privada, podendo falar-se neste contexto, nas palavras de SANTOS JUSTO (2012), numa terceira forma de propriedade, a propriedade coletiva.

Terceira porque é também distinta da compropriedade.

A comunhão de direitos, ou compropriedade, refere-se às situações em que dois ou mais sujeitos são titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa – «existe propriedade em comum, ou compropriedade, quando duas ou mais pessoas são simultaneamente titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa»<sup>9</sup>. No caso específico desta forma de comunhão, «os direitos dos consortes ou comproprietários sobre a coisa comum são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes; as quotas presumem-se, todavia, quantitativamente iguais na falta de indicação em contrário do título constitutivo»<sup>10</sup>.

«Os comproprietários exercem, em conjunto, todos os direitos que pertencem ao proprietário singular; separadamente, participam nas vantagens e encargos da coisa, em proporção das suas quotas e nos termos dos artigos seguintes.» – significa isto que cada comproprietário tem direito a uma quota, a uma parte do todo, dela podendo servir-se – «na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes

<sup>9</sup> Cfr. artigo 1403.º, n.º 1, do Código Civil.

<sup>10</sup> Cfr. artigo 1403.º, n.º 2, do Código Civil.

do uso a que igualmente têm direito»<sup>11</sup>, exercendo poderes exclusivos sobre a parte, e dela podendo dispor – «o comproprietário pode dispor de toda a sua quota na comunhão ou de parte dela, mas não pode, sem consentimento dos restantes consortes, alienar nem onerar parte especificada da coisa comum»<sup>12</sup>.

Recorde-se que, nos termos do artigo 14.º da Lei 75/2017, o benefício gerado pela utilização do terreno é insuscetível de divisão pelos compartes, o que significa que cada comparte não é titular de uma quota, de uma parte do todo, sendo sim, enquanto coletividade, titulares do todo em comunhão – falamos sim de uma «comunhão de bens comuns». Assim se lhes referem ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, a propósito da definição desta terceira forma de propriedade, em comentário ao artigo 1403.º do Código Civil – «[...] aos membros da comunhão, individualmente considerados, não pertencem direitos específicos (designadamente uma quota) sobre cada um dos bens que integram o património global [...]. Trata-se de um património afectado a certo fim, que pode ser integrado por relações jurídicas de diversa natureza (designadamente relações reais e creditórias) e que pertence em contitularidade a dois ou mais indivíduos litigados por determinado vínculo (familiar, societário ou de outra ordem).»<sup>13</sup>

IV. O Papa Francisco dizia na 109.º Conferência da Organização Internacional do Trabalho, ainda que a outro propósito – «Junto com o direito à propriedade privada, vem o direito prioritário e precedente à subordinação de toda a propriedade privada ao destino universal dos bens da Terra, e portanto, o direito de todos ao seu uso» – é incompreensível que atualmente se queira abusivamente esquecer que pode e deve existir uma forma «diferente» de propriedade – a propriedade coletiva ou comunitária – que permite às pequenas comunidades fazer uso dos inúmeros benefícios dos recursos dados pelos solos por todos, em prol do bem comum, do bem da comunidade.

---

<sup>11</sup> Cfr. artigo 1406.º, n.º 1, do Código Civil.

<sup>12</sup> Cfr. artigo 1408.º, n.º 1, do Código Civil.

<sup>13</sup> LIMA, Pires de e MOREIRA, Vital. *Código Civil – Anotado*, Volume III, 2.ª edição, Coimbra. Coimbra Editora.

Não obstante a história legislativa deste instituto aponte claramente para a autonomização dos poderes que podem incidir sobre os terrenos baldios, e com isto querendo deixar claro que os terrenos baldios não são terrenos do domínio privado, nem muito menos do domínio público, devendo aqueles ser exclusivamente exercidos pelas comunidades locais, uma análise do nosso território (com especial acuidade nas regiões interiores montanhosas), demonstra precisamente o contrário.

A população destas regiões é uma população envelhecida bem sabemos, que viveu no período do Estado Novo e se habituou a mera existência de terrenos dos particulares e terrenos públicos, em regra explorados pelas autarquias locais.

Aqueles aquém deveríamos chamar de compartes, ainda hoje se referem a estas parcelas como terrenos públicos, podendo até chamar-lhes terrenos do povo, mas poucos são aqueles que lhes associam um uso comunitário.

Sendo certo que os bens do domínio público possam «ser fruídos por todos»<sup>14</sup>, a sua administração e afetação cabe exclusivamente à administração estadual retirando-se da esfera do povo a possibilidade de determinar qual o uso a dar aqueles terrenos.

Os terrenos baldios representam uma forma valiosa de propriedade comunitária, enraizada nas tradições históricas das comunidades locais. Embora tenham sido afetados pela mudança de valores e pelo individualismo moderno, a sua importância como recursos partilhados e o seu papel na economia social das pequenas comunidades são inegáveis.

Não nos esqueçamos, ainda, que a gestão adequada destas parcelas, com base na cooperação e nos interesses coletivos, é essencial para preservar essas áreas como património comunitário e promover a sustentabilidade local.

## Referências

- CANOTILHO, Gomes J. J. e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º* Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, António Menezes. (1993). *Direitos Reais*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas.

---

<sup>14</sup> Cfr. artigo 25.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

- GRALHEIRO, João Carlos. (2022). *Regime Florestal vs. Terrenos Baldios, que futuro?* Edições Esgotada, Lda.
- JUSTO, António dos Santos. (2012). *Direitos Reais*. 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora S.A.
- LIMA, Pires de e MOREIRA, Vital. *Código Civil – Anotado, Volume III*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. (2017). *Constituição Portuguesa Anotada – Volume II – Organização Económica, Organização do Poder Político – Artigos 80.º a 201.º*. 2.<sup>a</sup> Edição Revista. Lisboa: Universidade Católica.
- VELHO, José C. Vegar Alves. *Os Baldios – Um passado com futuro*. Universidade do Minho – Escola de Direito.

# Contitularidade do direito de propriedade e solidariedade – o exercício de direitos nas situações de comunhão

BLANDINA SOARES\*

**Resumo:** Na lei portuguesa, a propriedade singular continua a ser o paradigma e as situações da compropriedade e da comunhão são excepcionais, tendendo para a extinção. Os respetivos regimes não tutelam a solidariedade, mas os direitos dos indivíduos com vista à divisão. Por conseguinte, não garantem que o exercício dos direitos no contexto de uma situação de contitularidade se faça de uma forma duradoura, estável e solidária. O Código Civil considera aplicáveis as regras da compropriedade a outras situações de comunhão de direitos (artigo 1404.º). No presente trabalho verificamos que a compropriedade e a comunhão são formas de contitularidade de direitos de propriedade, devendo interpretar-se as normas de modo a admitir-se a aplicação das regras da compropriedade ao exercício dos direitos nas situações de comunhão, nomeadamente as previstas nos artigos 1406.º e 1407.º do Código Civil, sempre que não existirem normas especialmente previstas e estiverem em causa relações estáveis e solidárias.

**Palavras-chave:** contitularidade; direito de propriedade; compropriedade; comunhão; solidariedade.

**Abstract:** In Portuguese law, ownership remains the paradigm, and the situations of co-ownership and community property are exceptional, tending towards extinction. Their rules do not protect solidarity but individuals' rights to divide. Therefore, they do not ensure that the exercise of rights in the context of a situation of joint ownership is made in a

---

\* Conservadora de Registos. Doutoranda na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, CEID

lasting, stable, and solidarity-based manner. The Civil Code considers co-ownership rules to apply to other situations of community property (article 1404).

In the present paper, we note that co-ownership and community property are forms of joint ownership, so rules should be interpreted in such a way as to allow the application of the rules of co-ownership to the exercise of rights in community property situations, in particular those laid down in articles 1406 and 1407 of the Civil Code, where there are no specially established rules and are concerned with stable and solidarity-based relations.

**Keywords:** joint ownership; right to property; co-ownership; community property; solidarity.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O direito de propriedade no Código Civil. 3. Contitularidade do direito de propriedade. 4. O regime jurídico da compropriedade. 5. A comunhão hereditária e a comunhão conjugal. 6. O exercício dos direitos nas situações de comunhão. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

Abstraindo-nos do *direito de propriedade horizontal*<sup>1</sup>, as tradicionais figuras de contitularidade, como a compropriedade – modalidade de

---

<sup>1</sup> A propriedade horizontal caracteriza-se como o conjunto, incindível, de poderes que recaem sobre uma fração autónoma de um edifício constituído em propriedade horizontal e sobre as partes comuns do mesmo. De acordo com ORLANDO DE CARVALHO, a propriedade horizontal é um misto de propriedade singular e de propriedade em comunhão e não de compropriedade, terminologia esta que considera imprecisa. Cfr. CARVALHO (2012, p. 245).

CARVALHO FERNANDES procurou esclarecer o alcance da noção de propriedade horizontal nos termos seguintes: «Ao constituir-se um edifício em propriedade horizontal [...] o primeiro efeito que se produz, no mundo do Direito, é a criação de um novo estatuto desse edifício. Essa alteração de estatuto consiste em o edifício em causa deixar de ser considerado, para o Direito, como uma coisa unitária [...]. Em sua substituição, existe, agora, uma multiplicidade de coisas, as frações autónomas, a que estão mais partes comuns – tem autonomia jurídica e, como tal, pode ser objeto de uma situação jurídica real própria. [...] O prédio que é constituído em propriedade horizontal continua a ser um edifício, mas este deixa de ser tratado unitariamente enquanto objeto dos direitos que sobre ele incidam; objeto desses direitos são agora as frações e as partes comuns, que, para o efeito, são vistas, juridicamente, como partes autónomas do edifício sobre as quais recaem direitos reais diferentes. [...] O regime da propriedade

comunhão de tipo romano – e a comunhão conjugal de bens e a comunhão hereditária – exemplos de comunhão em mão comum de tipo germânico – apresentam carácter precário, por tenderem à extinção ou à propriedade singular<sup>2</sup>. Têm-se apresentado insuficientes para alcançar o objetivo da solidariedade na administração do património, o que tem conduzido à criação de outras formas legalmente imperfeitas de contitularidade, designadamente sociedades, eventualmente livres das regras civis sobre administração dos bens do casal (artigos 1678.º e ss. do CC) e sobre ilegitimidades conjugais (artigos 1682.º e ss. do CC)<sup>3/4</sup>.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA escreveram: «a experiência mostra que a contitularidade de direitos sobre a mesma coisa tem graves inconvenientes, tanto do ponto de vista económico, como no aspecto social; não é a forma jurídica que se presta à mais perfeita exploração dos bens e é causa frequente de atritos que se reflectem no próprio rendimento individual e social dos bens»<sup>5</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão, salvo se houver convencionado que a coisa se conserve indivisa (artigo 1412.º do CC)<sup>6</sup>; e, similar-

---

horizontal [...] tem de ser considerado em dois planos ou momentos: enquanto regulador da propriedade horizontal, como situação jurídica do edifício, e enquanto definidor do conteúdo do direito que tem por objeto cada parte autónoma do edifício. Podemos assim dizer que esse regime, na primeira aceção, se particulariza na do direito que incide sobre cada uma das frações autónomas, cujo titular se denomina condómino. É este direito que, para usarmos de rigor, se deve identificar como direito de propriedade horizontal.» Cfr. FERNANDES (2006, pp. 4-5).

<sup>2</sup> Ao confrontar os regimes da compropriedade e da sociedade civil, CARVALHO FERNANDES afirma que ao faltar na compropriedade um dos traços característicos do património coletivo da sociedade civil, a afetação a certo fim, ela apresenta um carácter precário. Cfr. FERNANDES (2010, p. 356).

<sup>3</sup> Certo é que estas sociedades não visam o exercício em comum de certa atividade económica, conforme demanda a própria noção de sociedade civil constante do CC (cfr. artigo 980.º).

<sup>4</sup> Numa análise ao *futuro do Direito das Sucessões*, RITA LOBO XAVIER evidencia o valor e a validade atual do princípio da solidariedade familiar e a visão da propriedade privada ao serviço do bem comum. Cfr. XAVIER (2017, p. 602).

<sup>5</sup> LIMA e VARELA (1987, p. 97).

<sup>6</sup> De acordo com o n.º 2 do artigo 1412.º do CC, o prazo fixado para a indivisão da coisa não excederá cinco anos; mas é lícito renovar este prazo, uma ou mais vezes, por nova convenção. Contudo, não se admite a renovação automática.

mente, qualquer co-herdeiro ou o cônjuge meeiro tem o direito de exigir a partilha quando lhe aprouver, salvo se houver convencionado que o património se conserve indiviso por certo prazo (artigo 2101.º do CC)<sup>7</sup>.

Assim, o legislador atribuiu uma liberdade total aos proprietários e aos herdeiros de fazerem cessar a indivisão, admitindo apenas uma *limitação derivada das suas próprias vontades*<sup>8</sup>. Ademais, no âmbito da compropriedade, a lei admite a renúncia com intuito liberatório, que poderá determinar, igualmente, a extinção da contitularidade.

## 2. O direito de propriedade no Código Civil

O direito de propriedade tem assento nos artigos 1302.º e seguintes do CC. O legislador do Código, deparando-se com dificuldades em encontrar uma definição legal exata e completa, não ousou consagrá-la, optando antes pela regulamentação do direito real<sup>9</sup>. O artigo 1302.º fixa o seu objeto e o artigo 1305.º dispõe acerca das características do direito de propriedade, enquanto tipo de direito real de gozo máximo ou pleno e modelar, face aos demais direitos reais<sup>10/11</sup>. Dispondo este preceito que

---

<sup>7</sup> Resulta do n.º 2 do artigo 2101.º do CC que não pode renunciar-se ao direito de partilhar, mas pode convencionar-se que o património se conserve indiviso por certo prazo, que não exceda cinco anos; é lícito renovar este prazo, uma ou mais vezes, por nova convenção. Daí que RITA LOBO XAVIER advirta que depois da aceitação, a herança se pode manter indivisa por tempo indefinido, não existindo partilha ou requerimento para inventário. Afirma: «Existe assim um vazio jurídico inaceitável perante os casos de inatividade dos sucessíveis e dos sucessores, que a ficção da retroatividade da aceitação e da partilha não resolve.» Cfr. XAVIER (2017, p. 609).

<sup>8</sup> TELLES (1991, p. 255), *apud* XAVIER (2017, p. 598).

<sup>9</sup> LIMA e VARELA (1987, pp. 84-86).

<sup>10</sup> O n.º 1 do artigo 1302.º limita o objeto do direito de propriedade às coisas corpóreas. Todavia, para RUI PINTO e CLÁUDIA TRINDADE, há *casos duvidosos de realidades incorpóreas que parecem ser objeto de direitos reais*, como as universalidades de direito ou os direitos de garantia que incidem sobre direitos. Cfr. PINTO e TRINDADE (2017, pp. 80-81).

<sup>11</sup> Constatadas as dificuldades na definição do direito de propriedade, RUI PINTO DUARTE aponta as suas características: *plenitude* (meramente tendencial, dados os limites e restrições aos poderes compreendidos na propriedade); *elasticidade*, por tender a expandir-se até ao máximo das faculdades que pode comportar; *perpetuidade*, admitindo, porém, a lei casos de propriedade temporária (artigo 1307.º, n.º 2, do CC); e *transmissibilidade*, salientando a existência de direitos reais intransmissíveis, como o direito de uso e habitação (artigo 1488.º do CC). Cfr. DUARTE (2020, pp. 57-58).

«o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas», podemos ver aqui um *conteúdo positivo* a par de um *conteúdo negativo* do direito, correspondendo o primeiro às faculdades integrantes do direito de propriedade, de uso, fruição e disposição; e o segundo às limitações e restrições a que o direito de propriedade se encontra sujeito<sup>12</sup>. Assim, se, por um lado, em função das suas necessidades pessoais, o titular do direito de propriedade pode utilizar a coisa; *colher* os frutos periódicos naturais ou civis da coisa; e dispor jurídica ou materialmente da coisa; por outro lado, estas faculdades essenciais terão de respeitar as limitações e restrições ao direito real.

Não obstante, não existir uma consagração legal expressa da função social do direito de propriedade, o princípio é *geralmente reconhecido* e apontado como a sua limitação geral mais significativa, seja por via de certos aspetos do regime dos direitos reais<sup>13</sup>, seja por meio do instituto do abuso do direito<sup>14</sup> ou da regulamentação de *limitações especiais* ou restrições ao direito real<sup>15</sup>, impondo ao titular do direito subjetivo um equilíbrio entre a realização da função pessoal e a função social do direito real<sup>16</sup>.

### 3. Contitularidade do direito de propriedade

Na ordem jurídica portuguesa as modalidades mais comuns de contitularidade do direito de propriedade são a compropriedade e a

<sup>12</sup> PINTO e TRINDADE (2017, pp. 85 e ss.).

<sup>13</sup> Cfr. o disposto no artigo 1344.º, n.º 2, respeitante à limitação do exercício do direito sobre o espaço aéreo e o subsolo; os artigos 1287.º e seguintes relativos ao instituto da usucapião; e os artigos 1476.º, n.º 1, alínea c), 1485.º e 1535.º, n.º 1, alínea a), do CC, que se referem à extinção dos direitos reais menores pelo não uso.

<sup>14</sup> Cfr. o artigo 334.º do CC.

<sup>15</sup> Como a expropriação por utilidade pública, a requisição ou a sujeição a servidões administrativas; e as restrições resultantes das relações de vizinhança (reguladas nos artigos 1344.º e ss. do CC).

<sup>16</sup> Acerca da função social do direito de propriedade, cfr. ANTUNES (2017, pp. 164 e ss.); ASCENSÃO (1983, pp. 185 e ss.); FERNANDES (2006, pp. 203 e ss.); PINTO e TRINDADE (2017, pp. 85 e ss.); TEIXEIRA (2010, pp. 137-169); XAVIER (2016, pp. 22-25) e XAVIER (2022, pp. 26-27 e 39-43).

comunhão. Há, contudo, outras normas do Código Civil que traduzem situações de contitularidade, designadamente as relativas à sociedade civil<sup>17</sup>; ao fundo comum das associações<sup>18</sup>; ao exercício do direito de preferência por uma pluralidade de titulares, no âmbito do pacto de preferência<sup>19</sup>; à venda de coisa ou direito comum, na venda a retro<sup>20</sup>; e à constituição do co-usufruto<sup>21/22</sup>. Ademais, a Lei n.º 75/2017, de 17 de agosto, que aprovou o regime aplicável aos baldios e aos demais meios de produção comunitários, apresenta os baldios como um fenómeno de contitularidade de um direito real, visto que são possuídos e geridos por comunidades locais e constituem, em regra, logradouro comum dos compartes<sup>23</sup>.

As duas referidas modalidades, eram consideradas, tradicionalmente, como *realidades ontologicamente distintas*; mas a doutrina mais recente tem entendido que a comunhão romana e a comunhão em mão comum não são realidades completamente distintas entre si, antes espécies de um único género: a contitularidade de direitos<sup>24</sup>.

Assim, se num plano habitual se identifica a comunhão conjugal com *um património coletivo*<sup>25</sup> ou uma comunhão de mão comum – uma «*comunhão sem quotas*, em que existe um único direito encabeçado em diferentes titulares, mas incidindo globalmente sobre o todo»; e a compropriedade, com uma *comunhão segundo quotas*, em

<sup>17</sup> Cfr. artigos 980.º a 1021.º do CC.

<sup>18</sup> Cfr. artigos 196.º e 200.º do CC.

<sup>19</sup> Cfr. artigo 419.º do CC.

<sup>20</sup> Cfr. artigo 933.º do CC.

<sup>21</sup> Cfr. artigo 1441.º do CC.

<sup>22</sup> SEQUEIRA (2015, p. 23).

<sup>23</sup> Segundo RUI PINTO DUARTE, os baldios são uma modalidade de contitularidade de um direito real com autonomia em relação à compropriedade. Cfr. DUARTE (2020, p. 72).

<sup>24</sup> Cfr. SEQUEIRA (2015, pp. 13-14 e 401-405); XAVIER (2017, p. 610); e XAVIER (2020, p. 2590).

<sup>25</sup> Há patrimónios *separados* do restante património: *patrimónios autónomos* e *patrimónios coletivos*. Na primeira hipótese uma determinada pessoa é titular de duas ou mais massas patrimoniais entre si distintas. A herança é um exemplo de património autónomo (cfr. artigo 2071.º do CC). No património coletivo estamos perante um património que pertence a vários sujeitos, *globalmente*, património esse também autonomizado dos diversos patrimónios que os titulares possuem individualmente. Se a herança é deferida a vários herdeiros, estes serão contitulares de uma massa patrimonial que constitui um património coletivo. Cfr. HÖRSTER (1992, pp. 193-200) e XAVIER (2022, pp. 313-314).

que «cada proprietário tem um direito sobre uma quota ideal do objeto comum»<sup>26/27</sup>; num plano diverso, a principal diferença que se considera subsistir entre a comunhão romana e a comunhão em mão comum é a de nesta existir uma indisponibilidade sobre a quota em cada objeto individual do todo, visto que, designadamente, a permissão de alienação conferida aos co-herdeiros respeita apenas à quota sobre o património (todo) e não à alienação da quota individual sobre cada um dos elementos da herança<sup>28</sup>.

#### 4. O regime jurídico da compropriedade

Observando as duas modalidades de contitularidade mencionadas, só a compropriedade se encontra, contudo, regulada ao pormenor (artigos 1403.º a 1414.º do CC). Além disso, em face do disposto no artigo 1404.º, o seu regime é subsidiariamente aplicável às outras formas de

---

<sup>26</sup> XAVIER (2000, pp. 199-200, nota 167).

<sup>27</sup> MANUEL A. DOMINGUES ANDRADE afirma que na figura dos *patrimónios coletivos*, várias pessoas, cada uma das quais tem ou pode ter o seu património próprio, são titulares de um património que globalmente lhes pertence: «Nesse caso, a massa patrimonial não se reparte entre as pessoas por quotas ideais, como na compropriedade ou comunhão de tipo romano. Antes, como na antiga comunhão de tipo germânico, ela pertence em bloco e só em bloco a todas essas pessoas, à coletividade por elas formada.» Diz ainda: «A ser esta a verdadeira fisionomia dos patrimónios coletivos em confronto com a simples comunhão individualística, teríamos um exemplar bastante correto da figura questionada na comunhão conjugal.» [ANDRADE (1992, pp. 224-226)]. Também PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, relativamente à comunhão conjugal, aderem à doutrina da propriedade coletiva. Para os Autores, «os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afetação, a lei concede certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de um único direito sobre ela» [COELHO e OLIVEIRA (2008, pp. 506-510)]. No entendimento de HEINRICH EWALD HÖRSTER, a comunhão conjugal é uma forma incompleta de património coletivo. Distingue a comunhão, como património coletivo (ou património de mão comum), da compropriedade, pois diz que aqui cada comproprietário possui uma quota, uma fração do direito de propriedade, da coisa, que pertence, de acordo com o quantitativo das respetivas quotas, a vários titulares [HÖRSTER (1992, pp. 197 e 199)]. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA integram a comunhão, em geral, na propriedade coletiva [LIMA e VARELA (1987, pp. 346-348)].

<sup>28</sup> SEQUEIRA (2015, pp. 378 e 405).

comunhão de direitos, «salvo no que quanto a elas esteja especialmente regulado»<sup>29</sup>.

De acordo com o artigo 1403.º, existe «propriedade em comum, ou compropriedade, quando duas ou mais pessoas são simultaneamente titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa»<sup>30</sup>.

Em regra, os comproprietários exercem, em conjunto, os direitos sobre a coisa, como os exerceria um proprietário singular – excecionada a possibilidade de cada um dos comproprietários poder reivindicar a coisa comum de terceiro – e participam separadamente nas vantagens e encargos da coisa, na proporção das suas quotas (artigo 1405.º).

Mas no regime da compropriedade releva, sobretudo, o modo de exercício dos poderes pelos comproprietários. Em conjunto, os comproprietários poderão exercer todos os direitos que pertencem ao proprietário, mas há poderes que exigem intervenção de todos e outros em que basta a intervenção de apenas um deles. À vista disso, a doutrina distingue entre *poderes de exercício isolado*; *poderes de exercício maioritário*; e *poderes de exercício unânime*<sup>31</sup>.

Há, portanto, certas faculdades que integram o direito de propriedade que o comproprietário pode exercer isoladamente. Assim, cada comproprietário pode usar a coisa comum, desde que respeite o fim a que a coisa se destina e não prive os demais comproprietários do seu uso (artigo 1406.º); pode dispor ou onerar a sua quota na comunhão, sem prejuízo do direito de preferência que a lei atribui aos restantes comproprietários se a alienação for a terceiro e onerosa (artigos 1408.º e 1409.º); e pode reivindicar de terceiro a coisa comum (artigo 1405.º, n.º 2).

Para a administração da coisa demanda a lei a intervenção da maioria dos comproprietários, a não ser que estes hajam acordado em sentido diverso, por exemplo, designando um deles administrador ou criando um órgão próprio para a administração da coisa comum<sup>32</sup>. Da conjugação do disposto no artigo 1407.º com o artigo 985.º, norma para a

---

<sup>29</sup> FERNANDES (2010, p. 351).

<sup>30</sup> Acerca das teses em confronto quanto à natureza jurídica da compropriedade, cfr. FERNANDES (2010, pp. 352-355) e VIEIRA (2008, pp. 385-391).

<sup>31</sup> Fernandes (2010, pp. 357 e ss.).

<sup>32</sup> Para Carvalho Fernandes, a administração «deve ser interpretada por forma a compreender atos de fruição da coisa comum, da sua conservação ou beneficiação, e ainda, atos de alicenação de frutos». Cfr. Fernandes (2010, p. 361).

qual aquele artigo remete, concluímos que a lei exige uma dupla maioria: maioria do voto dos comproprietários e estes representarem, pelo menos, metade do valor total das quotas<sup>33</sup>.

Os poderes de disposição ou oneração da coisa comum ou de parte especificada da coisa comum implicam o consentimento unânime dos comproprietários, sendo nula a disposição ou oneração, quer da totalidade da coisa comum, quer de parte especificada da coisa comum sem o referido consentimento (artigos 1408.º, 982.º e 956.º).

Relativamente aos encargos, como dissemos, são suportados por todos os comproprietários na proporção das suas quotas (artigo 1405.º, n.º 1, confirmado pela primeira parte do n.º 1 do artigo 1411.º). Todavia, ao comproprietário é concedida a faculdade de se eximir da obrigação de contribuir para as despesas necessárias à conservação ou fruição da coisa comum, renunciando ao seu direito (artigo 1411.º, n.º 1, segunda parte). A renúncia liberatória manifesta-se essencialmente no âmbito da extinção das obrigações *propter rem*, isto é, sempre que o titular de um direito real, em vez de cumprir a obrigação conexa com a sua titularidade, a extingue, mediante renúncia ao direito real, em benefício do *credor*<sup>34</sup>.

Não sendo nenhum dos comproprietários obrigado a permanecer na indivisão – salvo existindo convenção de indivisão da compropriedade – o *meio próprio* de cessação da compropriedade é a divisão de coisa comum<sup>35</sup>. De acordo com o disposto no artigo 1413.º, a divisão pode ser extrajudicial e se respeitar a bens imóveis deve ser celebrada por escritura pública ou documento particular autenticado sujeito a depósito eletrónico [artigos 875.º e 22.º, n.º 1, alínea *a*) do Decreto-Lei 116/2008, de 4 de julho] ou judicial, nos termos da lei do processo (artigos 925.º a 930.º do Código de Processo Civil)<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Rui Pinto e Cláudia Trindade referem-se a uma dupla maioria, pessoal e real. Cfr. Pinto e Trindade (2017, p. 219).

<sup>34</sup> LIMA e VARELA (1987, p. 669) e MESQUITA (1997, pp. 360-395).

<sup>35</sup> Neste contexto, Carvalho Fernandes afirma: «Tudo isto aponta para uma conceção da compropriedade, que tende para a divisão, logo para a propriedade singular. A um tempo, o legislador franqueia as vias conducentes a este resultado e estreita as propiciadoras do resultado inverso.» Cfr. Fernandes (2010, p. 376). No mesmo sentido, Vieira (2008, p. 381).

<sup>36</sup> Quer seja extrajudicial ou judicial a divisão de coisa comum deverá respeitar todas as normas vigentes relativas ao fracionamento de prédios rústicos ou fracionamento de prédios

## 5. A comunhão hereditária e a comunhão conjugal

Após a aceitação, o herdeiro adquire a herança ou o seu quinhão hereditário (artigos 2050.º e ss. do CC). Nas palavras de CAPELO DE SOUSA, «sendo vários os herdeiros e antes de se efetuar a partilha, cada um deles, embora não tenha um direito real sobre os bens em concreto da herança, nem sequer sobre uma quota-parte em cada um deles, detém, todavia, um direito de quinhão hereditário, ou seja, à respetiva quota-parte ideal da herança global em si mesma»<sup>37</sup>. O meeiro e qualquer dos herdeiros adquirem o domínio e posse dos bens da herança em contitularidade.

Na comunhão hereditária há uma administração *legal* dos bens da herança pelo cabeça-de-casal, que cessará com a *sua liquidação e partilha* (artigos 2079.º e 2087.º a 2090.º do CC). O cabeça-de-casal tem os poderes que lhe são expressamente definidos e poderes para o exercício de atos e negócios jurídicos de conservação e frutificação normal dos bens que administra. Todavia, certos direitos relativos à herança só podem ser exercidos conjuntamente por todos os herdeiros ou contra todos os herdeiros (artigo 2091.º do CC). Por exemplo, a disposição ou oneração da herança ou de bens hereditários exige a intervenção do conjunto dos herdeiros. O que a lei consente é que cada co-herdeiro disponha sobre o próprio quinhão, desde que dê preferência aos demais herdeiros, nos termos em que este direito assiste aos proprietários (artigos 2124.º a 2130.º do CC).

A comunhão hereditária cessa com a partilha, podendo ser efetuada extrajudicialmente<sup>38</sup> ou por meio de inventário<sup>39</sup>.

A contitularidade que resulta dos regimes de comunhão de bens adquiridos e de comunhão geral no âmbito do casamento é efeito de no primeiro dos regimes mencionado os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, em princípio, integram a comunhão; e,

---

urbanos, rústicos ou mistos, para finalidades urbanísticas e de edificação.

<sup>37</sup> SOUSA (1997, p. 90).

<sup>38</sup> Por escritura pública; documento particular autenticado, com depósito eletrónico; ou por procedimento simplificado de partilha – artigos 22.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, e artigos 272.º-A e 272.º-B do Código do Registo Civil.

<sup>39</sup> Cfr. artigos 1082.º e seguintes do Código de Processo Civil, para os processos iniciados a partir da data da entrada em vigor da Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro (em 01/01/2020).

no regime da comunhão geral, o património comum ser constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam excetuados por lei<sup>40</sup>. Os artigos 1678.º e seguintes do CC enunciam as regras civis sobre administração dos bens do casal; e os artigos 1682.º e seguintes do CC disciplinam as ilegitimidades conjugais nos regimes de comunhão. Em todo o caso, ressalvadas as diferenças quanto ao que a lei considera bem comum para os dois regimes, os preceitos que regulam a comunhão *per se* são os mesmos (cfr. artigo 1734.º do CC)<sup>41</sup>.

A comunhão conjugal cessa igualmente com a partilha dos bens comuns do casal (artigo 1689.º do CC) e ocorre sempre que se verifique cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, por efeito de dissolução do casamento por divórcio, de declaração de nulidade ou de anulação do casamento e de separação de pessoas e bens (artigos 1688.º, 1788.º, 1794.º e 1795.º-A do CC), na sequência de simples separação judicial de bens (artigo 1770.º do CC), bem como no seguimento da insolvência de um dos cônjuges [artigo 141.º, n.º 1, alínea *b*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas] e do processo

---

<sup>40</sup> O regime de comunhão de adquiridos encontra-se regulado nos artigos 1721.º do CC e seguintes e constitui o regime supletivo, sendo aplicável na falta de convenção antenupcial (ressalvadas as hipóteses do artigo 1720.º do CC), ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção. O regime conformado pela lei é inspirado pela ideia de que devem considerar-se comuns todos os bens que resultam do esforço comum dos cônjuges.

No regime de comunhão geral, disciplinado nos artigos 1732.º e seguintes, do CC, o património comum será constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, ressalvados apenas os que sejam excetuados por lei (veja-se o artigo 1733.º do CC).

No regime de separação de bens, regulado nos artigos 1735.º e seguintes do CC, não existe um património comum, conservando cada um dos cônjuges o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, com poder de dispor deles livremente. Como desvios a esse amplo poder de disposição, sublinhem-se, por exemplo, os limites que visam proteger a casa de morada de família (artigos 1682.º-A, n.º 2 e 1682.º-B do CC). Este regime vigora, imperativamente, nos casos previstos no artigo 1720.º do CC. Cfr. PEDRO (2018, pp. 463, 469 e 481).

<sup>41</sup> Designadamente: a regra da metade (artigo 1730.º, n.º 1); os bens sub-rogados no lugar de bens próprios (artigo 1723.º); os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios e noutra parte com dinheiro ou bens comuns (artigo 1726.º); a aquisição de bens indivisos já pertencentes em parte a um dos cônjuges (artigo 1727.º); os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios (artigo 1728.º); as regras sobre administração dos bens do casal (artigo 1678.º) e sobre alienação e oneração de bens móveis (artigo 1682.º do CC) e imóveis (artigo 1682.º-A do CC). Cfr. COELHO e OLIVEIRA (2008, p. 549).

de justificação de ausência (artigo 108.º do CC)<sup>42</sup>. Pode, igualmente, ser feita extrajudicialmente ou a título de inventário.

## 6. O exercício dos direitos nas situações de comunhão

Os regimes vigentes da compropriedade e da comunhão não servem os pressupostos de estabilidade, não visam a solidariedade, antes tendem ao fim. Ambos os regimes estão centrados na eventualidade do fim da indivisão. Tutelam, não a solidariedade, mas a individualidade, pelo que só uma alteração dos respetivos regimes poderá conduzir à falada estabilidade. A questão que importa responder é a de saber se se justifica a assinalada diferença de regimes entre, por um lado, a compropriedade e, por outro lado, a comunhão conjugal de bens e a comunhão hereditária.

Como prevenimos, a doutrina atual concluiu que a compropriedade e a comunhão só apresentam *diferenças de princípio*. E há aspetos da compropriedade que presumem a estabilidade, como as regras relativas ao uso da coisa comum (artigo 1406.º) ou respeitantes à administração da coisa (artigo 1407.º), que deverão aplicar-se à comunhão, nomeadamente no período penoso que precede a partilha.

RITA LOBO XAVIER observa, justamente, que «quando se indaga o regime aplicável ao exercício dos poderes de administração e ao uso dos bens comuns, tendo em conta a situação concreta dos cônjuges, não [lhe] parece adequada a aplicação das disposições relativas à administração da herança e que, grosso modo, apontam para que a administração ordinária caiba ao cônjuge mais velho, a título de cabeça de casal, nos restantes casos, só podendo ser exercidos os direitos por ambos (arts. 2080.º e ss, e 2091.º CC)», defendendo que deve ter-se em consideração o disposto no artigo 1404.º do CC, e, particularmente, o artigo 1406.º do CC<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Sobre a partilha do património conjugal, cfr. COELHO e OLIVEIRA (2008, pp. 428-448 e 670 e ss.); LIMA e VARELA (1992, pp. 319-323); PAIVA (2008, pp. 299-328); PINHEIRO (2013, pp. 579-589); e XAVIER (2000, pp. 264-300).

<sup>43</sup> XAVIER (2020, pp. 2589-2590).

E o mesmo pensamento releva para a comunhão hereditária. Veja-se o que, entre o mais, se concluiu no Acórdão da Relação de Guimarães, de 20/03/2018, emitido no processo n.º 4761/15.4T8GMR.G1 (MARIA CRISTINA CERDEIRA):

[...] Ora, por força do disposto no artigo 1404.º do Código Civil, as regras da compropriedade são aplicáveis, com as necessárias adaptações, a esta comunhão ou contitularidade de direitos, «sem prejuízo do disposto especialmente para cada um deles».

[...] Entre os poderes atribuídos aos comproprietários ou consortes (ou contitulares) está o uso da coisa comum previsto no artigo 1406.º do Código Civil, estabelecendo o n.º 1 deste dispositivo legal que na falta de acordo sobre a utilização da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, atribuindo assim isoladamente a cada um deles a faculdade de a utilizar.

[...] Assim, nos termos do disposto nos citados artigos 1403.º, n.º 2, 1405.º, n.º 1 e 1406.º «ex vi» do artigo 1404.º todos do Código Civil, podemos concluir que a Ré [...], assim como os demais herdeiros, têm direito a utilizar um bem dessa herança (neste caso, o dito prédio) na proporção das respetivas quotas e com as restrições acima referidas [...].

Por conseguinte, se em face da mencionada disposição, as regras da compropriedade se aplicam a outras situações de comunhão de direitos, poder-se-ão aplicar, igualmente, à *contitularidade de direitos dos consortes numa herança* as regras sobre administração da coisa vigentes para a compropriedade, ao invés das disposições que determinam que, até à liquidação e partilha, a administração da herança pertence ao cabeça-de-casal.

## 7. Conclusão

Na lei portuguesa, a propriedade singular continua a ser o paradigma e as situações da compropriedade e da comunhão são excecionais, tendendo para a extinção. Os respetivos regimes não tutelam a solidariedade, mas os direitos dos indivíduos com vista à divisão. Por

consequente, não garantem que o exercício dos direitos no contexto de uma situação de contitularidade se faça de uma forma duradoura, estável e solidária. O Código Civil considera aplicáveis as regras da compropriedade a outras situações de comunhão de direitos (artigo 1404.º). Ora, se a compropriedade e a comunhão são formas de contitularidade de direitos de propriedade, devem interpretar-se as normas de modo a admitir-se a aplicação das regras da compropriedade ao exercício dos direitos nas situações de comunhão, nomeadamente as previstas nos artigos 1406.º e 1407.º do Código Civil, sempre que não existirem normas especialmente previstas e estiverem em causa relações estáveis e solidárias.

## Referências

- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES. (1992). *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, (reimpressão). Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, HENRIQUE SOUSA. (2017). *Direitos Reais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. (1983). *Direito Civil Reais*, 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, ORLANDO DE. (2012). *Direito das Coisas*, Coordenação: FRANCISCO LIBERAL FERNANDES *et al.* Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE. (2008). *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DUARTE, RUI PINTO. (2020). *Curso de Direitos Reais*, 4.ª edição. Parede: Príncipe Editora.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO. (2010). *Lições de Direitos Reais*. Lisboa: Quid Juris.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO. (2006). «Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, julho/setembro, pp. 3-14.
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD. (1992). *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina.
- LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES. (1987). *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª edição revista e atualizada, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES. (1992). *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- MESQUITA, MANUEL HENRIQUE. (1997). *Obrigações Reais e Ónus Reais*. Coimbra: Almedina.

- PAIVA, ADRIANO MIGUEL RAMOS DE. (2008). *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA. (2018). *Convenções Matrimoniais. A Autonomia na Confor-  
mação dos Efeitos Patrimoniais do Casamento*. Coimbra: Almedina.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE. (2013). *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.<sup>a</sup> edição. Lisboa: AAFDL.
- PINTO, RUI e TRINDADE, CLÁUDIA (2017). «Artigo 1302.º – Anotação», ANA PRATA *et al.*, *Código Civil Anotado* (coord. ANA PRATA), Volume II. Coimbra: Almedina.
- SEQUEIRA, ELSA VAZ DE. (2015). *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil. Contributo para a sua análise morfológica*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE. (1997). *Lições de Direito das Sucessões*, Volume II, 2.<sup>a</sup> edição, p. 90. Coimbra: Coimbra Editora.
- TEIXEIRA, MADALENA. «As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito Português», *Cadernos do CENoR*, n.º 1, pp. 137-169. Coimbra: Coimbra Editora.
- VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C. (2008). *Direitos Reais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- XAVIER, RITA LOBO. (2000). *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, RITA LOBO. (2016). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016.
- XAVIER, RITA LOBO. (2017). «Para quando a renovação do direito sucessório português?» *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, pp. 593-614. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, RITA LOBO. (2020). «Tutela penal dos bens comuns e crimes contra a propriedade: São nossos, por isso, faço-lhes o que eu quiser?», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Coordenação: JOSÉ LOBO MOUTINHO *et al.*, pp. 2585-2602. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, RITA LOBO. (2022). *Manual de Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina.

# O novo pacto sucessório admitido na lei portuguesa e a função social do direito de propriedade privada: entre a solidariedade intergeracional e a solidariedade conjugal

VITÓRIA ANDRADE E SILVA\*

**Resumo:** Tradicionalmente, de acordo com a lei portuguesa os pactos sucessórios não são admitidos, mas, recentemente, foi criado um novo pacto sucessório que veio permitir que futuros cônjuges renunciassem a direitos sucessórios. O presente estudo pretende demonstrar que subjacentes ao novo pacto sucessório estão objetivos de reforço da função social da propriedade e que a renúncia antecipada ao direito à legítima, no respeito pela autonomia da vontade, está fundamentada na solidariedade intergeracional, conseguindo-se, ainda, com este novo regime respeitar o equilíbrio entre o regime sucessório e o regime matrimonial de bens, mantendo-se um mínimo de solidariedade conjugal.

**Palavras-chave:** pacto sucessório; autonomia da vontade; função social da propriedade; solidariedade intergeracional; solidariedade conjugal.

**Abstract:** Traditionally, according to Portuguese law, succession pacts are not allowed, but recently a new succession pact has been created that allows future spouses to waive succession rights. This study aims to demonstrate that the objectives underlying the new succession pact are to reinforce the social function of property and that the early waiver of the right of the spouse to be an heir, while respecting the autonomy of the will, is based on intergenerational solidarity and that this new regime also achieves the balance between the succession regime and the matrimonial property regime, maintaining a minimum of conjugal solidarity.

---

\* Conservadora de Registos; Doutoranda na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, CEID.

**Keywords:** succession agreement; autonomy of the will; property right; intergenerational solidarity; conjugal solidarity.

## Introdução

A recente alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 48/2018 fez ressurgir no Direito Sucessório Português, o assunto dos pactos sucessórios e a respetiva nulidade de regime, sempre que se trate de pactos não excecionados por lei. Nesta matéria, e para a análise que nos propomos fazer, importa, antes de mais, ter em consideração, por um lado, a evolução da dinâmica familiar, como instituição, e, por outro lado, o problema com o qual a família se confrontava e que urgia solucionar.

O novo pacto renunciativo surge contextualizado por uma nova dinâmica familiar. Hoje, a família é uma instituição mais dinâmica, prevalente de afetos e satisfações pessoais, fazendo-se cair o peso tradicionalista da família nuclear e inamovível ou, recuando um pouco mais, fazendo-se cair a influência da família alargada no peso das tomadas de decisões de cada um dos seus elementos.

A prova social desta evolução familiar traduz-se no aumento das novas núpcias, em idades diferentes, acompanhados de descendentes de origem diferentes o que pode dificultar a transferência da pretendida propriedade familiar, quer pelo aumento do número de herdeiros legítimos, quer pelas diferentes quotas-partes que poderão competir a cada um.

Para além da nova dinâmica familiar, a própria natureza da propriedade familiar a transmitir também se encontra em evolução. Já não são frequentes as grandes fortunas cuja transmissão em bloco se tomava em consideração no estabelecimento de relações conjugais, na medida em que a propriedade é, hoje, sobretudo constituída pelo fruto do trabalho, criada *ab initio* no seio da família nuclear e só residualmente pelo que foi herdado de gerações anteriores.

Neste contexto, e tendo presente as limitações conhecidas e decorrentes do regime sucessório português quer no que diz respeito ao elenco de sucessíveis, quer no que respeita aos limites legais impostos à autonomia da vontade na sucessão *mortis causa*, os nubentes eram frequentemente confrontados com o problema da transmissão do seu património. Com efeito, sabendo-se que o cônjuge é herdeiro, os nubentes poderiam

não querer contrair casamento ou celebrar novas núpcias uma vez que a integração do cônjuge ou do novo cônjuge no painel de sucessíveis conduziria, por ex., a um maior fracionamento da quota hereditária de filhos pré-existentes, o que poderia não corresponder à real vontade dos nubentes.

É neste circunstancialismo que surge o Projeto de Lei n.º 781/XIII, de 20 de fevereiro de 2018, que visou encontrar uma solução que, de alguma forma, eliminasse as dificuldades sentidas pelos nubentes e, assim, criasse as pretendidas condições *favor matrimonii*<sup>1</sup>.

## 1. O novo pacto sucessório renunciativo

A vocação sucessória é o chamamento de herdeiros ou legatários à titularidade das relações jurídicas transmissíveis do autor da herança, a qual se fixa ao momento da abertura da sucessão<sup>2</sup>. A sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato, nos termos do artigo 2026.º do CC. Apesar de a sucessão poder ser deferida por lei, não é a lei que designa, por si, os sucessíveis, mas antes os factos designativos por ela elencadas como é o caso do vínculo conjugal, o parentesco ou a adoção. Já no que respeita à sucessão testamentária e à sucessão contratual é a designação voluntária e negocial que determina, pela expressão da vontade do autor da sucessão, em vida, a qualidade de sucessível<sup>3</sup>.

No ordenamento português são proibidos os contratos sucessórios, com exceção dos legalmente admitidos<sup>4</sup>. A razão desta proibição prende-se com a natureza contratual destas declarações de vontade. Com

<sup>1</sup> Projeto de Lei 781/XIII (PS) – *Diário da Assembleia da República*, II Série – A, n.º 75, de 21 de fevereiro de 2018. Sobre a análise do projeto foram emitidos vários pareceres dos quais destacamos o de GUILHERME OLIVEIRA, «Notas sobre o Projecto de Lei n.º 781/XII», em [www.guilhermeoliveira.pt](http://www.guilhermeoliveira.pt); MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, «Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – Contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII», *Julgar Online*, maio de 2018 e o Parecer emitido pela Ordem dos Advogados, em 16/04/2018, disponível *online* em <https://portal.oa.pt/media/124636/projecto-de-lei-n%C2%BA781-xiii-3%C2%AA-ps.pdf>.

<sup>2</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA (1992, p. 205, ponto 14).

<sup>3</sup> CRISTINA PIMENTA COELHO (2020, p. 956).

<sup>4</sup> A lei portuguesa admite a celebração de doações *mortis causa* feitas em convenção antenupcial, entre esposados ou de terceiros a favor de esposados e ainda de terceiros a favor de esposados. Cfr. artigo 1700.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), do CC.

efeito, uma vez celebrado o contrato, ele deve ser pontualmente cumprido, modificando-se ou extinguindo-se, por regra, por mútuo acordo dos contraentes, conforme determina o artigo 406.º do CC<sup>5</sup>. Ora, a necessidade do consenso referida para modificar ou extinguir o contrato sucessório tem como implicação a limitação da liberdade do disponente, uma vez que este ficará vinculado às obrigações decorrentes do contrato estabelecido e, deste modo, impedido de, unilateralmente, conformar o estipulado às variações da sua vontade até ao momento da sua morte, limitando o direito de uma pessoa decidir e alterar como os seus bens serão distribuídos após o falecimento.

A Lei n.º 48/2018 reconheceu a possibilidade de os futuros cônjuges renunciarem, reciprocamente, à condição de herdeiros legitimários, em sede de convenção antenupcial. Isto é, veio reconhecer a possibilidade de os futuros cônjuges contratualizarem o afastamento recíproco à condição de herdeiro legitimário. Apesar de não estar em causa um contrato, em sentido estrito, que titule positivamente a vocação sucessória, parece-nos, todavia, que os efeitos do contrato celebrado, nos termos indicados, repercutir-se-ão na vocação sucessória, por via negativa<sup>6</sup>. Isto é, não define quem é sucessível, mas define quem não é. Os futuros cônjuges têm agora a possibilidade de, pela expressão da sua vontade, afastar da sucessão legitimária um herdeiro – o outro cônjuge – da sua sucessão. Refira-se ainda que não se pretendeu retirar ao outro cônjuge a qualidade de herdeiro conferida pela reforma de 1977 do Código Civil de 1966 O que se consagra, agora, é a possibilidade de um herdeiro (o cônjuge) poder ser afastado de uma parte da sucessão, se for esse o sentido expresso da vontade do autor da sucessão.

Com a solução preconizada pela Lei n.º 48/2018 e com a introdução do pacto sucessório renunciativo objeto do presente estudo, o legislador abriu o leque dos pactos sucessórios legalmente admissíveis no ordenamento nacional.

São várias as razões e fundamentos que se podem apontar para justificar esta opção legislativa. Desde logo, pode dizer-se que, se até agora,

---

<sup>5</sup> A lei prevê várias situações em que é possível modificar-se o estipulado no contrato sem acordo das partes. Veja-se por ex., o art. 935.º, n.º 2, primeira parte e o art.º 1146.º, n.º 3, do CC.

<sup>6</sup> No sentido de não estar em causa um contrato sucessório, em sentido estrito, enquanto modalidade de sucessão voluntária, cfr. RITA LOBO XAVIER, (2023, p. 257).

os pactos sucessórios previstos tinham como escopo último o favorecimento do casamento, poderá igualmente argumentar-se que estes novos pactos renunciativos mantiveram esse mesmo propósito de favorecimento nupcial. Na verdade, sem este novo regime, à morte dos nubentes, os respetivos cônjuges seriam necessariamente seus herdeiros legítimos, o que implicaria uma maior segmentação da sucessão legítima respetiva (o que poderia não corresponder à sua intenção dos nubentes). Ou seja, em face desta consequência sucessória do estado de casado e na hipótese de não pretenderem a dispersão da legítima sucessória, os nubentes poderiam ver diminuída a sua vontade na efetiva celebração do casamento, encarando a não celebração do casamento como a única forma de conseguirem manter os restantes herdeiros legítimos legalmente designados como seus únicos herdeiros nesta vocação sucessória e, deste modo, alcançarem os seus intentos.

O problema da eventual dispersão da herança foi tido em consideração no Projeto Inicial que antecedeu a Lei n.º 48/2018. Convém recordar que, muito embora o legislador na solução legal final não tenha imposto a necessidade da existência de descendentes, para que os nubentes concretizassem a sua vontade na celebração do pacto sucessório renunciativo, a verdade é que esta alteração surgiu da necessidade do Direito acompanhar a nova dinâmica familiar que foi emergindo na sociedade coeva. Com efeito, importa referir a maior e mais frequente existência de novas núpcias e de descendentes pré-existentes, bem como as consequências que daí podem advir para uma maior divisão do património no momento da sucessão em desfavor dos descendentes, havendo-os.

Note-se que, apesar deste recuo (relativamente ao projeto de lei) decorrente do facto de não ser necessário haver filhos anteriores, a solução legal encontrada para o problema da sucessão do cônjuge manteve-se, alargando-se, por um lado, o âmbito de aplicação dos pactos sucessórios renunciativos e, por outro lado, seguindo-se a linha de orientação conservadora presente no ordenamento português de se estipular a obrigatoriedade de os pactos sucessórios renunciativos constarem de convenção antenupcial, desviando-se, assim, de outros percursos mais arrojados. Pensamos que uma construção diferente, porventura, mais inovadora e ousada implicaria uma reestruturação global do direito sucessório português, o que a tornaria bem mais difícil de ser construída e executada, requerendo, para além disso, uma bem maior maturação.

## 1.1. *Requisitos de validade do novo pacto renunciativo*

### 1.1.1. *Reciprocidade e âmbito da renúncia*

1. A Lei n.º 48/2018 estipulou um conjunto de requisitos para que os cônjuges possam renunciar à qualidade de herdeiro legitimário um do outro. Uma das condições de validade reside na exigência de os nubentes renunciarem *reciprocamente* à condição de herdeiro legitimário. Isto é, terá de haver duas declarações negociais convergentes em que os nubentes, simultaneamente, renunciem e aceitam a renúncia um do outro.

Explicaremos adiante o reforço patente que o princípio da autonomia privada sofreu no novo pacto renunciativo. Antes, porém, e quanto à reciprocidade imposta das declarações negociais dos nubentes temos alguma dificuldade em determinar se, efetivamente, o mesmo ocorreu quando o legislador opta por impor que a renúncia à qualidade de herdeiro legitimário seja uma renúncia recíproca. Na verdade, ao impor a reciprocidade, nos casos em que esta pode não ser pretendida pelos nubentes – apenas um pode querer renunciar – está-se a limitar a ação dos nubentes: o nubente que não tinha intenção de renunciar pode ser induzido a lavrar juízos do género «do mal o menos» e a ceder a pressões do outro nubente, para tomar a sua decisão em favor do casamento.

A reciprocidade imposta terá, no entanto, subjacente a pretensão de colocar os nubentes em situação de igualdade, evitando-se que qualquer deles se posicione em situação patrimonial desfavorável em relação ao outro. Cremos, assim, que se podem identificar duas razões para a imposição legal da renúncia recíproca.

A primeira razão prende-se com a garantia da uma absoluta igualdade entre as partes. Na verdade, com muita facilidade se aceita que as emoções, os afetos, a fraqueza negocial, a deficiente informação, possam propiciar a aceitação de soluções que em condições normais poderiam não ser aceites por qualquer uma das partes. Tal circunstancialismo pode precipitar a tomada de decisões, especialmente por parte do nubente «mais fraco», que conduzam a desequilíbrios patrimoniais injustificados. Por isso, assim o julgamos, a imposição legal da reciprocidade da renúncia teve como objetivo, por um lado precaver situações desequilibradas entre os cônjuges e, por outro lado, o de promover a tutela dos interesses do nubente/futuro cônjuge mais vulnerável. À semelhança do que acontece no âmbito do direito das obrigações, em que a

ordem jurídica não tutela, de forma absoluta, a autonomia privada, uma vez que as partes negociais dificilmente se encontram em condições de negociação idêntica, também no âmbito da matéria de que aqui cuidamos, tal deve acontecer<sup>7</sup>. A reciprocidade da renúncia é, pois, um limite adequado e correto à autonomia privada dos nubentes e dos futuros cônjuges nesta matéria.

A segunda razão para a exigência desta reciprocidade imposta é a de impedir o enriquecimento injustificado de um cônjuge à custa do outro, promovendo a justiça e a imparcialidade nas relações patrimoniais sucessórias entre os cônjuges e na respetiva tomada de decisões. Ou seja, assim o entendemos, o limite legal da reciprocidade da renúncia mais não é do que uma reflexão do princípio da proibição do enriquecimento injustificado entre cônjuges à custa do outro<sup>8</sup>. Considere-se o exemplo de apenas um dos cônjuges renunciar à condição de herdeiro legitimário. Na situação de ocorrer o pré-falecimento do cônjuge renunciante em relação ao cônjuge não renunciante, este último, por manter a condição de herdeiro legitimário do cônjuge falecido, teria um direito legal à parte dos bens deixados pelo cônjuge falecido, que passariam a integrar a sua massa patrimonial, passível de ser transmitida, por sua vez, aos seus herdeiros. Já se fosse o cônjuge não renunciante a pré-falecer, o outro cônjuge, pelo facto de ter renunciado, não seria investido na posição de sucessível legitimário do autor da herança e, por isso, não teria direito aos bens que integrassem a herança do cônjuge falecido. Ora, a ocorrência de um facto natural – a morte – pode desencadear situações atentatórias do princípio da equidade patrimonial sucessória entre os cônjuges, dependendo do cônjuge que faleça em primeiro lugar. Nesta sede, a propósito da proibição do enriquecimento injustificado entre cônjuges, cremos ser ainda defensável que a proibição em causa pode ser entendida *latu sensu*, de modo a englobar não só o enriquecimento injustificado assente nas ações dos sujeitos, como também o enriquecimento injustificado decorrente de um qualquer outro facto, designadamente de factos naturais, como é o caso da morte a que aludimos. Nesta última

<sup>7</sup> MENEZES LEITÃO (2017, pp. 23 a 26).

<sup>8</sup> RITA LOBO XAVIER que defende que um fundamento para sustentar o princípio da imutabilidade dos regimes de bens e das convenções antenupciais é o de evitar a alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges, como meio de impedir o enriquecimento de um deles à custa do outro, v. RITA LOBO XAVIER (2020, p. 110).

aceção, será natural que o legislador atue de forma preventiva de modo a evitar um possível resultado de enriquecimento injustificado. O fundamento lato desta proibição do enriquecimento injustificado entre cônjuges, que defendemos, visa, pois, acautelar a produção de um resultado que na sua essência se equipara, apesar de ter causas diferentes: uma assente na manifestação da vontade dos sujeitos e outra decorrente de factos naturais<sup>9</sup>.

Por outro lado, pode ainda referir-se que defender a renúncia unilateral em desfavor da solução legal acolhida da necessidade da renúncia recíproca poderia enfraquecer de modo desproporcional a liberdade de cada cônjuge de dispor dos seus bens por morte. Assinale-se que o facto de o cônjuge renunciante não integrar o elenco de sucessíveis legitimários do outro cônjuge repercute-se no montante da quota-parte que corresponde à legítima da herança do autor da sucessão. Na verdade, não havendo cônjuge herdeiro legitimário, a porção de bens de que o autor da herança não pode dispor altera-se. Veja-se o caso de, afastando-se o cônjuge e havendo só ascendentes, a legítima da herança passar a ser de dois terços a metade da herança, nos termos do artigo 2161.º, n.º 2, do CC. Ou, pense-se no caso de com o afastamento do cônjuge, haver só um descendente, situação em que a legítima passará a ser metade e não de dois terços da herança, tal como determina o artigo 2159.º, n.º 2, do CC. Ou, por último, atente-se na situação de não havendo cônjuge, por ter sido afastado, e o autor da herança não deixar nem descendentes ou ascendentes vivos, situação em que todos os bens que integram a massa patrimonial a transmitir por morte podem ser objeto de disposição válida e eficaz pelo autor da herança, uma vez que, neste caso, não ficará destinada legalmente qualquer quota-parte a herdeiros legitimários.

Daqui se pode concluir que a renúncia do cônjuge à condição de herdeiro legitimário, interfere diretamente na porção de bens de que o autor da herança pode dispor, pelo facto de a quota-parte destinada à legítima ou quota indisponível da herança do autor da sucessão variar

---

<sup>9</sup> Note-se que, apesar de a morte ser o facto natural que determina o enriquecimento injustificado entre os cônjuges, a montante deste facto natural o que origina este enriquecimento, se tal fosse legalmente possível, é sempre a declaração de vontade manifestada na convenção antenupcial de renúncia unilateral à condição de herdeiro legitimário.

em função da presença ou não do cônjuge no elenco dos herdeiros legítimos. Vale isto por dizer que a renúncia do cônjuge à condição de herdeiro legítimo e a consequente repercussão na determinação das quotas-partes da herança destinadas à sucessão legal (legitimária ou legítima), nos termos expostos, interfere no espaço vedado à atuação do autor da sucessão, no exercício da autonomia da sua vontade. Com efeito, quanto maior for a quota indisponível da herança, maior será a restrição ao direito de propriedade privada do autor da herança na disposição *mortis causa* dos seus bens e, conseqüentemente, menor o campo de atuação, por excelência, da autonomia privada.

Dito isto, não nos parece que o princípio da equidade e igualdade no domínio das relações patrimoniais conjugais sucessórias, estivesse cumprido – no que à autonomia da vontade dos cônjuges respeita – se fosse legalmente admissível a renúncia unilateral de um dos cônjuges à condição de herdeiro legítimo do outro. Tal ponto de vista conduziria a uma desigualdade entre os cônjuges no direito de cada um de livremente dispor dos bens por morte: a renúncia unilateral do cônjuge renunciante determinaria a abertura do campo de atuação da autonomia privada do outro cônjuge quanto à disposição dos bens por morte, enquanto a não renúncia do outro cônjuge determinaria a restrição do referido campo de atuação da autonomia privada do cônjuge renunciante.

Chegados aqui e considerando o exposto, defendemos que só com a renúncia *recíproca* à condição de herdeiro legítimo se cumpre a função de solidariedade recíproca do patrimônio conjugal, em prol do bem comum e se previne a existência de vantagens unilaterais. Acresce ainda, em favor da necessidade da reciprocidade da renúncia, que este é o modo mais justo de se respeitar e promover o princípio, de consagração constitucional, da igualdade entre cônjuges.

2. Um outro problema pode ainda ser discutido no contexto dos novos pactos renunciativos, introduzidos pela Lei n.º 48/2028, o qual se reconduz a saber qual o âmbito de abrangência da renúncia recíproca entre os cônjuges. Repare-se que os nubentes, de acordo com o artigo 1700.º, n.º 1, al. c), do CC, podem renunciar à qualidade de herdeiro legítimo, não se fazendo qualquer referência à sucessão testamentária ou sucessão legítima. Vale por dizer que continua a poder fazer-se

testamento a favor do cônjuge e este continua a ser herdeiro legítimo, isto é, herdeiro da quota disponível da herança do autor da sucessão.

Mais uma vez aqui, verifica-se uma diferença entre o que veio a ser consagrado na lei e o que estava previsto no Projeto Legislativo, onde se fazia referência à renúncia à condição de herdeiro legal o que englobaria quer a sucessão legitimária, quer a sucessão legítima, entendimento que não foi acolhido na redação final do diploma.

Não obstante o texto legal refletir que a renúncia se refere apenas à condição de herdeiro legitimário, tem-se levantado a questão de saber se o intérprete e aplicador do Direito se deverá pautar apenas pelo elemento literal da lei e considerar que a renúncia em causa é apenas à condição de herdeiro legitimário ou se, pelo contrário, deverá ser considerado, à semelhança do que decorria do projeto legislativo de base, que a renúncia afeta a posição de herdeiro legal e, conseqüentemente, abrange tanto a qualidade de herdeiro legitimário, como a qualidade de herdeiro legítimo do cônjuge.

A doutrina não se apresenta uniforme na solução deste problema<sup>10</sup>.

É nosso entendimento, como melhor explicaremos adiante, que a renúncia se restringe à qualidade de herdeiro legitimário, baseando a nossa posição não só no elemento literal de interpretação da lei, mas também fundamentando no cumprimento de um dos objetivos da Lei n.º 48/2018: o reforço do princípio da autonomia privada e a valorização da expressão da vontade dos futuros cônjuges e dos cônjuges na designação/exclusão do cônjuge do elenco dos possíveis herdeiros<sup>11</sup>.

### *1.1.2. Manifestação de vontades em convenção antenupcial*

Nos termos do artigo 1700.º, n.º 1, al. c), do CC, os nubentes podem exercer a faculdade de renunciarem reciprocamente à qualidade de herdeiro legitimário em sede de convenção antenupcial. Em consonância com o previsto para os pactos sucessórios já legalmente admitidos, pode

---

<sup>10</sup> No sentido de que a renúncia respeita à condição de herdeiro legitimário, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO (2018, p. 442) e DANIEL MORAIS (2019, p. 145), RITA LOBO XAVIER (2023, pp. 268 e 269). No sentido de que a renúncia abrange toda a sucessão legal (legítima e legitimária), cfr. MENEZES LEITÃO (2021, p. 283). Questionando o problema da abrangência da renúncia, cfr. LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS (2021, p. 41).

<sup>11</sup> V. *infra*, p. xx.

constatar-se que o novo pacto sucessório afigura-se como um contrato acessório ao casamento, fundamentado na ideia de *favor matrimonii*.

A manifestação das duas declarações de vontade dos nubentes no novo pacto renunciativo e sob a forma da convenção antenupcial importa várias consequências que passaremos a considerar.

No que à forma e publicidade diz respeito, o novo pacto renunciativo deve constar de convenção celebrada por escritura pública lavrada perante notário – artigos 35.º e ss. do C.Not – ou declaração prestada perante funcionário do Registo Civil, nos termos do artigo 1710.º do CC, sujeito aos requisitos de publicidade do artigo 1711.º do CC. Uma vez celebrado o pacto renunciativo, este deve ser sujeito a registo, sob pena de serem ineficazes perante terceiros<sup>12</sup>.

A pré-nupcialidade imperativa da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário é outra decorrência da manifestação das vontades dos nubentes sob a forma de convenção antenupcial. A pré-nupcialidade das convenções antenupciais decorre da conjugação dos artigos 1712.º e 1714.º do CC, nos termos dos quais os nubentes só podem celebrar convenções antenupciais antes do casamento, sendo estas livremente revogáveis ou modificáveis até à celebração do casamento. A par do princípio da pré-nupcialidade, encontra-se o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais o qual determina que as convenções se tornam imutáveis com a celebração do casamento.

Do exposto resulta, no que respeita ao objeto do presente estudo, que os nubentes apenas podem renunciar reciprocamente à qualidade de herdeiros legitimários até à celebração do casamento, não podendo modificar a vontade manifestada quanto à posição sucessória de herdeiro legitimário do cônjuge, na convenção antenupcial exigida para o

---

<sup>12</sup> A regra da atendibilidade dos factos sujeitos a registo civil obrigatório, prevista no art. 2.º do CRC, determina que os factos sujeitos a registo obrigatório só podem ser invocados depois de registados, mas o registo não é constitutivo, uma vez que os factos existem *de per se*. Apenas a produção dos respetivos efeitos está dependente do registo. O registo é meramente declarativo. Este princípio da regra da ininvocabilidade dos factos sujeitos a registo, enquanto não registados, conhece exceções, designadamente a relativa ao casamento (civil ou católico) anterior não dissolvido que não constituí impedimento dirimente absoluto, mesmo que não se encontre registado – art. 1601.º, al. c), do CC e a exceção dos efeitos da convenção antenupcial por produzirem efeitos entre os cônjuges mesmo antes do registo e só produzem efeitos em relação a terceiros após o respetivo registo. – art. 1711.º do CC.

efeito, em momento posterior ao casamento. À semelhança das críticas que a doutrina vem apontando ao princípio da imutabilidade dos regimes de bens que, em suma, se centram no facto de os cônjuges não poderem adaptar os efeitos patrimoniais do casamento à variabilidade que a relação conjugal possa a vir a padecer uma vez constituída, também nos parece que tal argumentação crítica deve ser estendida ao âmbito deste novo pacto sucessório renunciativo. Veja-se que, uma vez celebrado o casamento e na sua constância, os cônjuges poderão alterar a perceção da importância atribuída, em certo momento, ao elenco dos herdeiros legitimários; os cônjuges poderão querer reverter a situação resultante da vontade que expressaram antes do casamento, de modo a que o outro cônjuge reassuma a sua posição de herdeiro legitimário, por ex., por ser quem lhes está a prestar assistência ou quem lhes dedica maior cuidado e atenção. Independentemente dos motivos que fundamentem a alteração da posição do cônjuge, a verdade, porém, é que lhe está legalmente vedado proceder a essa alteração de vontade, em face dos limites decorrentes do princípio da imutabilidade a que vimos fazendo referência.

Seguindo este raciocínio e perante a enunciada limitação da autonomia privada dos cônjuges, justifica-se, assim nos parece, por ex., o recuo expresso na Lei n.º 48/2018 relativamente ao Projeto Legislativo, no que ao âmbito da renúncia respeita. Recorde-se que o Projeto Legislativo fazia referência à renúncia à condição de herdeiro legal, o que englobaria quer a sucessão legitimária quer a sucessão legítima, entendimento que não foi acolhido na redação final do diploma. Se considerarmos que a expressão da vontade de renunciar reciprocamente à condição de herdeiro legitimário se torna imutável com a celebração do casamento, tal representa que, a partir desse momento, é vedado ao autor da herança adequar a sua vontade a possíveis variações que esta venha a sofrer na decorrência do natural desenrolar da vida familiar. Por conseguinte, se a renúncia, alvo do nosso estudo, abrangesse a qualidade de herdeiro legítimo e legitimário, o princípio da autonomia da vontade ficaria muito mais restringido, na medida em que a vontade do autor da herança conheceria os limites legais impostos pelo princípio da imutabilidade das convenções e por isso, o autor da herança ficaria refém de uma vontade expressa antes do casamento relativa à globalidade da sua sucessão legal. Em contrapartida, defendendo-se que a renúncia respeita apenas à condição de herdeiro legitimário, tal permite ao autor

da herança ajustar a expressão da sua vontade às respetivas transformações, no que respeita à sucessão legítima. Assim, julgamos ajustado este entendimento, na medida em que, mantendo o cônjuge a qualidade de herdeiro legítimo e, por esse motivo, assumindo-se como sucessível na quota-parte disponível da herança, tem a possibilidade de, desse modo, ser «compensado» pelo cuidado e atenção que tenha dedicado ao autor da herança. Por outro lado, se a vontade do autor da herança for, ainda assim, no sentido de excluir o cônjuge de toda a sucessão legal, pode sempre dispor da quota disponível da sua herança a favor de outros, com a possibilidade ainda de, a todo o tempo e até à sua morte, reverter tal disposição, ajustando a disposição à sua vontade em cada momento. Ou seja, entendemos que a Lei n.º 48/2018, afastando-se do Projeto Legislativo, e restringindo o âmbito da renúncia do cônjuge à sucessão legítima, mais não fez do que cumprir um dos seus objetivos: o de promover a autonomia privada dos nubentes e cônjuges.

## 2. A autonomia privada dos nubentes no novo pacto sucessório

### 2.1. A autonomia da vontade dos nubentes à luz da Lei Fundamental

A sucessão legal é um dos tipos de sucessão *mortis causa* cuja fonte de vocação sucessória é deferida por lei supletiva (sucessão legítima) ou por lei imperativa (sucessão legitimária)<sup>13</sup>.

A possibilidade conferida aos nubentes de renunciarem à condição de herdeiro legitimário vem incrementar a autonomia privada num campo tradicionalmente vedado à expressão da vontade do autor da herança<sup>14</sup>. Importa referir que a sucessão legitimária não pode ser afastada por vontade do seu autor, por ser forçosamente determinada pela lei, entendida em sentido lato (abrangendo os preceitos constitu-

<sup>13</sup> Para além da sucessão legal, o artigo 2026.º do CC, sob a epígrafe «Títulos de vocação sucessória», enumera também a sucessão deferida por testamento e por contrato. As modalidades de sucessão legal estão previstas no art. 2027.º do CC. Sobre a sucessão legal (legítima e legitimária) cfr., entre outros, CARVALHO FERNANDES (2004, pp. 341 e ss. e pp. 371 e ss.), CRISTINA ARAÚJO DIAS (2016, pp. 189 e ss. e pp. 197 e ss.), OLIVEIRA ASCENÇÃO (1989, pp. 338 e ss. e pp. 363 e ss.) e PEREIRA COELHO (1992, pp. 299 e ss. e pp. 313 e ss.).

<sup>14</sup> O princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos artigos 13.º, 27.º, 62.º, n.º 2, 53.º, n.º 3, e 85.º, n.º 1 e expressamente no art. 26.º da CRP.

cionais e as leis ordinárias). A restrição à autonomia privada no âmbito do direito sucessório, em geral, e na sucessão legítima, em particular, fundamenta-se na proteção dos interesses dos herdeiros legítimos: cônjuge, descendentes e ascendentes.

A possibilidade de, agora, os futuros cônjuges poderem expressar a sua vontade na designação/exclusão do cônjuge do elenco dos herdeiros legítimos, faz emergir o problema de saber se a nova solução apresentada pela Lei n.º 48/2018 (lei ordinária) colide com os preceitos constitucionais com relevância em matéria sucessória.

No plano constitucional há que ter em conta que a Lei Fundamental não contempla os valores subjacentes à transmissão por morte ou os herdeiros que devam ser considerados na sucessão legal. Significa isto que existe margem de liberdade para, em sede de legislação ordinária, se poder coadunar o direito sucessório às necessidades de uma sociedade em evolução.

A proteção constitucional a considerar no plano do presente estudo é a que decorre do artigo 62.º, n.º 1, nos termos do qual se garante a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte. Isto é, a Lei Fundamental não indica o elenco de herdeiros, não define as quotas-partes excluídas da autonomia privada do autor da herança, nem estipula de que modo deve ocorrer a transmissão por morte dos bens que compõem qualquer herança. O que se garante é o direito à propriedade privada e à sua transmissão *inter vivos* e *mortis causa*, enquanto direito fundamental, ainda que não sejam, naturalmente, irrestritos<sup>15</sup>. Com efeito, a liberdade de transmissão da propriedade reclama a liberdade contratual e testamentária. Todavia, estas poderão ser limitadas por via legal.

A transmissão *mortis causa* conhece os limites legais decorrentes da sucessão legítima. Procura-se, por meio da reserva legítima, acautelar os interesses dos herdeiros legítimos, fundamentando-se no cuidado da proteção da família, como elemento fundamental da sociedade, e na prossecução do princípio da solidariedade familiar.

---

<sup>15</sup> V. anotação ao art. 62.º da CRP por J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, ponto IX, p. 804) e por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (p. 902).

Tem sido discutido pela doutrina se a reserva legitimária, tal como está concebida entre nós, não carece de ser repensada<sup>16</sup>, debatendo-se se a mesma não precisa de ser renovada por forma a adequá-la, proporcionalmente, aos valores constitucionais da solidariedade entre os membros da família, tendo em conta as alterações das realidades familiares e o (não) cumprimento dos deveres a que os membros das famílias se encontram vinculados<sup>17</sup>.

Com efeito, há que atender a que a presunção de que o cônjuge é a pessoa que, dentro do núcleo familiar, se encontra em ligação mais estreita com o autor da herança poderá não ser a mais assertiva nas situações de crises conjugais; a proteção dos interesses dos descendentes e dos ascendentes, sem mais, poderá não ser a conclusão mais exata se, no desenvolvimento da vida familiar, não se respeitar o princípio da solidariedade familiar, dentro dos limites das necessidades e possibilidades de cada elemento, ou se se descurar o princípio da reciprocidade, que se funda e pressupõe relações respeitosas e urbanas entre ascendentes e descendentes e vice versa.

Numa primeira aproximação poder-se-á entender que a possibilidade de os nubentes poderem renunciar à condição de herdeiro legítimo do outro, estará, de algum modo, a pôr em causa os limites que fundamentam a defesa legal da reserva legitimária e, por conseguinte, o princípio da intangibilidade da legítima, uma vez que pelas declarações de vontade o outro cônjuge é afastado da sucessão legitimária. A ser assim, estar-se-ia a contrariar a conceção da sucessão legitimária em que assenta o direito sucessório português<sup>18</sup>.

Não nos parece, contudo, que este receio se justifique. Com efeito, o facto de o cônjuge ser afastado da sucessão legitimária do autor da herança, não exclui o cônjuge do elenco dos herdeiros legítimos definidos por lei e, por isso, a proteção atribuída ao cônjuge pela reforma de

---

<sup>16</sup> RITA LOBO XAVIER (2016, p. 356) e (2017).

<sup>17</sup> Pode haver herdeiros legítimos que não tenham cumprido com os deveres de cooperação, com o dever de assistência à família em relação ao autor da herança e este, mesmo querendo compensar ou penalizar os herdeiros pela dedicação e assistência – ou ausência destas – encontra-se impedido de o fazer para além da quota da sua herança de que pode dispor.

<sup>18</sup> Desde logo pela relevância atribuída ao cônjuge, pela reforma de 1977 do Código Civil de 1966, da qualidade de herdeiro legítimo. Sobre a evolução do estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente, v. ANA CRISTINA FERREIRA DE SOUSA LEAL (2004, pp. 107 e ss.).

1977 continua a cumprir-se. Mais, o afastamento do cônjuge não altera, objetivamente, a quota-parte que a lei entendeu destinada aos herdeiros legitimários e, por isso, arredada da livre conformação à vontade do autor da herança. A quota-parte definida pela lei ordinária e a correspondente quota indisponível da herança continua igual, apenas se alterando a sua distribuição pelo facto de, com a exclusão do cônjuge, passar a ser fracionada por menos herdeiros legitimários.

Em suma, cremos que o novo pacto renunciativo não acarretou qualquer alteração de conceitos, seja o da sucessão legitimária, seja o de herdeiros legitimários e que a diferente definição dos sujeitos e das quotas-partes pelas quais a propriedade é transmitida não põe em causa o princípio constitucional da transmissão da propriedade por morte; isto é, a coluna vertebral da sucessão legitimária mantêm-se. Trata-se de uma lei arrojada, disso não temos dúvidas, mas não vamos tão longe como PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS que defendem que se trata de uma lei que é feita ao arrepio de princípios estruturantes da reforma de 1977, «tornando a lógica global do sistema sucessório verdadeiramente impercetível», ideia que, pelo que acima expusemos, não acompanhamos<sup>19</sup>.

## ***2.2. A autonomia da vontade dos nubentes e a exigência do regime matrimonial da separação de bens***

A Lei n.º 48/2018 estipulou que a renúncia recíproca da qualidade de herdeiros legitimários apenas é admitida se o projetado casamento estiver subordinado ao regime matrimonial da separação de bens, independentemente desse regime resultar de vontade expressa dos nubentes (convencional) ou decorrente de disposição legal (imperativo)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS (2018, p. 558).

<sup>20</sup> No Projeto de Lei 781/XIII constava que esta estipulação «apenas é admitida caso o regime de bens seja o da separação», sendo que do diploma aprovado passou a constar «apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação». V. artigo 1720.º do CC. Sendo aplicável o regime imperativo da separação de bens, a forma da convenção antenupcial continua a ser a forma exigida para acolher o acordo dos nubentes quanto à renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, cfr. Parecer do Conselho Consultivo do IRN, IP, P. C.C. 84/2018 STJSR-CC.

Esta opção legislativa pela imposição do regime matrimonial da separação de bens é suscetível de críticas. Como vimos, pode concluir-se que o princípio da autonomia privada sai reforçado pelo facto de os futuros cônjuges poderem expressar a sua real vontade, na designação/exclusão dos futuros herdeiros legitimários que serão chamados à vocação sucessória no momento da sua morte. Os futuros cônjuges podem, agora, de forma lícita, fazer com que a sua vontade prevaleça nesta matéria. Mas o reforço pretendido da autonomia privada não exigiria que fosse necessariamente adotado o regime matrimonial da separação. Com efeito, independentemente do regime matrimonial, e se o objetivo fosse unicamente dar primazia ao princípio da autonomia privada, tal objetivo era conseguido em qualquer um dos restantes regimes: no da comunhão de adquiridos e no da comunhão geral<sup>21</sup>. Recordemos que os regimes matrimoniais não interferem na sucessão legitimária. No que ao fenómeno sucessório respeita, os diferentes regimes matrimoniais possíveis apenas distam pela existência ou não da meação nos bens comuns do casal, a existirem, não se repercutindo nem nos herdeiros designados, nem na legítima que lhes corresponde.

A solução consagrada na lei, impondo a exigência do regime matrimonial da separação de bens, faz-nos crer que se procurou a congruência entre a disposição dos bens do casal na vigência do casamento – onde cada cônjuge é titular autonomamente de cada bem que lhe pertence em propriedade plena – e a disposição por morte dos bens dos cônjuges. Isto é, se os nubentes não pretendem que o futuro cônjuge assuma a posição de herdeiro legitimário e, por isso, o excluem da sucessão legitimária, também, na perspetiva da lei objeto do presente estudo, não será coerente que, em vida e na constância do casamento, os cônjuges sejam titulares, em comunhão, de bens que compõem o seu acervo patrimonial. Nesta ordem de ideias, o regime de bens que os cônjuges escolheram para organizar os seus bens em vida – regime da separação de bens – parece legitimar a intenção de o legislador oferecer mecanismos jurídicos aos cônjuges por forma a os habilitar a manter, *mortis causa*, a vontade que haviam manifestado em vida. Renunciando à condição de herdeiro legitimário, reciprocamente, tal faz perdurar no tempo efeitos de

---

<sup>21</sup> Sobre regimes matrimoniais de bens cfr., entre outros, ANTUNES VARELA (1999, pp. 423 e ss.).

distanciamento patrimonial que os nubentes pretenderam e escolheram para a sua organização do respetivo acervo de bens, para além do casamento. Esta era, aliás, uma preocupação que os nubentes manifestavam e que os dissuadia de contrair novas núpcias. Parece-nos, pois, que a lei pretendeu aqui alcançar uma coerência entre o regime de disposição dos bens existentes em vida e em morte.

### 3. A solidariedade familiar no direito sucessório português

Pode identificar-se no direito sucessório português duas realizações do princípio da solidariedade familiar. A primeira, na previsão da proteção da família como instituição, assegurando-se a permanência do património existente nessa esfera íntima e seletiva, evitando-se a sua dissipação para terceiros. É o que se pretende com a sucessão legitimária, com a indicação de quotas que cabem a cada um dos herdeiros, também eles elencados, sem que o *de cuius* a possa alterar ou conformar. No quadro da sucessão legitimária a primazia da família nuclear encontra-se bem patente. São herdeiros legitimários, o cônjuge, os ascendentes e os descendentes, ideia inspirada no direito germânico com o duplo propósito de, por um lado, perseguir a valorização e defesa da família e a sua natural existência no seio da vida social como instituição e, por outro, assegurar a permanência do património existente nessa esfera, evitando-se a sua dissipação por outros sujeitos. A sensibilidade atual da matéria da solidariedade familiar decorre das dinâmicas assumidas, hoje, nas relações familiares e conjugais. O peso tradicionalista da família nuclear e inalterável tem vindo a decair, bem como, recuando um pouco mais, a influência da família alargada no peso das tomadas de decisões de cada um dos seus elementos. A «nova família» resultante do aumento de novas núpcias, acompanhada de descendentes de diferentes origens pode dificultar a transferência da pretendida propriedade familiar, quer pelo aumento do número de herdeiros legitimários, quer pelas diferentes quotas-partes que possam surgir.

A própria natureza da propriedade familiar a transmitir também se encontra em evolução. Já não predominam as grandes fortunas, motor da economia familiar de várias gerações, cuja transmissão em bloco era desejada. Hoje, a propriedade é sobretudo constituída pelo que as pessoas foram construindo pelo desenvolvimento da sua atividade

profissional e para satisfação das suas necessidades e/ou desejos pessoais. A propriedade é, assim, fruto da solidariedade patrimonial conjugal e, só marginalmente, decorrente do fenómeno sucessório com origem em gerações anteriores.

A segunda realização da solidariedade familiar afirma-se na proteção da transferência do património familiar por morte. A sucessão por morte é uma consequência inevitável da propriedade privada e a Constituição da República Portuguesa acautela, no artigo 62.º, o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte. Refira-se que o princípio fundamental é o da transmissão da propriedade por morte e não a forma, as quotas-partes ou os sujeitos pelos quais a propriedade privada deve ser distribuída no fenómeno sucessório, como já referimos<sup>22</sup>.

A possibilidade de afastar o cônjuge da condição de herdeiro legítimo, aparentemente, pode retirar força à ideia de solidariedade sucessória conjugal, tanto que, efetivamente, com este pacto renunciativo, o cônjuge deixará de ser herdeiro legítimo. Veremos, de seguida, se assim o é, efetivamente.

### ***3.1. Entre a solidariedade patrimonial conjugal e intergeracional no novo pacto renunciativo***

Neste quadro de exclusão do futuro cônjuge da sucessão legítima, importa verificar se a solidariedade conjugal se encontra excluída *tout court* do novo pacto renunciativo.

A nova estruturação da sucessão legítima, sequente à renúncia recíproca dos nubentes, repercute-se na distribuição da quota indisponível da herança: a quota-parte que estaria destinada ao cônjuge reverte, agora, para os restantes herdeiros legítimos. Assim, os ascendentes e descendentes, no caso de existirem, veem aumentadas as respetivas posições sucessórias. Note-se que a referência à possibilidade de não haver ascendentes e descendentes, não é descabida. Numa altura em que a esperança de vida vai aumentando pode ocorrer mais facilmente que os ascendentes já sejam pré-falecidos no momento da abertura da sucessão; por outro lado, apesar de o projeto que antecedeu a Lei n.º

---

<sup>22</sup> Cfr. *supra*, p. xx.

48/2018 ter como objetivo principal favorecer o casamento de pessoas que tinham filhos anteriores, a verdade é que a redação final da lei contemplou a possibilidade de os nubentes renunciarem à condição de herdeiro legítimo, independentemente de terem ou não filhos anteriores.

Com o reforço na sucessão legítima das posições sucessórias dos ascendentes e descendentes, pode alcançar-se, com facilidade, a ideia de fortalecimento da solidariedade intergeracional. Na continuidade da linha estruturante de solidariedade familiar do direito sucessório doméstico, a transmissão do património opera-se entre gerações, pelo que se pode concluir, com segurança, que a permanência do património no contexto restrito familiar se encontra asseverado. E, nesta medida, pode afirmar-se que a solidariedade patrimonial intergeracional está patente no novo pacto renunciativo.

Relativamente à solidariedade patrimonial entre cônjuges é necessário prestar atenção se a exclusão do cônjuge da sucessão legítima se desvia totalmente da ideia de solidariedade sucessória conjugal. Não se pode negar que o afastamento da posição do cônjuge do elenco dos herdeiros legítimos inculca na ideia da separação de patrimónios na transmissão *mortis causa*. Todavia, a questão está em saber se este reforço da autonomia privada dos nubentes na disposição da sua herança foi ou não acompanhado de mecanismos tutelares da solidariedade patrimonial conjugal, dentro do espírito do sistema sucessório.

Vejamos:

Em primeiro lugar, prevê-se a possibilidade da renúncia recíproca ficar sujeita à condição de sobreviverem herdeiros de qualquer classe: descendentes, ascendentes ou até outras. Apesar de poder ser residual, na sujeição da verificação de uma condição, é manifesto que a solidariedade para com o cônjuge existe: se a opção for a de subordinação a esta condição, na hipótese da sua não verificação, o cônjuge mantém a sua condição de herdeiro legítimo.

O mesmo se pode defender com a possibilidade de se estipular a não inoficiosidade das liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à condição de herdeiro legítimo, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse, regime que obriga a um exercício de uma ficção matemática para cálculo da suposta legítima do cônjuge renunciante para determinar o limite da inoficiosidade da liberalidade.

Também não pode ser esquecido que, contrariamente ao que estava previsto no Projeto que antecedeu a Lei n.º 48/2019, a renúncia apenas respeita à qualidade de herdeiro legitimário, mantendo-se todas as regras relativas à sucessão legítima, onde o cônjuge figura no elenco dos sucessíveis, podendo através dela manifestar-se – ainda que de uma forma mais contida – a solidariedade conjugal. Poder-se-á sempre argumentar que a sustentação desta solidariedade conjugal é falaciosa, em sede de sucessão legítima, porque, querendo, o outro cônjuge pode dispor dela de uma forma livre, testando como bem entender, inclusive afastando, também aí, o cônjuge, em favor de outra pessoa que bem entenda. Se é certo o que se afirma, fruto do respeito da vontade do testador e da sua autonomia privada, não é menos certo que, em termos de sistema sucessório esta solidariedade existe pelo não afastamento legal da qualidade do cônjuge como herdeiro legítimo. Isto é, o sistema sucessório manteve na essência a solidariedade conjugal na sucessão legítima, competindo ao autor da herança, agora, beneficiar ou não dessa possibilidade que a lei lhe facultou.

Creemos, ainda, que a solidariedade conjugal cabe, igualmente, num conjunto de outras normas que não constituindo uma efetiva solidariedade patrimonial, se podem considerar antes uma solidariedade conjugal de direitos, sejam de créditos (constituição de um direito a favor do cônjuge sobrevivente de exigir alimentos da herança do falecido), sejam direitos reais (o cônjuge sobrevivente pode permanecer, pelo prazo de cinco anos – prorrogável –, na casa de morada de família, como titular de um direito real de habitação e um direito do uso do recheio) e ainda na solidariedade que se encontra no facto de o cônjuge sobrevivente ter o direito a permanecer no imóvel a título de arrendatário<sup>23</sup>. Ainda neste quadro de solidariedade, constitui-se igualmente um direito de preferência em caso de alienação do imóvel (casa de morada de família), durante o tempo em que o cônjuge renunciante o habitar, a qualquer título, denotando-se aqui a preocupação com a posição do cônjuge renunciante, fruto desta nova forma de solidariedade conjugal de direitos.

---

<sup>23</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO defende que o direito real de habitação deverá existir seja a casa morada de família propriedade de *de cuius*, seja em compropriedade entre o *de cuius* e o cônjuge sobrevivente. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO (2018, p. 9).

## Conclusão

Importa, agora, retirar as conclusões do presente estudo e determinar qual o impacto que a Lei n.º 48/2018 e o novo pacto sucessório renunciativo terão no futuro do Direito das Sucessões em Portugal.

A primeira nota ou conclusão é a de que esta é, inquestionavelmente, uma lei inovadora e arrojada, mas que – também isso se tem por claro – não vai contra o espírito e estruturação do nosso sistema. Por um lado, alteraram-se os sujeitos e as quotas-partes pelas quais a propriedade é transmitida, mas continuou a respeitar-se o princípio constitucional da transmissão da propriedade por morte. Por outro lado, não houve qualquer alteração nos conceitos da sucessão legitimária ou de herdeiros legitimários. Dito de outro modo, a coluna vertebral da sucessão legitimária manteve-se.

Em segundo lugar, a Lei n.º 48/2018 aumentou o leque de pactos sucessórios legalmente possíveis. Recorde-se que o direito sucessório português já previa os pactos sucessórios, mas apenas quando fossem admitidos por lei, designadamente os que fossem lavrados em sede de convenção antenupcial, em favor do casamento. Ou seja, a lei nunca vedou a possibilidade de existirem pactos sucessórios; apenas vedava a possibilidade de existirem pactos não previstos na lei. Ao prever-se agora o pacto sucessório renunciativo nada de novo se assinala na estruturação do nosso sistema. Com efeito, apenas se alargou o leque dos pactos sucessórios admitidos, sendo que o novo pacto renunciativo tem igualmente subjacente o propósito *favor matrimonii* dos pactos sucessórios já anteriormente admitidos.

No que respeita à solidariedade patrimonial entre os cônjuges, apesar de atenuada, manteve-se agora assente em outras figuras jurídicas. Compensatoriamente, a renúncia recíproca dos nubentes à qualidade de herdeiro legitimário, teve como consequência o reforço das posições sucessórias dos ascendentes e descendentes na sucessão legitimária, fortalecendo, por isso, a ideia de solidariedade intergeracional.

Por último, e essa é a grande novidade do regime, é agora permitida a conformação do elenco dos herdeiros legitimários por vontade do autor da herança, o que tem como consequência o fortalecimento/reforço do princípio da autonomia privada no direito sucessório português.

## Referências

- ASCENÇÃO, José de Oliveira. (1989). *Direito Civil Sucessões*, 4.<sup>a</sup> edição, revista. Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.<sup>a</sup> edição revista. Coimbra Editora.
- COELHO, F.M. Pereira. (1992). *Direito das Sucessões*, Lições ao curso 1973-1974, policopiado. Coimbra.
- COELHO, Cristina Pimenta. (2020). «Anotação ao artigo 2026.º», in *Código Civil Anotado*, Ana Prata (coord.). Almedina.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona e SANTOS, Daniel. (2018). «Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», *Revista de Direito Civil*, Ano III.
- DIAS, Cristina Araújo. (2016). *Lições de Direito das Sucessões*, 5.<sup>a</sup> edição. Almedina.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. (2004). *Lições de Direito das Sucessões*, 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quid Iuris, Sociedade Editora.
- LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa. (2004). *A legítima do cônjuge sobrevivente, Estudo comparado Hispano-Português*. Almedina.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. (2017). *Direito das Obrigações*, volume I – *Introdução. Da Constituição das obrigações*, 14.<sup>a</sup> edição. Almedina.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. (xxxx). *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.<sup>a</sup> edição revista. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- OLIVEIRA, Guilherme. «Notas sobre o Projecto de Lei n.º 781/XII», em [www.guilhermeoliveira.pt](http://www.guilhermeoliveira.pt).
- PEDRO, Rute Teixeira. (2018). «Pactos Sucessórios Renunciativos entre os nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1 alínea c) do Código Civil – Análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018 de 14 de agosto», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 79, jan/jun.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva e HENRIQUES, Sofia. (2018). «Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII», *Julgar Online*, maio.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. (1993). *Lições de Direito das Sucessões*, volume I, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora.
- VARELA, Antunes. (1999). *Direito da Família*, 1.º volume, 5.<sup>a</sup> edição. Livraria Petrony, Lda.
- XAVIER, Rita Lobo. (2023). *Manual de Direito das Sucessões*, reimpressão. Almedina.
- XAVIER, Rita Lobo. (2020). *Limites à Autonomia Privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Almedina.
- XAVIER, Rita Lobo. (2016). «Notas para renovação da sucessão legítimária no Direito Português», p. 356, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*. Almedina.

XAVIER, Rita Lobo. (2017). «Para quando a renovação do Direito Sucessório Português?», in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira Sá (coord.). Lisboa: Universidade Católica Editora.

## Outros

Parecer emitido pela Ordem dos Advogados, em 16/04/2018, disponível *online* em <https://portal.oa.pt/media/124636/projecto-de-lei%C2%BA781-xiii-3%C2%AA-ps.pdf>. Parecer do Conselho Consultivo do IRN, IP, P. C.C. 84/2018 STJSR-CC. 25.

# Summary Report

1. This short summary report addresses the interplay between the main themes of the conference: society and the common good, digital inheritance, estate and insurance planning, protection of people and communities, support of people with disabilities. The intersection between these themes is evident in the shared perspectives of the wide range of researchers involved in this volume, in particular, in what regards how the law is adapting and evolving in the face of new assets and trends, and what changes should pave the way for the years ahead.

2. In the opening session, the Mayor of Porto, Rui Moreira, welcomed the International Conference initiative, stressing that it reflects the academic commitment to the production of knowledge and its transfer to society. In particular, Moreira highlighted the economic and social benefits of family businesses, which represent 80% of the Portuguese business sector and generate around 60% of private sector employment. This reality is particularly striking in the North of the country, where family businesses are the basis of the regional economy and its main source of wealth, employment, innovation, and social cohesion. Family businesses are characterised by their closeness to local communities, the social function of private ownership and the promotion of solidarity between generations.

This is why family businesses have been described as “capitalism with a human face”. Indeed, the respect, promotion and development of local communities, social cohesion, solidarity between generations and the protection of the weakest run through the texts of Andrea Fusaro, Naddia Coggiola and Marta Rosas, as well as those of Berta Gonçalves, Blandina Soares and Vitória Andrade e Silva. The link between the structuring of assets at the service of business objectives as part of the

collective interest is explored in depth in both Paulo Pichel's text on the taxation of fiduciary structures and Rita Lobo Xavier's text on family businesses. The parable of the "rich man and Lazarus" (Luke 16:19-26), the starting point for a brief reflection by the Dean, Prof. Manuel Fontaine Campos, on the use of wealth to serve the common good of all and to reduce inequalities, set the tone for the conference. Indeed, the idea of the virtuous use of wealth runs through all the texts.

3. The digital age has given rise to new assets and new ecosystems for the transaction of goods and services, which not only raise new questions about *inter vivos* and *mortis causa* transfers but can also exacerbate vulnerabilities and the emergence of new social exclusion pathways.

These risks are identified by Rui Pinto Duarte, who draws attention to the more frequent and anonymous nature of transactions in the digital world, which challenges the traditional close link between the transfer of property rights and the contract. This is the case with some types of irreversible securities transactions and the resulting obstacles posed by chains of assignment to the ability to pass on the underlying assets. Prof. Pinto Duarte also highlights the risks for the security of economic transactions in increasingly depersonalised societies. Said risks are clearly addressed by Pavel Koukal and Nuno Sousa e Silva and are also implied in the questions raised by Mariusz Zalucki, Cristina Araújo Dias and Daniel Morais when dealing with the new trend of strengthening the autonomy of the author of the succession in inheritance law.

The autonomy of the testator in contemporary societies characterised by cross-border relations is also masterfully dealt with by Prof. Moura Ramos, who, instead of arguing that the protection of "forced heirship rules" should be treated under the *public policy* exception of private international law to avoid the applicability of the foreign law or its consequences, advocates for concrete solutions to protect the vulnerable heirs (for example, to avoid the applicability of the chosen law if it leads to the total exclusion of access to the deceased's property by minor descendants who have no other means of subsistence).

4. Prof. Andrea Fusaro presented the private law instruments contained in Law no. 112 of 2016 entitled "Provisions on assistance for persons with severe disabilities who do not have family support". This

law, known as the “*Legge Dopodinoi*”, addresses the concern of parents regarding the assistance and economic resources for children with disabilities. It aims to enable parents to plan the children’s assistance in case of parent’s demise or incapacity, “promoting the welfare, full social inclusion, and autonomy of persons with disabilities”.

Prof. Fusaro stressed that in recent decades the Italian system has undertaken an effort to refine instruments intended to meet the overall needs of vulnerable individuals. The Author demonstrated the recourse to alternative instruments and measures to overcome the rigidity of the system, such as the trust, the deeds of assignment under Art. 2645-ter of the Italian Civil Code or the fiduciary entrustment contract.

The novelty brought by this law is that it expressly states the aim of facilitating the use of private law instruments in favour of persons suffering from “severe disability”. In order to allow the realisation of a “life programme” capable of satisfying the necessities and needs of a person with a severe disability, tax advantages are recommended for instance for insurance policies, trusts, special funds – consisting of assets subject to a constraint of allocation and governed by fiduciary entrustment contracts – also in favour of not-for-profit organisations operating mainly in the charity sector. Of particular importance is the exemption from inheritance tax and donations for the assets and rights assigned to a trust or allocated to special funds set up in favour of persons with severe disabilities, contingent on certain requirements.

However, the hermeneutical dispute over the attribution of real effects to the fiduciary entrustment contract threatens the efficient achievement of the law’s objectives. This is a tension that comes up throughout the Book – how much does the law need to change and adapt to achieve a virtuous use of wealth?

5. The first part of the Book addresses three of the recent issues on the impact of technological developments, the digital era, estate and autonomy: digital inheritance, wealth and insurance planning, and people and communities’ protection, in particular, for persons with disabilities.

5.1. Prof. Pavel Koukal analyses the new reality of self-contained virtual economies that resemble real-world systems, where players can engage in the purchase virtual goods and currency with real money,

which raises problems on the legal and practical aspects of the inheritance right to online gaming accounts and their associated virtual assets. Prof. Koukal presents the challenges of the problem of inheritance of online gaming accounts and the associated virtual assets on two Central European jurisdictions: the Czech Republic and Austria.

Prof. Koukal has also explored legal cases in the United States and Germany that have addressed the inheritance right to digital assets. By analysing the legal frameworks and contractual agreements offered by major gaming providers, he concludes that the issue requires careful consideration within the context of the evolving digital economy. Both countries (the Czech Republic and Austria), sharing historical and legal similarities, regard the estate of a deceased person as encompassing non-personal rights and obligations, allowing the inheritance of tangible assets. However, certain personal assets, such as reputation, are excluded from inheritance, providing a basis for analysing the right to inherit online gaming accounts.

Under the legal frameworks of both countries, as well as European Union regulations (such as the Rome I, Rome II and Rome IV Regulations), private international law plays an important role in determining the applicable law and jurisdiction in cross-border cases involving gaming accounts, providing guidelines for resolving conflicts of contractual obligations and determining the applicable law. Clauses restricting the transfer or inheritance of accounts are commonly included in the terms and conditions of major gaming operators, raising concerns about their compatibility with consumer protection principles. Prof. Koukal recommends to assess the enforceability of such clauses under Austrian and Czech law, ensuring they do not infringe on consumer protection laws.

5.2. Prof. Sousa e Silva thinks that the lack of clarity around digital inheritance is a matter of concern, as there is not a unified approach, and the discussions seem to oscillate between absolute (personality and property) and relative rights (contracts). In Prof. Sousa e Silva's opinion, the main question is enforceability.

Although the issue is complex, the rules concerning the property aspects of digital inheritance should be informed by a principle of autonomy. At the same time, from a personality perspective, the legal system must safeguard the dignity and the “digital remains” of the deceased, regardless of ownership. Does digital inheritance require a different

approach? In part, Prof. Sousa e Silva says “yes” in relation to deceased data subjects, where he believes an EU intervention is necessary.

5.3. Prof. Nadia Coggiola is concerned with the risks posed to individuals and communities by rapid technological advance. Prof. Coggiola primary concern is on European legislative action in the fields of drones and artificial intelligence. A brief mention is also made on the potential challenges that may arise when individuals with disabilities or minors use new technologies.

Often, these new technological systems are employed to assist and support individuals with disabilities, as well as children and the elderly. These interactions can give rise to unique issues, as lawmakers at both European and national levels typically enact laws to protect the general public, comprising individuals with average mental and physical capabilities. For instance, Prof. Nadia Coggiola notes that the Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence relies on criteria centred on the concept of an “average person,” which may conflict with the actual capacities, whether mental or physical, of certain individuals, such as children, the elderly, and those with disabilities. Since AI or other technological developments are addressed as distinct and separate issues deserving of special legislation, general liability rules may require general definitions and consider “average” victims and tortfeasors, therefore, when there is no willingness to accommodate special cases, the possibility of addressing this issue through the instrument of insurance should be considered.

5.4. In the context of the recent amendment to the Portuguese capacity regime concerning vulnerable adults (Law no. 49/2018, 14<sup>th</sup> August – *regime do maior acompanhado*), Prof. Marta Rosas thinks that there is still a long road ahead in the context of Private Civil Law in order to effectively reach the goal of achieving greater support for persons with disabilities. Prof. Rosas advocates that it is fundamental to develop and reinforce autonomy-based solutions, able to respond to some specific needs that may arise among persons with disabilities and their family members. Private contracts – as a vehicle for wealth and life planning – play an important role in this field. The Portuguese succession law lacks a specific regime of positive discrimination for descendants with disability or some sort of greater economic dependency and the existing contracts and other available legal instruments are not sufficient; none of them seems completely suitable to meet those goals. There is still a long

way for Civil Law towards the implementation of the New York Convention (CDPD) and Prof. Marta Rosas suggests that the legal regulation of a special asset in the benefit of persons with disabilities would be a major step in the Portuguese legal context.

5.5. Prof. Mariusz Zalucki begins by noting that the pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus (which results in the COVID-19 infectious disease) led to a higher-than-usual human mortality rate which had the effect, among other things, of prohibiting the exercise of certain civil liberties, also provided the impetus for rethinking legal and judicial solutions in the area of the law of succession. For example, it soon became clear that the use of traditional instruments of succession law was severely limited, if not impossible. Prof. Zalucki presents the current state of the debate on the statutory solutions concerning the form of a last will and attempt to formulate postulates *de lege ferenda* that will allow the legal solutions to be brought closer towards respecting the last will of the deceased (at the expense of formal requirements).

Prof. Mariusz Zalucki thinks that potential changes to the law of succession should not be made too frequently and that the instruments of the law of succession should be technologically neutral and allow, in principle, in all circumstances, the disposal of property upon death. However, the evolution of succession law must move in the direction of modernisation and flexibility. It is not possible to reconcile the most important value of succession law, which is the will of the deceased, with formalistic compliance with the rules on the expression of that will.

5.6. Prof. Pedro Coutinho analyses the specific paradigm on which the Portuguese Civil Code based its regulation of succession and questions whether it is outdated, proposing a new look into succession law, in light of an updated reading of the right to private property. This vision suggests that an extensive overhaul of Portuguese succession law is necessary in order to not only adapt it to the current sociological reality, but also to align it with the spirit of the Constitution by properly valuing the individual's will, as well as the social function of property.

Consideration of the social function of property is particularly relevant when referring to the transmission of productive goods upon death. The example of the effect of decades of application of the current succession law on the use of agricultural land, previously mentioned, is a clear indication of the negative impact that can occur. Another good example

is the case of family businesses. Through the application of the Portuguese succession law, control of a family business might pass to someone thoroughly unqualified for it or, alternatively become unmanageable. Either option will likely prevent the company from actively fulfilling its role in generating wealth, employment, and well-being, therefore preventing the fulfilment of its social and economic function.

In broad terms, these changes should reinforce the role of the individual's will, by reducing the quota that he/she cannot dispose of or, more radically, eliminate it as a whole and allow for the free disposition of the entirety of his/her property through will and testament or through donations while living. Deviations from these terms should occur only when reducing the scope of the individual's will is strictly necessary to ensure the sustenance of close relatives who are unable (and not unwilling) to provide for themselves.

5.7. Dr. Paulo Pichel focuses on a very important aspect for a country like Portugal and, specifically, for the North of the country, where, as mentioned, the economy is based on family businesses, particularly in the wine sector. He understands that a combined civil and tax law approach to creating or recognising legal arrangements aimed at implementing a sustainable family governance and succession planning strategy could help make Portugal a relevant jurisdiction in the *Private Clients* sector.

Paulo Pichel believes that the recognition of foreign trusts brought certainty to the tax treatment of preexisting fiduciary structures linked to high-net-worth individuals (HNW) aiming to become tax residents in Portugal under the non-habitual residence scheme. This helped change the classically suspicious perception on foreign trusts, which is progressively considered as an alternative relevant succession instrument also by Portuguese families. However, he states that addressing this issue from the tax side alone would not suffice because the fundamental driver for HNW individuals in this context is not tax matters but *family governance* and *succession planning*. Otherwise, insisting on a static approach of succession planning instruments and on the reverse discrimination of income obtained in Portugal will result in the already growing trend of global families based in Portugal to elect foreign legal structures such as trusts to hold the family estate with a pivotal role in family governance and succession planning.

6. The second part of the Book brings together a range of views on the reciprocal influences of substantive Property and Succession Law in close relationship with the contemporaneous accentuation of cross-border relations and the so-called digital societies. It outlines some key elements of this interplay from a Portuguese and European perspective.

6.1. Prof. Moura Ramos discusses whether the application of a foreign law, which does not recognise the rules of forced heirship, may be manifestly incompatible with the public policy of the forum State whose legal system qualifies certain persons as forced heirs (in particular, descendants). As an example of the triptych of inheritance, succession and autonomy, the Author acknowledges that the *ordre public* exception may be invoked in this context, in particular in cases where the deceased has disposed of his/her entire estate in favour of third parties, leaving his/her minor descendants unprotected due to the lack of legal mechanisms to ensure the minor's minimum means of subsistence.

6.2. Recently, the Portuguese legal capacity regime concerning vulnerable adults was amended to introduce the “accompanied adult regime” (*regime do maior acompanhado*). The legal framework adopted aims to favour measures potentially less restrictive of the person's liberty. The new regime embraces the paradigm of universal capacity and abandoned substitution models in favour of support models. Prof. Daniel Morais thinks one of the functions of inheritance law is the protection of people with diminished capacity and he focuses mainly on the situation where persons are unable to make a will. In his opinion, these persons may be represented by their parents in making a will pursuant to articles 2297 to 2300 of the Portuguese Civil Code.

6.3. Prof. Cristina Araújo Dias reflects on the succession protection in today's family and the autonomy and freedom of the author of the succession to decide the fate of his/her assets, questioning whether a legal “forced” succession is justified. Prof. Cristina Dias concludes that the aims of the “reserved portion of the estate” could be achieved with other solutions that are more compatible with private autonomy and the freedom to dispose, also suggesting that contractual succession should be more flexible.

6.4. Judge Ruben Juvandes presents a short overview of the digitalisation of justice and the actual digital resolution of disputes, drawing attention to the recent work of the Portuguese *think tank* for justice

reform. The Author shows that there are two different levels of digital transformation of justice, the first of which concerns only the medium: instead of paper, the computer file, the document becomes essentially electronic, the evidence or the hearing is provided in telematic terms. This is the current state of European justice systems: a mere digitisation of the process. In a second sense, it will be the process of litigation itself and the decision on the dispute that will be influenced or processed digitally. In this second perspective, the very concept of a process, a court or the delivery of a decision could be at stake, starting with the process itself. Judge Juvandes raises some questions about digital Justice and artificial intelligence such as predictive justice and judge profiling, system governance and transparency and AI bias.

6.5. Marital property and inheritance rights often give rise to significant disputes that can be resolved through arbitration and, in some cases, with clear advantages over state jurisdiction, particularly in terms of procedural speed and the expertise of the decision-maker. Prof. André Almeida Martins provides a panoramic and eminently practical view of how the latest technological tools are being used in arbitration and have now become very useful instruments in the development of the arbitration process. The use of technology, in particular in the context of international arbitration, has been around for a long time but the pandemic has accelerated this trend towards the use of innovative technology in the arbitration process. In fact, practice shows that innovative technological means are currently being used, or at least are being considered, in various areas of the arbitration process. Prof. André Martins identifies different contributions, which he divided into three different areas: the preparation of the arbitration process, the holding of hearings and the arbitral award.

6.6. After highlighting the importance of family businesses in Portugal, Prof. Rita Lobo Xavier draws attention to the desirability of preparing solutions for the succession of property reflecting the guidelines legitimised by its governance bodies. The enforcement of the family-owned business succession strategy envisaged and legitimised by the Family's Governance bodies may collide with legal constraints resulting from domestic succession laws, although the Portuguese succession system is shaped by the fundamental right to private property and the freedom to dispose of property (amongst the living or *mortis causa*).

In Portugal, the will is still the paradigmatic legal instrument to govern the estate succession and there is a growing relevance of the testator freedom. However, there are relevant interests that will only be adequately addressed through donations with specific clauses carefully drafted to limit the donees' disposition rights until the donor's death, with legal results similar to the trust from a succession organisation standpoint. Prof. Rita Lobo Xavier argues that there is no obstacle to the conclusion of a donation contract that has been adapted to correspond to the inculturation of the trust, the effects of which she intends to emulate, with parasuccessory purposes in the Portuguese legal reality. Jurists coming from a Civil Law system, such as Portugal's, centred on the question of who is the "legal person" that holds the right of ownership over specific things, how to enter the title of ownership in the respective registers, and when the transfer or gift occurs for tax purposes, may feel uncomfortable when there is a split between the donor/transmitter (who retains the right to dispose of the property), the donee/transmitter (who is in charge of administering the property and passing it on to the final beneficiary, who does not have the right to dispose of it) and the final beneficiary (who will acquire the property as a gift, *inter vivos*, at the end of the transaction). In relations between creditors and debtors, problems can arise as to whether assets "donated subject to the right of disposal" can be executed in relation to the debts of the donor and the donee. But don't similar phenomena and similar problems occur in the trust institute?

7. The third part of the Book was designed with our young researchers in mind, including PhD students, and collects the contributions of some of them after a strict selection of the candidate's works submitted in the "call for papers".

7.1. Joana Ribeiro de Faria discusses whether smart contracts, through which documents containing private keys or the represented assets themselves are automatically transferred in case of death, would be formally valid as wills in European countries. As the majority of the European countries accept holographic wills, and the eIDAS Regulation establishes that a qualified electronic signature is legally equivalent to a handwritten signature, wills can be validly constituted in permissioned ledgers recognised as trust service providers. However, this article argues that, in the particular context of some jurisdictions, which

require witnessing or authentication of documents and, more generally, in attention to the particularisms of the inheritance scenario, it could be beneficial to ensure that blockchain wills are approved by third parties, following a human interaction between those third parties and the testator, through which the intention of the latter to dispose of the assets can be established. It has been advocated that users should have an unrestricted right to dispose post-mortem of their private data contained in the digital tokens.

7.2. PhD Student Berta Gonçalves presents us with an ancient tradition in Portugal mentioned in documents since the Middle Ages, the “Baldios”, which are territories owned and managed by local communities (for instance, common land used for grazing). The remaining “baldios” are concentrated in the north and in the interior of Portugal. The importance of *baldios* and their role in traditional farming system is explained. Berta Gonçalves draws attention to the importance of these collective goods that can be enjoyed in regions with an aging population, representing a valuable form of community property rooted in the historical traditions of local communities. Although they have been affected by changing values and modern individualism, their importance as shared resources, their role in the social economy of small communities and to promote local sustainability remain undeniable.

7.3. Blandina Soares, also PhD Student, emphasises that in Portuguese law, individual ownership remains the paradigm, and the situations of co-ownership and community property are exceptional, tending towards extinction. Co-ownership and community property are forms of joint ownership, so rules should be interpreted in such a way as to allow the application of the rules of co-ownership to the exercise of rights in community property situations, in particular those laid down in articles 1406 and 1407 of the Civil Code, where there are no specifically established rules and the concern is with stable and solidarity-based relations. This general orientation will pave the way for the realization of a less individualistic vision of property that will allow concrete problems to be solved. This general orientation will pave the way for the realisation of a less individualistic vision of property that will allow for the resolution of concrete problems and perhaps the alteration of regimes in a way that promotes and protects solidarity in indivision rather than the individual right to demand division.

7.4. Recently, Law no. 48/2018, 14<sup>th</sup> August, amended the Civil Code and now future spouses are allowed to waive their status of “forced heir” in a prenuptial agreement, under specific prerequisites. Vitória Andrade e Silva underlies that the social function of property property, as well as the early the early waiver of the right of the spouse to be an heir while respecting the autonomy of the will, are based on intergenerational solidarity and that this new regime also achieves the balance between the succession regime and the matrimonial property regime, maintaining a minimum of conjugal solidarity.

\*\*\*

Each chapter in this volume offers a different insight on a specific topic and shows the need for a deeper understanding of the interaction and interrelation of private law instruments.

There is a shared belief in the virtuous use of wealth and the benefits of common property, and an awareness of the risks posed to individuals and communities by rapid technological developments in contemporary digital societies characterised by transnational relationships. In this context, a commitment to promoting the welfare, full social inclusion, and autonomy of individuals is of the essence.

Communities remain organised by relationships between free human beings and the humanisation of contemporary societies, and, from the perspective of Private Law, the humanisation of contemporary societies will be based on the fundamental principles of the dignity of the person, equality, private autonomy and private property at the service of all.

Looking further ahead and considering the possibilities of turning the many suggestions made into a lasting reality, we hope that these insights will prove useful for decision-making procedures and to courts, but also for the future drafting of national and European private and tax law statutes and instruments.

We are sure that this should be a basis for furthering developments and new methodologies of existing and upcoming challenges in a global digital era.

Turning to the case of Portuguese Law, further efforts are needed to tackle the identified problems.

It is hoped that this volume will make a useful contribution to promoting the necessary developments.

Porto, February 2024

## Contents/Índice

GENERAL INTRODUCTION	5
INTRODUÇÃO GERAL	8
International Conference Program	12
Opening of the “International Conference Estate, Succession and Autonomy – New Assets and Trends” RUI MOREIRA	17
Abertura da «Conferência Internacional: Património, Sucessão e Autonomia – Novos Bens e Tendências» RUI MOREIRA	20
Opening speech to The International Conference “Estate, Succession and Autonomy: New Assets and New Trends” and 5 <sup>th</sup> International Congress ADFAS 2023 MANUEL FONTAINE CAMPOS	23
The private law instruments in Law No. 112 of 2016 “Dopodinoi” (“After us”) ANDREA FUSARO	25
Inheritability of Gaming Accounts of Massive Multiplayer Online Games (Central-European Perspective) PAVEL KOUKAL	51
Digital Inheritance: Does it require a different approach? NUNO SOUSA E SILVA	74
Ensuring protection for people and communities from the risks of technological development – preventing damage and insurance solutions NADIA COGGIOLA	84

Ensuring patrimonial protection for persons with disabilities: autonomy-based solutions and separate assets MARTA MONTERROSO ROSAS	123
Autonomy of <i>mortis causa</i> property dispositions versus legal formalities. Time for a new approach in Europe? MARIUSZ ZAŁUCKI	140
“Wake up and smell the manure”: rethinking will and succession in light of private property PEDRO COUTINHO	155
Taxation of Fiduciary Structures PAULO DA ROCHA PICHEL	163
Sucessão Legitimária e Ordem Pública Internacional RUI MANUEL MOURA RAMOS	176
Autonomia do maior acompanhado, direito sucessório e substituição quase-pupilar DANIEL MORAIS	195
Direito Sucessório e Autonomia Liberdade de disposição dos bens e proteção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legitimária e da sucessão contratual CRISTINA DIAS	226
Justiça Digital RUBEN JUVANDES	251
Arbitragem e Tecnologia: uma visão panorâmica ANDRÉ ALMEIDA MARTINS	263
Sucessão familiar na empresa e autonomia do disponente – sistema sucessório e contratos de doação <i>transmortem</i> RITA LOBO XAVIER	280
The legal nature of blockchain wills in Europe JOANA RIBEIRO DE FARIA	304
Bens comunitários: aproveitamento de bens não públicos por comunidades locais BERTA GONÇALVES	349

Contitularidade do direito de propriedade e solidariedade – o exercício de direitos nas situações de comunhão BLANDINA SOARES	359
O novo pacto sucessório admitido na lei portuguesa e a função social do direito de propriedade privada: entre a solidariedade intergeracional e a solidariedade conjugal VITÓRIA ANDRADE E SILVA	374
SUMMARY REPORT	398



CATÓLICA  
FACULTY  
OF LAW

ESCOLA DO PORTO



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE  
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

## AUTHORS

Nadia COGGIOLA

Pedro COUTINHO

Cristina Araújo DIAS

Rui Pinto DUARTE

Joana Ribeiro de FARIA

Andrea FUSARO

Berta GONÇALVES

Ruben JUVANDES

Pavel KOUKAL

André Almeida MARTINS

Daniel MORAIS

Paulo da Rocha PICHEL

Rui Moura RAMOS

Marta ROSAS

Vitória Andrade e SILVA

Nuno Sousa e SILVA

Blandina SOARES

Rita Lobo XAVIER

Mariusz ZALUCKI

**M** **MORAIS LEITÃO**  
**L** CALVÃO TELES, SOARES DA SILVA  
& ASSOCIADOS

**TELLES**  
ADVOGADOS

**VdA** VIEIRA DE ALMEIDA

  
**DURHAM AGRELLOS**  
ADVOGADOS

 **BPI** Grupo  CaixaBank





