

## ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI FRA CONVIVENTI IN VISTA DELL'EVENTO MORTE

Domenico Parisi

\* \* \*

Relazione al Convegno  
"I Contratti per la Convivenza"  
Genova, 23 ottobre 2013

La trattazione del tema che mi è stato assegnato non può prescindere, preliminarmente, dal richiamo all'insieme di norme che attualmente caratterizzano la vigente legislazione, e che in qualche modo limitano l'autonomia negoziale dei conviventi in questo campo, essenzialmente costituito, come noto da:

- i **diritti intangibili dei legittimari** (il convivente non è legittimario, e possono invece esservi dei legittimari del convivente defunto, quali figli, coniuge separato ma non divorziato);
- il **divieto patti successori** (non è possibile negli accordi di convivenza disporre contrattualmente della propria successione).

In aggiunta è appena il caso di ricordare che l'art. 589 c.c. stabilisce il **divieto di testamento reciproco** (Non si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, né a vantaggio di un terzo, né con disposizione reciproca), e l'art. 635 c.c. colpisce con la **nullità la disposizione fatta a condizione di reciprocità** (È nulla la disposizione a titolo universale o particolare fatta dal testatore a condizione di essere a sua volta avvantaggiato nel testamento dell'erede o del legatario).

La condizione testamentaria di avvantaggiare un terzo nel testamento del beneficiario è anch'essa ritenuta nulla dalla dottrina, e dunque si ha per non apposta (regola generale del *vitiatur sed non vitia*), salvo che abbia costituito l'unico motivo determinante, nel qual caso invalida l'intera disposizione (*vitiatur et vitia*). (GANGI)

Stante dunque il divieto di ogni tipo di patto successorio, è superfluo evidenziare che lo strumento a cui necessariamente deve far ricorso il convivente per attribuire beni ereditari al convivente è il testamento, e fatti naturalmente salvi i diritti di eventuali legittimari, pena l'impugnazione del testamento per lesione di legittima.

Scopo di queste brevi note è, da un lato, passare in rassegna quali possono essere le disposizioni testamentarie che meglio si prestano (nei limiti del possibile) al raggiungimento degli scopi che il convivente vuole conseguire disponendo per il tempo in cui avrà cessato di vivere, e dall'altro indagare gli strumenti negoziali alternativi che, nel rispetto delle norme imperative, consentano di perseguire l'interesse, certamente meritevole di tutela, di assicurare attribuzioni patrimoniali al convivente superstite in previsione dell'evento morte.

Nell'ottica di un esame delle possibili disposizioni testamentarie di un qualche interesse per la materia che ci occupa, conviene sicuramente concentrare l'indagine sui possibili **legati** a favore del convivente, posti a carico dei soggetti istituiti eredi testamentari o legatari, ovvero a carico degli eredi legittimi, fermo restando che è anche possibile ipotizzare l'istituzione del convivente quale erede universale o quale coerede,

salvo in tal caso valutare l'opportunità di inserire nel testamento **disposizioni riguardo la divisione (art. 733 c.c.)** ovvero direttamente **dividere i beni fra i coeredi (art. 734 c.c.)**.

Una famiglia di legati di sicuro interesse è quella costituita dai **legati di prestazioni periodiche** (legato di alimenti, mantenimento, di rendita vitalizia, etc. (artt. 660 e 670 c.c.). Si pongono in questo caso delicati problemi di tutela dei legittimari nel caso in cui la prestazione periodica ecceda il reddito ricavabile dalla porzione disponibile, trovando in tal caso applicazione la cd. cautela sociniana (art. 550 c.c.).

Un tipo di legato non espressamente previsto dal codice ma ammissibile in forza dell'autonomia negoziale stante il tendenziale principio di atipicità dei legati, e che si presta ad interessanti impieghi è il **legato di attività negoziale**.

Un esempio è costituito dal **legato di prelazione a favore del convivente**.

Si immagini il caso che il testatore istituisca erede Tizia e ponga a suo carico, a titolo di legato, l'obbligo di preferire a parità di condizioni Caia in caso di alienazione dell'immobile stesso.

Naturalmente il rimedio in caso di violazione del diritto di prelazione sarà di tipo obbligatorio; può essere opportuno prevedere una **penale** a carico del soggetto che non rispetta la prelazione (legato di somma a carico dell'onorato condizionato all'inadempimento del legato di prelazione).

Particolare attenzione occorre in questo caso porre alla tecnica redazionale del testamento: è preferibile attribuire il bene a soggetti determinati e porre il legato a carico del soggetto cui viene attribuito il bene. In caso contrario (cioè in caso di istituzioni di eredi in quote e legato a carico dell'eredità), potrebbe darsi il caso che segua una divisione ereditaria e che l'assegnatario del bene venda in spregio alla prelazione: in tal caso anche gli eredi non assegnatari del bene potrebbero vedersi richiedere il risarcimento del danno per violazione della prelazione, in quanto il legato era stato ordinato nel testamento a carico di tutti.

Forti dubbi sussistono sulla validità di un tale legato qualora esso riguardi beni ricompresi nella quota di legittima. Se è vero infatti che tale legato non incide sul *quantum* che il legittimario riceve e che non è quindi idoneo a ledere quantitativamente il diritto del legittimario, è anche vero che l'**art. 549 c.c.** sancisce la nullità di ogni peso apposto sulla quota spettante ai legittimari. In ogni caso, salvo che il testatore non voglia istituire un soggetto erede nella sola legittima e porre tale legato a suo carico, non si pone alcun problema per il notaio che riceve il testamento, in quanto sarà solo al momento dell'apertura della successione che si potrà valutare l'incidenza o meno di un siffatto legato sulla quota di legittima e pertanto la validità o meno dello stesso.

Senza dubbio tale patto di prelazione potrebbe anche essere inserito in un contratto stipulato in vita fra i due conviventi. In tal caso gli eredi dello stipulante subentreranno nell'obbligo di preferire, già gravante sul *de cuius*.

Concludendo in tema di legati obbligatori, evidenzio come sia consigliabile la previsione nel testamento di idonee clausole volte a rafforzare l'obiettivo che è loro proprio (penali, condizioni, *modus* risolutivi etc.), sia che tali legati abbiano aventi ad oggetto un *facere* negoziale (es.: stipulare un contratto), che un *facere* materiale (es.: provvedere al mantenimento).

Passando invece ai legati attributivi/costitutivi di diritti reali, vorrei concentrare l'esame sul **legato di usufrutto**.

Si tratta di soluzione più gradita di quella dell'attribuzione di beni in piena proprietà in tutti i casi in cui il testatore vuole che la proprietà dei beni sia attribuita ai suoi discendenti (si pensi al caso di conviventi ciascuno dei quali ha figli propri, che non sono anche figli dell'altro), ma vuole altresì che il convivente superstite ne possa godere sua vita natural durante.

Tale soluzione si rivela però insoddisfacente se il testatore vuole che il convivente superstite possa anche disporre di tali beni, vendendoli, qualora ciò sia necessario per impiegare il ricavato per far fronte a determinate particolari e sopravvenute esigenze di vita (ad esempio, la cura di una malattia).

A tal proposito nella dottrina notarile è stata elaborata la figura del **"legato di usufrutto con facoltà di vendita in caso di bisogno"**, strutturato come legato di usufrutto *ad efficacia immediata* e, alternativamente:

- legato della nuda proprietà *condizionato* allo stato di bisogno da accertarsi da parte di un terzo o secondo criteri obiettivi fissati da testatore; oppure
- legato *ad effetto obbligatorio* a carico dell'onerato, il quale è obbligato a vendere la nuda proprietà congiuntamente con l'usufruttuario e a rimettere a quest'ultimo il ricavato della vendita della nuda proprietà di cui era titolare.

In casi del genere, ritengo tuttavia oggi preferibile ricorrere ad un **atto di destinazione** trascrivibile ai sensi dell'art. **2645 ter c.c.** (figura non disciplinata dal codice quando fu elaborato tale particolare figura di legato), con il quale si destini il bene ai bisogni del convivente, segregandolo nel patrimonio del soggetto attributario/gestore della destinazione, e si individuino altresì il soggetto (o i soggetti) cui, una volta venuto meno il convivente -beneficiario, spetti la proprietà di quanto non impiegato per i bisogni di quest'ultimo, libera da ogni vincolo, soggetto che può coincidere con il gestore, ma non necessariamente. Ipotizziamo il caso in cui si voglia che i beni siano definitivamente attribuiti ai figli, ma non si voglia affidare a loro la gestione durante la vita del convivente superstite, e si individui un gestore terzo.

Si evidenzia tuttavia, come illustrato dal prof. Fusaro che mi ha preceduto, che la giurisprudenza non è unanime nel ritenere possibile la costituzione di un vincolo di destinazione per testamento.

Può capitare che ai legati di prestazioni periodiche e di usufrutto, il testatore intenda apporre **la condizione risolutiva (retroattiva o meno) che il legatario non si sposi o non inizi una nuova convivenza**.

A tal proposito occorre richiamare il disposto dell'art. **636 c.c.**:

*"È illecita la condizione che impedisce le prime nozze o le ulteriori.*

*Tuttavia il legatario di usufrutto o di uso, di abitazione o di pensione, o di altra prestazione periodica per il caso o per il tempo del celibato o della vedovanza, non può goderne che durante il celibato o la vedovanza."*

Da notare che si tratta sempre di condizione e non di termine, perché si tratta comunque di un evento non solo *incertus quando* ma anche *incertus an*.

Le disposizioni in commento erano in passato interpretate in maniera restrittiva: il primo comma in quanto contenente una norma di divieto limitante la libertà testamentaria, il secondo comma in quanto norma eccezionale rispetto al divieto del primo comma, e pertanto anch'esso da interpretarsi restrittivamente.

Con riferimento al primo comma, infatti, si riteneva fosse invalido il solo divieto assoluto di nozze e non il divieto di sposare un determinata persona, e che fosse invece valida la condizione di contrarre matrimonio.

Le più moderne giurisprudenza e dottrina propugnano invece una interpretazione estensiva e sistematica (oltre che costituzionalmente orientata) della norma, come volta a colpire tutte le condizioni che coartino la libera autodeterminazione di un soggetto, pretendendo di incidere su decisioni personalissime.

Si ritengono così oggi illecite anche la condizione di non sposare una determinata persona, o di non sposare una persona di una diversa classe sociale, o di sposarsi prima o dopo una certa età, e in generale tutte le condizioni che facciano riferimento a comportamenti attinenti alla sfera personale del soggetto.

In quest'ottica anche la norma di cui al secondo comma cessa di essere una eccezione rispetto al divieto di cui al primo comma, ma esprime anch'essa un principio generale secondo cui le disposizioni previste per il periodo del celibato o della vedovanza sono valide nella misura in cui l'intento sia quello di provvedere ai bisogni del beneficiario nel periodo in cui versi in tale stato e non invece di coartare la libertà dell'istituito inducendolo a non contrarre matrimonio.

Ciò del resto in coerenza con il sistema legislativo in tema di scioglimento del matrimonio, nella parte in cui prevede che l'assegno divorzile non sia più dovuto in caso di passaggio a nuove nozze del coniuge che ne beneficiava.

Ritengo pertanto che un ragionamento simile possa riprodursi anche per il caso in cui l'evento dedotto in condizione sia l'inizio di una nuova convivenza anziché il matrimonio, nella misura in cui la volontà del testatore sia quella assistenziale e non di coartazione della volontà, per predicare la piena validità di una tale disposizione.

*Quid juris* invece di una disposizione testamentaria che dispone l'attribuzione in proprietà di determinati beni a condizione che l'onorato non si sposi o non intraprenda una nuova convivenza?

Facendo applicazione dei principi di cui sopra, non può non ritenersi illecita una simile condizione (così come quella di non iscriversi ad una certa università o a non abitare in una certa città) salvo che, anche nel caso di un legato di piena proprietà, non si giustifichi l'apposizione della condizione con la finalità esclusivamente assistenziale e di mantenimento del legato per il periodo anteriore all'inizio di una nuova convivenza. Ciò che tuttavia sembra ben difficile da sostenersi, in quanto a tal fine sarebbe sufficiente l'attribuzione dell'usufrutto, né l'attribuzione della piena proprietà può dirsi strumentale a consentire una eventuale futura vendita del bene in caso di necessità, che sarebbe difficilmente realizzabile vista la presenza della condizione, salvo che sia espressamente esclusa la retroattività degli effetti della risoluzione in caso di avveramento.

Se la disposizione testamentaria condizioni invece l'attribuzione a che la convivenza sia in atto al momento della morte del de cuius, essa mi pare da ritenersi valida, in quanto, oltre a trattarsi di una condizione *in praeteritum relata* rispetto al momento di apertura della successione e quindi di efficacia del testamento, essa non mira a coartare la volontà dell'istituito, sembra trovare legittima giustificazione nel voler legare una determinata attribuzione patrimoniale al perdurare di un legame affettivo e di convivenza con il beneficiario.

Altra questione di interesse con riferimento al tema oggetto della relazione è la spettanza dell'**indennità in caso di morte del lavoratore dipendente**, di cui all'art. 2122 c.c. e ad altre norme di settore, relativamente a particolari impieghi.

Dispone l'art. 2122 c.c.:

*"In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 (importo corrispondente alle indennità di mancato preavviso e al trattamento di fine rapporto) devono corrispondersi al coniuge, ai figli e se vivevano a carico del prestatore di lavoro ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado.*

*La ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno.*

*In mancanza delle persone indicate nel primo comma, le indennità sono attribuite secondo le norme della successione legittima.*

*È nullo ogni patto anteriore alla morte del prestatore di lavoro circa l'attribuzione e la ripartizione delle indennità"*

Innanzitutto, l'ultimo comma della disposizione in commento impedisce che qualunque pattuizione a riguardo sia inserita nell'accordo di convivenza, mentre esistono dei margini per disporre a riguardo in sede testamentaria.

La Corte Costituzionale infatti, con sentenza 19 gennaio 1972, n. 8, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il terzo comma dell'articolo in commento (così come altre disposizioni analoghe contenute in leggi speciali), nella parte in cui esclude che il lavoratore subordinato, in mancanza delle persone indicate nel primo comma, possa disporre per testamento delle indennità di cui allo stesso articolo.

È dunque possibile disporre per testamento di tale indennità qualora:

- non vi siano coniuge e figli superstiti;
- non vi siano parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado che vivevano a carico del prestatore di lavoro.

In presenza delle due condizioni di cui sopra, anzi, è necessario ricorrere ad un testamento se si vuole evitare che l'indennità venga attribuita secondo le quote della successione legittima, ai sensi del terzo comma dell'art. 2122.

È dibattuto, soprattutto in dottrina, se l'attribuzione di tale indennità ai soggetti di cui all'art. 2122 c.c. avvenga *jure proprio* o *jure successionis*.

L'ultimo comma dell'art. 2122 sembrerebbe costituire un argomento a favore della tesi dell'acquisto *jure successionis*, tuttavia nella giurisprudenza della Cassazione si è consolidato nel tempo l'orientamento secondo cui l'indennità in esame non farebbe parte del patrimonio del lavoratore, in quanto sottratta al suo potere di disposizione in vita, e sia acquisita *jure proprio* dai beneficiari.

Ove sia volontà del testatore attribuire l'indennità al convivente, non sussistendo i soggetti di cui al primo comma dell'art. 2122, mi pare opportuna una esplicita disposizione attributiva di tale indennità, anche qualora il convivente sia nominato erede universale, onde evitare possibili contestazioni da parte di eredi legittimi del de cuius che reclamino tale indennità *jure proprio*, non avendo il testamento espressamente disposto diversamente.

Se si sposa la tesi che l'acquisto di tali soggetti avvenga *jure proprio*, e non *jure successionis*, una mera istituzione di erede di un soggetto terzo, potrebbe non essere sufficiente a produrre l'attribuzione a costui anche del diritto a pretendere tale indennità.

Nella pratica, quando due conviventi procedono all'**acquisto congiunto di una proprietà immobiliare**, sono state elaborati **particolari schemi negoziali** per assicurare il godimento dell'immobile al convivente superstite in vista dell'evento morte.

Il principale di questi è l'acquisto da parte dei due conviventi di un immobile in comproprietà gravando la quota acquistata da ciascuno di essi da usufrutto vitalizio a favore dell'altro, con pagamento generalmente effettuato da entrambi (in taluni casi solo da uno dei conviventi, con conseguente donazione indiretta a favore dell'altro).

In questo modo alla morte di uno dei conviventi, il convivente superstite potrà continuare ad abitare l'immobile in quanto *proprietario della propria quota* (non più gravata da usufrutto) e *usufruttuario della quota già di proprietà del convivente defunto*. Tale quota di comproprietà farà parte dell'asse ereditario del convivente defunto, e sarà dunque devoluta ai suoi eredi legittimi, salvo che egli non ne abbia disposto per testamento, attribuendola al convivente stesso o a terzi.

Maggiori riserve suscita l'acquisto "con accrescimento della proprietà in capo al superstite" (che può ottenersi quando ciascuno acquista una quota sotto *condizione risolutiva della propria premorienza al convivente* e l'altra sotto *condizione sospensiva della premorienza del convivente a se stesso*. Infatti, operando il meccanismo condizionale e risolvendosi l'acquisto della quota del convivente meno longevo per effetto della sua morte, i suoi eredi si troverebbero a vantare un credito da restituzione del prezzo nei confronti

del venditore, il quale dovrebbe pretendere tale somma dal convivente superstite, quale prezzo della quota da lui acquistata per effetto dell'avveramento della condizione sospensiva. Ma se la volontà delle parti non è questa, bensì quella che si produca il consolidamento della proprietà in capo al convivente più longevo senza che gli eredi del premorto possano vantare alcun diritto, mi pare che un tale negozio debba ritenersi invalido sia quale associazione tontinaria (vietata dall'art. 12 del D.Lgs n. 209/2005 – Codice delle assicurazioni private), sia quale patto successorio (per certi versi simile alla invalida clausola statutaria di consolidazione senza previsione di liquidazione degli eredi).

Resta da ultimo da esaminare il possibile ricorso, al fine di pianificare attribuzioni patrimoniali in vista dell'evento morte con negozi *inter vivos*, ai negozi cd. trans-morte, e a quelli con effetti *post mortem*.

Iniziando dai primi, ricordiamo che, secondo la elaborazione di autorevole dottrina, si tratta di negozi *inter vivos* alternativi al testamento, ammissibili nel nostro ordinamento, che realizzano risultati che sarebbero altrimenti raggiungibili con un testamento.

Le caratteristiche di tali negozi sono le seguenti:

- l'uscita del bene dal patrimonio del disponente avviene prima della morte;
- l'attribuzione del bene al beneficiario diviene definitiva solo alla morte del disponente, salva una possibile parziale anticipazione degli effetti;
- il disponente può *ad libitum* fino alla morte modificare ulteriormente l'assetto patrimoniale, rendendo inoperante il congegno negoziale.

Il principale negozio espressamente regolato nel nostro ordinamento che presenta tali caratteristiche è il **contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante**.

In particolare, la stipula di una **assicurazione sulla vita a favore del convivente** rappresenta un impiego di tale istituto dagli interessanti risvolti applicativi.

È possibile revocare la designazione del beneficiario in ogni momento (art. 1921 c.c.) anche con disposizione testamentaria; è anche possibile stabilizzare definitivamente l'attribuzione al beneficiario con il suo intervento. Infatti la rinuncia per iscritto al potere di revoca rende l'eventuale revoca successiva priva di effetto se il beneficiario ha preventivamente dichiarato al contraente di voler profittare del beneficio.

Nella disciplina dell'assicurazione sulla vita è espressamente previsto che la revoca non può farsi dagli eredi dopo la morte del contraente (art. 1921 c.c.).

Merita di essere evidenziato che oggetto di eventuale riduzione da parte dei legittimari, in caso di stipula di un siffatto contratto da parte del *de cuius*, sono i premi pagati da costui nel corso del tempo e non il capitale riscosso dal beneficiario, se in ipotesi maggiore (Cass. sez II, n. 6531/2006).

L'art. 1923, secondo comma, recita infatti: "*Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni.*".

La giurisprudenza ha anche precisato che il limite di valore per l'azione di riduzione torna ad essere il capitale qualora la somma dei premi versati sia maggiore al capitale.

A proposito della collazione, poi, l'art 741 ribadisce che: "*È soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso a favore dei suoi discendenti per [...] soddisfare premi relativi a contratti di assicurazione sulla vita a loro favore [...]*".

Tale schema negoziale presenta profili di interesse anche sul piano fiscale, in quanto il capitale riscosso dal beneficiario è esente da imposte, mentre quanto ricevuto per successione dal convivente sconta l'imposta con aliquota più alta dell'8% prevista per gli estranei, non essendo costui legato al *de cuius* da vincoli di parentela, affinità o coniugio.

Altre applicazioni di interesse dello schema contrattuale in commento sono il **contratto di mantenimento**, oppure **di vitalizio alimentare** oppure **di rendita a favore del terzo, con prestazione del promittente da eseguirsi dopo la morte dello stipulante**, contratti tutti caratterizzati in minore o maggior misura dalla presenza di un'alea. In questo modo un convivente può, attraverso l'impiego di propri beni, assicurare che dopo la sua morte il superstite benefici di una rendita, o di una prestazione assistenziale fornita da un soggetto in cui ripone fiducia.

Diversamente dal caso della rendita, la prestazione di mantenimento si caratterizza fortemente per l'*intuitus personae*, e come tale essa, in caso di premorienza del promittente rispetto al terzo beneficiario, è tendenzialmente intrasmissibile agli eredi di costui, salva una espressa previsione contraria nel contratto (potrebbe ad esempio prevedersi che con la morte del promittente la prestazione assistenziale si tramuti nella dazione periodica di una somma di denaro a carico dei suoi eredi).

In caso di premorienza del terzo beneficiario allo stipulante si discute se il diritto di mantenimento spetti agli eredi o meno: è certamente opportuno regolamentare espressamente la fattispecie, e stabilire, nel caso la prestazione non sia più dovuta, la sorte di quanto ricevuto dal promittente, notando che nel caso egli non sia tenuto alla restituzione, il profilo di aleatorietà di un tale contratto è certamente di grande rilevanza.

In simili contratti, qualora il potere di revoca non si sia già consumato per rinuncia allo stesso e dichiarazione del terzo di voler profittare, è senz'altro opportuno escludere espressamente il potere di revoca degli eredi dello stipulante, in quanto non è pacifica l'applicazione estensiva dell'art. 1921 c.c., che esclude tale potere solo per il contratto di assicurazione sulla vita.

Un'ultima annotazione, su una questione che non è possibile affrontare qui se non con un brevissimo cenno.

Salvo il caso dell'assicurazione sulla vita, ove la legge espressamente lo consente, si ritiene non sia consentita la designazione del terzo beneficiario per testamento, perché si tratterebbe di una attribuzione indiretta a causa di morte compiuta con un atto *inter vivos*, eccezionalmente ammessa solo per l'assicurazione; *contra* si segnala l'opinione di Moscarini.

Passando dagli atti trans-morte, alla più problematica categoria dei **negozi con effetti *post mortem***.

Il problema è quello di indagare entro che limiti è possibile dare attuazione alla volontà di un soggetto di assicurare contrattualmente, e non per testamento, al proprio convivente una attribuzione patrimoniale con effetto dal momento della propria morte.

La finalità appare nella fattispecie concreta meritevole (si vuole fornire al convivente economicamente più debole una tutela che il coniuge ha già per legge, con l'istituto della legittima); è però evidente il rischio dell'invalidità di atti fatti in sostanziale funzione della propria morte per violazione del divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.

Ritengo sia utile, in fase di primo approccio, esaminare il possibile utilizzo della donazione e interrogarsi sulla validità o meno di una donazione al convivente condizionata sospensivamente:

- alla premorienza del convivente donante al convivente donatario (*donatio si praemoria*)
- alla esistenza del rapporto di convivenza al momento della morte.

Alternativamente potrebbe immaginarsi una donazione condizionata risolutivamente alla premorienza del donatario al donante e alla fine del rapporto di convivenza.

Gli elementi di criticità sono per lo meno i seguenti

- a) il contrasto o meno della donazione *si praemoria* con il divieto dei patti successori;
- b) la possibile qualificazione della condizione della esistenza del rapporto di convivenza al momento della morte, vista dalla parte del donatario, come illecita in quanto volta a coartare la libera autodeterminazione di un soggetto;

- c) la possibile qualificazione della condizione della esistenza del rapporto di convivenza al momento della morte, vista dalla parte del donante, come condizione sospensiva meramente potestativa, che renderebbe nullo il contratto (art. 1355 c.c.: "*È nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore*"), in quanto il donante potrebbe in ogni momento porre nel nulla la donazione interrompendo la convivenza.

Quanto al punto sub a), non esiste unanimità di vedute in ordine alla individuazione degli elementi che concorrono a distinguere la donazione a causa di morte invalida dalle altre ipotesi di donazioni connesse alla morte del donante da considerarsi valide.

Il rischio è evidentemente quello di porre in essere un contratto in cui la funzione di liberalità sfumi completamente a favore di un'attribuzione sostanzialmente a causa di morte, in cui cioè la morte del donante assuma valenza causale, essendo il contratto essenzialmente rivolto alla sistemazione del suo patrimonio per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere.

Il tema non può essere certo approfondito in questa sede, pertanto mi limito a due considerazioni:

- circa legittimità della donazione sotto condizione risolutiva della premorienza del donatario, può argomentarsi dall'art. 791 c.c., che ammette la cd. condizione di reversibilità:  
*"Il donante può stipulare la reversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di preminenza del donatario e dei suoi discendenti.  
Nel caso in cui la donazione è fatta con generica indicazione della reversibilità, questa riguarda la premorienza, non solo del donatario, ma anche dei suoi discendenti.  
Non si fa luogo a reversibilità che a beneficio del solo donante. Il patto a favore di altri si considera non apposto."*

- quanto all'ammissibilità anche della donazione sospensivamente condizionata alla premorienza del donante al donatario, sembra convincente la tesi che ne sostiene la ammissibilità argomentando dalla idoneità di tale donazione a produrre immediatamente effetti (ancorché solamente effetti preliminari e non l'effetto traslativo della proprietà): il donante perde infatti la libera disponibilità del bene, rimanendo titolare di un diritto per così dire precario, di cui può disporre, ma gli effetti dell'atto di disposizione sono sottoposti alla medesima condizione. Ciò consente dunque di parlare in qualche misura di attualità dello spoglio del donante e dell'acquisto del donatario e di affermare dunque che in tale atto manca uno dei caratteri essenziali dell'atto a causa di morte, e cioè la inidoneità dell'atto a causa di morte a far perdere la disponibilità del bene, essendo privo di qualunque effetto prima della morte del suo autore.

Secondo tale teoria, l'unica donazione nulla per contrarietà al divieto dei patti successori sarebbe la *donatio de residuo*, avente ad oggetto un bene quale e se esso si presenterà nel patrimonio del donante al momento della sua morte.

Non può trascurarsi tuttavia che esiste anche la tesi che ritiene tali donazioni nulle per contrasto con il divieto dei patti successori o comunque per frode alla legge.

Si tratta di un contratto che in taluni casi può certamente dissimulare una *donatio mortis causa* o contenere clausole che ne riproducono gli effetti, per cui solo l'esame della reale volontà dei contraenti ed in ultima istanza della causa concreta del contratto può essere decisivo per la sua qualificazione e conseguentemente per decidere circa la sua validità.

Ma, forse, proprio l'esame della causa concreta può salvare dalla nullità il contratto che stiamo ipotizzando.

Qui la causa concreta non sembra essere la volontà di compiere attribuzioni a causa di morte, e a ben vedere neppure quella di effettuare una liberalità donativa, bensì di disporre una attribuzione patrimoniale per così dire "riequilibrativa", volta a compensare il convivente, nel momento dello scioglimento della

convivenza per l'infausto evento morte, della sua collaborazione alla formazione della ricchezza familiare, con una attribuzione non liberamente revocabile.

In quest'ottica, può probabilmente affermarsi la validità di un tale negozio inserito in un accordo di convivenza o stipulato successivamente nel corso del rapporto.

Quanto poi alla condizione del perdurare della convivenza al momento della morte, non si tratta a ben vedere di condizione meramente potestativa, né di condizione volta a coartare la volontà altrui inducendo il beneficiario a non interrompere la convivenza con la lusinga di una attribuzione patrimoniale, ma trova giustificazione nella causa stessa del negozio, in quanto la sistemazione dei rapporti patrimoniali in caso di cessazione della convivenza per causa diversa dalla morte trovi regolamentazione in separato accordo.