

TOMMASO GAZZOLO

# LA CONDIZIONE SI PRAEMORIAM

---

**Note sulla donazione a causa di morte**

# INDICE

## PARTE PRIMA: LA CONDIZIONE SI PRAEMORIAM

- 1.- Prospettive dottrinali per un negozio *inter vivos*.
- 1.1.- La condizione sospensiva della morte del donante.
  - 1.1.1.- L'avveramento della condizione.
  - 1.1.2.- Paralipomeni dell'evento morte.
    - 1.1.2.1.- La morte come mero evento condizionante.
    - 1.1.2.2.- Morte e *causa donandi*.
- 2.- La mancanza di attualità della trasmissione: tesi giurisprudenziali e avanzi dottrinali.
  - 2.1.- Crocicchio e sentieri interrotti (1948-1962).
    - 2.1.1.- La donazione d'usufrutto *cum praemoriam*. (Cass.6 marzo 1950, n.576).
    - 2.1.2.- La Cass.21 gennaio 1959, n.140: variazioni sul tema, e allegro con brio.
      - 2.1.2.1.- La *quaestio voluntatis* (aggiunta).
      - 2.1.3.- Quaderni 1959-1962.
  - 2.2.- Studi ed ipotesi 1962-2000.
    - 2.2.1.- Torrente e la riconsiderazione del binomio causa-evento morte.
- 3.- Nota conclusiva (intorno al ruminare).

## PARTE SECONDA: NOTE SUL GIUOCO DELLA CONDIZIONE

- 1.- Volontà e clausola condizionale (Figure tipiche e atipiche).
  - 1.1.- La riserva di disposizione dei beni donati (art.790 c.c.).
  - 1.2.- Il patto di reversibilità (art.791 c.c.).
  - 1.3.- Il soddisfacimento dei debiti del donante.

## APPENDICE I: L'INDIZIO COME ELEMENTO ACCESSORIO LA FUNZIONE EPISTEMICA DELLA RETROAZIONE CONDIZIONALE

## APPENDICE II: L'ARROCCO GIURIDICO (UNA CONSIDERAZIONE SUL MOVIMENTO STRUTTURALE DELL'EVENTO-MORTE NEL SUO ACCADERE)

## PARTE PRIMA

### LA CONDIZIONE SI PRAEMORIAM

1. *Prospettive dottrinali per un negozio inter vivos (in guida d'introduzione).*

La considerazione della premorienza del donante al donatario nella struttura del contratto di donazione, individua la figura di donazione a causa di morte forse più interessante sotto il profilo della raffinatezza giuridica: la *donatio si praemoriar*, infatti, è stata oggetto di vari ed eventuali prospetti e studi dottrinali, di una griglia elaborata di casi giurisprudenziali, di un dibattito intorno alla sua natura di atto *inter vivos* o *mortis causa*.

Coerentemente rispetto a tale problematica, la dottrina ha discusso principalmente intorno all'atteggiarsi di due elementi essenziali del negozio: l'evento-morte e la *causa donandi*, in rapporto all'elemento accessorio costituito dalla condizione.

Soltanto un'analisi dei predetti elementi, pertanto, può portare ad una compiuta descrizione dell'istituto.

1.1. *La condizione sospensiva della morte del donante.*

«Nulla al mondo è insignificante!  
Ma la prima cosa, e la più importante, in tutte le faccende terrene  
è il luogo e l'ora»  
(Schiller, *Wallenstein*)

Nella donazione *si praemoriar*, si ha l'apposizione di una condizione “*ove la morte rappresenta l'evento al quale è subordinato l'acquisto del donatario*”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A.PALAZZO, voce *Donazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*, VII, Torino, 1991, p.142. Vedi anche BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XII, t.4, Torino, 1961, p.107: “Questa clausola presenta l'aspetto di una comune condizione sospensiva abbinata ad un termine consistente nella morte del donante: il diritto sorgerà nel caso di premorienza del donante (condizione) ed al momento della sua morte (termine)”. Per un primo quadro riassuntivo del nostro discorso, vedi la sintetica e chiarissima definizione di CASULLI, voce *Donazione mortis causa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, p.1003: “(...) Alla morte del donante può essere stato riservato il ruolo di funzionario non già come causa dell'attribuzione patrimoniale, bensì come evento che condiziona l'acquisto del diritto irrevocabilmente trasferito nel momento stesso in cui si perfeziona la donazione, anche se l'attribuzione viene effettuata con quella limitata efficacia preliminare che è tipica delle situazioni di pendenza”.

La condizione sospensiva, dunque, rappresenta un elemento che definisce il negozio, nel senso di significarne la natura sotto il profilo della efficacia, *i.e.* della produzione dei suoi effetti (art.1353 c.c.<sup>2</sup>).

E soltanto sotto questo profilo: il contratto di donazione è in sé perfetto, solo l'efficacia è legata all'evento-morte, in un tessuto aleatorio di premorienza di una parte rispetto all'altra.

L'accessorietà della sospensione incide sul momento del trasferimento del bene nella dinamica del *dies incertus an* (pre-morienza) *et quando* (evento-morte), consentendo tuttavia la produzione di effetti prodromici ai sensi dell'art.1356 c.c.<sup>3</sup>: la stasi tecnica della "*condicio pendet*" definisce la posizione giuridica dell'acquirente il diritto (il donatario) e dell'alienante il medesimo (il donante), consentendo gli atti di cui all'art.1357 c.c. (*Atti di disposizione in pendenza della condizione*<sup>4</sup>) e regolando il comportamento delle parti ai sensi dell'art.1358 c.c. (*Comportamento delle parti nello stato di pendenza*).

#### 1.1.1. L'avveramento della condizione.

Con l'avveramento della condizione, si risolve l'incertezza della pendenza: l'evento-morte, perciò, riflette la retroattività della condizione (art.1360 c.c.):

---

<sup>2</sup> Art.1353. *Contratto condizionale*. –Le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto ad un avvenimento futuro e incerto.

<sup>3</sup> Art.1356. *Pendenza della condizione*. –In pendenza della condizione sospensiva l'acquirente di un diritto può compiere atti conservativi. // L'acquirente di un diritto sotto condizione risolutiva può disporre in pendenza di questa; ma l'altro contraente può compiere atti conservativi.

<sup>4</sup> Nota CASULLI, *loc.ult.cit.*: "D'altra parte è noto che anche i diritti sottoposti a condizione sospensiva sono trasmissibili ancor prima del verificarsi dell'evento posto in condizione (art.1357 c.c.)" Si legga M.IEVA, *I fenomeni cd.parasuccessori*, in *Riv.not.*, 1988, p.1191, riportante la sintesi di M.Vita De Giorgi: "la liberalità condizionata alla premorienza del donante, come la liberalità di cui si facciano dipendere gli effetti da qualsiasi evento futuro e incerto, appare idonea a produrre l'effetto immediato proprio di ogni disposizione sottoposta a condizione sospensiva, effetto che suole riassumersi nella irrevocabilità dell'impegno. Il donatario acquista dal momento dell'atto un'aspettativa tutelata dalla legge, ciò che gli consente di compiere atti conservativi (art.1356, comma 1) e di disporre del diritto, sia pure con un atto che rimane subordinato alla stessa condizione (la premorienza del donante) da cui dipende il suo acquisto (art.1357). L'immediata operatività dell'attribuzione, come si è più volte ribadito, impedisce di configurare la liberalità come atto *mortis causa*"; BIONDI, *op.cit.*, p.500: "Il donatario sotto condizione sospensiva può disporre del diritto attribuitogli non solo *mortis causa* ma altresì per atto tra vivi, secondo il principio generale sancito nell'art.1357, subordinatamente sempre al verificarsi della condizione. Tale atto di disposizione importa non cessione del contratto di donazione ai sensi dell'art.1406 e seg., e neppure della donazione, che, come atto di liberalità, è intrasmissibile, ma piuttosto disposizione del diritto derivante dal contratto di donazione".

“*gli effetti dell’avveramento retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto*”<sup>5</sup>.

In questo senso, gli effetti del negozio si considerano prodotti al momento della stipulazione del contratto: conseguenza logico-giuridica della retroazione è dunque il *ri-posizionamento dell’evento-morte*, il quale non trova più collocazione nella struttura del negozio.

Si può affermare che, se nella situazione di pendenza la morte è forma della condizione, e perciò è accessorio sotteso all’efficacia del negozio, nella situazione di avveramento, l’evento-morte si consuma in sé: si riduce a mero *dies*, che si esaurisce nel suo compiersi.

Retroagendo gli effetti alla conclusione del contratto, la morte perde la sua posizione nella struttura dell’atto<sup>6</sup>.

L’evento-morte è così exteriorizzato nel suo significato di mero avvenimento (cirscritto *an sich e fur sich*).

### 1.1.2. *Paralipomeni dell’evento morte.*

L’evento-morte, si è detto, è consumato in se stesso, al momento del suo accadere al mondo come fatto atomico.

Tale considerazione porta con sé, per una parte della dottrina, una ulteriore conseguenza: dall’effetto retroattivo della condizione si deduce la *natura acausale* della morte, nel senso che il differimento della produzione dell’effetto non incide sull’oggetto, sulla ri-costruzione del bene.

---

<sup>5</sup> Come osserva BIONDI, *op.cit.*, p.502: “Gli effetti dell’avveramento o non avveramento della condizione, sia sospensiva che risolutiva, nulla presentano di particolare per la donazione. Occorre quindi applicare i principi generali che valgono per i negozi giuridici e per i contratti in specie”.

<sup>6</sup> Ancora CASULLI, *loc.ult.cit.*: “Col verificarsi della condizione *si praemoriar* gli effetti del negozio retroagiscono alla stipulazione del contratto, per cui nella specie non solo ricorre la normale irrevocabilità tipica del contratto, ma gli effetti del negozio si considerano prodotti durante la vita del donante. L’ammissibilità della figura non può quindi essere posta in dubbio: per negarla bisognerebbe escludere che la donazione possa esser sottoposta a condizione e che la premorienza del donante possa funzionare come evento condizionante”; A.PALAZZO, *op.cit.*: “a differenza della *donatio mortis causa* e del patto successorio, nella clausola *si praemoriar* la morte del donante non viene elevata a causa dell’attribuzione, sì che il negozio prima del suo verificarsi non debba produrre alcun effetto, ma viceversa deve essere considerato semplice evento condizionante”.

Secondo questo indirizzo, la condizione non potrebbe in alcun modo essere compatibile con la posizione dell'evento-morte alla stregua di “*causa dell'attribuzione patrimoniale*”.

In realtà, tale deduzione è corretta se si considera l'ideal-tipo di negozio sottoposto a condizione sospensiva, in cui la volontà delle parti ha tracciato le simmetriche posizioni proprie della pendenza della *condicio*.

È, questa, la prospettiva che faremo nostra, con l'avvertimento che la volontà delle parti potrà però ri-costruire un negozio in cui l'apposizione della condizione *si praemoriar* non incida sull'evento-morte come causa dell'attribuzione<sup>7</sup>.

Ora, se consideriamo tale intreccio alla luce della distinzione tra negozi *mortis causa* ed *inter vivos*, è d'uopo sottolineare la decisiva rilevanza di due aspetti, che incidono sulla figura in questione: la posizione dell'evento-morte, ed il rapporto tra morte e causa del contratto.

#### 1.1.2.1. *La morte come mero evento condizionante.*

La riduzione dell'evento-morte a mero *dies*, è dunque il primo dei fenomeni giuridici da sottolineare nella cristallizzazione del negozio.

La morte è **semplicemente una sospensione tecnica**, e non altro<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Vedi TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p.313: “Anche in tale caso la morte può essere assunta come causa dell'attribuzione: l'intento delle parti è che nulla, nemmeno un'aspettativa, entri nel patrimonio del donatario, il quale si troverà nel periodo di attesa nella stessa posizione di speranza, di mero fatto, che è propria di chi sia stato designato erede di taluno, mentre il testatore è ancora vivo”. Sul punto, si rimanda al paragrafo 2.2.1.

<sup>8</sup> Si legga ancora TORRENTE, *op.cit.*, p.314: “Può darsi che nella prospettiva delle parti una modalità particolare della morte del donante sia stata assunta soltanto come evento cui è subordinata l'attribuzione patrimoniale, che si vuole non solo irrevocabilmente, ma anche fin d'ora, naturalmente, con quella limitata efficacia preliminare che è tipica delle situazioni di pendenza. La morte è concepita come evento che semplicemente subordina l'acquisto del donatario, ricorre la fattispecie tipica del negozio condizionato sospensivamente: gli effetti del negozio non si verificano se non nel caso che l'avvenimento previsto si avveri, ma, se l'avvenimento ha luogo, gli effetti stessi retroagiscono, come è la regola in tema di negozio *sub condicione*, al momento della perfezione della donazione. In conseguenza della retroattività la natura di negozio *inter vivos* appare chiara: non soltanto vi è la normale irrevocabilità tipica del contratto, ma gli effetti del negozio si considerano prodotti durante la vita del donante. L'ammissibilità della figura è perciò incontestabile: per negarla, occorrerebbe escludere che la donazione possa essere sottoposta a condizione, o che come evento condizionante possa fungere la morte del donante, ciò che non avrebbe alcuna giustificazione”.

E tale semplicità tecnica si indirizza nel senso di escludere il carattere *mortis causa* a donazioni di questo tipo, le quali, come vedremo nel paragrafo successivo, conservano il carattere della *attualità dello spoglio*.

#### 1.1.2.2. *Morte e causa donandi.*

Dalla natura di mero evento condizionante, si evince perciò la posizione dell'evento-morte in relazione alla causa del contratto.

Il rapporto da considerare è perciò quello tra la morte e l'oggetto del negozio. Come osservato in dottrina, l'oggetto del negozio (il bene) si determina nel momento della conclusione del contratto, poiché è in tale istante che si verifica lo spoglio sotto il profilo della *disposizione* del bene, mentre è soltanto il profilo della *trasmissione* dello stesso a specchiarsi nell'evento-morte<sup>9</sup>.

La trasmissione, tuttavia, non attiene alla "forma del bene", alla sua considerazione, ma meramente alla produzione dell'effetto traslativo: è invece la disposizione che determina il bene, e tale disposizione è slegata dalla condizione e, di conseguenza, dall'avvenimento della morte.

Non può perciò parlarsi di *bene-reliquia*, di un *quod superest* considerato nel contratto: lo spoglio è *attuale*, nel senso che è nella dimensione attuale del bene che le parti dispongono, considerandolo per ciò che è *hic et nunc*, e non per ciò che rimarrà dello stesso.

Il negozio in questione, perciò, ha la struttura di un atto *inter vivos*, dal momento che il bene non viene a definirsi come commisurato al tempo della morte del donante, e non può rilegarsi a schema successorio, nullo ex art.458 c.c.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> M.IEVA, *op.cit.*, p.1189: "Nell'ipotesi in esame infatti l'oggetto del negozio si determina al momento dell'atto come pure è in tale momento che si verifica la disposizione del bene che ha carattere attuale e irrevocabile, ancorché l'effetto traslativo o effetto finale del negozio sia differito alla morte del donante (donazione *cum moriar*) o condizionato alla morte (donazione *si moriar*) o alla premorienza (*si praemoriar*) del medesimo".

<sup>10</sup> G.CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983, p.33-34: "La differenza dai patti successori, come ha rilevato autorevole dottrina (Santoro-Passarelli), è, quanto agli effetti, la seguente: nel patto successorio, ove fosse valido, prima della morte dell'ereditando il futuro erede avrebbe solo un'aspettativa di fatto; nelle donazioni qui considerate, invece, il donatario acquista immediatamente ciò che acquista ogni acquirente a termine iniziale o sotto condizione sospensiva, vale a dire



Se per *causa donandi* deve intendersi la causa materiale del negozio, nel tipo di donazione in esame essa è costituita da un oggetto non definito dall'evento-morte, ma autonomo rispetto ad esso<sup>11</sup>.

## 2. *La mancanza di attualità della trasmissione: tesi giurisprudenziali e avanzi dottrinali.*

La qualificazione dell'evento-morte è l'arzigogolo metodologico centrale nella analisi dottrinale e nella casistica giurisprudenziale della condizione *si praemoriar*, e, più in generale, delle figure di donazione giuridicamente connesse alla morte del donante.

Intorno al paradigma sistematico delineato sino a questo momento, vanno collocate copernicane le pronunzie del giudice, disposte in "cicli", come avvertiva Gardani Contursi Lisi, coordinati nell'iter della "*qualificazione dell'evento «morte» nella struttura della donazione: ed al quesito se tale evento sospenda l'acquisto del diritto o soltanto del suo pratico esercizio*"<sup>12</sup>.

Taglio analitico all'esposizione, guida i successivi paragrafi.

Tema centrale sarà così il posizionamento della morte, in relazione a quello della attualità nella trasmissione del bene.

### 2.1. *Crocicchio e sentieri interrotti (1948-1962).*

L'elaborazione di una giurisprudenza intorno alla figura della *donatio mortis causa*, nel risvolto di un possibile utilizzo della condizione di premorienza e

---

l'aspettativa legalmente tutelata, che gli consente di compiere atti conservativi (art.1356 c.c.) e di disporre del diritto condizionato (art.1357 c.c.)".

<sup>11</sup> Sul problema di un utilizzo dello schema negoziale in frode alla legge, si veda G.CAPOZZI, *loc.ult.cit.*: "è vero che una simile donazione potrebbe simulare un patto successorio istitutivo gratuito, ma occorrerebbe dimostrare che, in tal modo, il donante intese provvedere alla propria futura successione e che i beni donati furono considerati beni ereditari"; CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv.dir.civ.*, 1990, II, p.103: "Si conclude, pertanto, che la donazione *si praemoriar* è certamente atto *post mortem*, ma non anche *mortis causa*, in quanto con essa il disponente intende subito trasferire un diritto condizionato. Essa è quindi perfettamente lecita. È però possibile che con essa «le parti, utilizzando un procedimento indiretto, possano anche conseguire un risultato analogo a quello proprio dell'attribuzione *mortis causa*, come pure non è escluso che dietro un negozio del genere possa talvolta celarsi un patto di istituzione»: la donazione è nulla, in tali casi, ex art.1345 c.c. od in applicazione delle regole sulla simulazione".

<sup>12</sup> GARDANI CONTURSI LISI, *Le donazioni*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1967, p.190.

nel limine della problematica del patto successorio, ha come imbuto ermeneutico i sentieri e le aporie di pronunzie piuttosto risalenti, ma significative ai fini della descrizione dei dogmi fino ad oggi conservati sul tema in questione.

Una fattispecie interessante, decisa dal Tribunale di Bari il 4 marzo 1948<sup>13</sup>, verteva su un contratto di donazione di usufrutto, in cui l'inizio del godimento veniva identificato con il momento della premorienza del donante. Il Tribunale vi ravvisò una *donatio mortis causa*, ritenendola eccezionalmente lecita, però, «nonostante la sua dualità di *donatio mortis causa*, donazione, cioè, caratterizzata dalla condizione, per la perfezione del negozio, della premorienza del donante al donatario»<sup>14</sup>.

In Appello (App.Bari, 15 marzo 1949, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1949, I, 83) lo schema interpretativo venne capovolto, e la donazione configurata come atto *inter vivos*, dal momento che «l'evento della morte del donante viene contemplato non come causa determinante al subentrare di una persona ad un'altra nella titolarità di un diritto, bensì come condizione sospensiva per l'esercizio del diritto stesso».

La vicenda si chiuse con la pronuncia della Cassazione, sentenza che definisce la figura della donazione di usufrutto *cum praemoriar*. Essa segna la fase conclusiva del primo ciclo giurisprudenziale.

2.1.1. *La donazione d'usufrutto cum praemoriar. (Cass.6 marzo 1950, n.576).*

La sentenza 6 marzo 1950 n.576<sup>15</sup> deve considerarsi come la prima compiuta sistematizzazione dell'istituto della donazione a causa di morte compiuta dalla giurisprudenza del dopoguerra, sebbene l'indirizzo adottato risenta di un humus prebellico, incentrato sulle pronunce della Corte suprema 26 giugno 1939 n.2211 e 27 febbraio 1941 n.564.

---

<sup>13</sup> Trib.Bari 4 marzo 1948, Regna-Elba, in *Dir.e Giur.*, 1948, 243.

<sup>14</sup> GARDANI CONTURSI LISI, *loc.ult.cit.*

<sup>15</sup> La presente sentenza può leggersi in *Foro it.*, 1950, I, p.385, la cui massima recita: "Si ha valida donazione *inter vivos* nel caso in cui il donante si spogli attualmente e irrevocabilmente a favore del donatario dell'usufrutto dei propri beni, facendo tuttavia coincidere l'inizio del godimento dell'usufrutto con la data della sua premorienza".

La Corte individua in tale sede i requisiti del contratto di donazione, e cioè:

- a) l'arricchimento patrimoniale del donatario, costituente il "contemporaneo causale corrispondente depauperamento patrimoniale del disponente";
- b) la ragione della liberalità come causa e fine del rapporto<sup>16</sup>;
- c) l'attualità dell'attribuzione patrimoniale<sup>17</sup>;
- d) l'irrevocabilità dell'attribuzione;
- e) l'assenza di una qualsiasi altra causa cogente dell'attribuzione (per il principio *propter nullam aliam causam fecit*, 1.1, Dig. 39,5).

Secondo la Cassazione, l'apposizione della condizione *si praemoriar* al contratto di donazione di usufrutto, opera secondo uno schema che delinea un'attribuzione *inter vivos*: "La detta condizione –si legge-, non intacca (...) l'attualità dello spoglio patrimoniale e non funziona per la revoca della volontà negoziale, che è non futura, né ambulatoria, ma presente, attuale, se pur condizionata"<sup>18</sup>.

Pertanto è respinto l'argomento dei ricorrenti secondo il quale la condizione sospensiva deve necessariamente ritenersi incompatibile con l'attualità dello spoglio patrimoniale.

La Corte individua così, in negativo, i requisiti della *donatio mortis causa*, costruiti come:

- revocabilità del contratto;

---

<sup>16</sup> Nella fattispecie, "relazione affettiva e sentimentale del disponente verso la fidanzata; contemplazione della vita coniugale di imminente realizzazione; trasporto verso la futura moglie e spirito di previdenza e provvidenza a favore di lei". Per la Corte, "in che consiste l'*animus donandi*; vale a dire non solo la spontaneità dell'atto, ma anche la sua teleologica risoluzione di una liberalità (*ut liberalitatem et munificentiam exerceat*, 1.1 pr., Dig.39,5)".

<sup>17</sup> "tanto che è impegnata per l'accettazione immediata e presente della beneficiaria e ciò che è differito al tempo posteriore alla morte del disponente è solo la prassi di sfruttamento materiale o l'esercizio pratico del diritto, immediatamente acquisito, di usufrutto".

<sup>18</sup> "la condizione sospensiva volontaria, come autolimitazione della volontà del disponente, è congegnata in modo che (per la privata volontà delle parti e per legge che l'asseconda) è destinata a operare nel futuro, ma con effetto retroattivo e l'evento futuro, nel quale consiste, non è distruttivo o confermativo della volontà negoziale così esplicita; ma è, in ogni caso, asseccativo e assertivo della stessa e, in ogni alternativa ipotesi, secundum quella volontà; così che il negozio posto in essere è, fin d'ora, completo e operante secondo la sua natura".

- destinazione ad avere efficacia definitiva soltanto e necessariamente all'apertura della successione<sup>19</sup>.

Tale assunto, fa leva dunque sui due caratteri indefettibili della:

- irrevocabilità: in tal senso, la donazione *si praemoriar* “è irrevocabile non meno che qualsiasi altra donazione sotto condizione sospensiva e, anzi, non meno che qualsiasi altra donazione”<sup>20</sup>,
- attualità<sup>21</sup>.

Su un piano dommatico, la pronunzia in questione fissa due criteri essenziali, seguiti dai cicli giurisprudenziali successivi: 1) il carattere *inter vivos* della donazione di usufrutto a morte del donante, carattere dato dalla perfezione del contratto con l'accettazione del donatario, cui inerisce una condizione sospensiva che non sublima l'evento-morte a causa determinante il subentrare di una persona ad un'altra, ma sospende il solo “esercizio pratico” di un diritto; 2) il carattere di irrevocabilità di tale contratto, conseguente dalla stessa natura *inter vivos* del negozio, in quanto comporta lo spoglio immediato e attuale, pur sottoposto a condizione sospensiva<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> La corte esclude così la possibilità che il contratto simuli un patto successorio, i cui elementi sono individuati dalla stessa in 4 punti: “a) che l'oggetto di essi deve essere compreso in una successione futura; b) che sia considerato nella stipulazione come facente parte di una successione futura; c) che il promittente abbia voluto provvedere alla propria successione; d) che l'acquirente abbia contrattato, o stipulato, come avente diritto a quella successione”.

<sup>20</sup> SANTORO PASSARELLI, *Validità della donazione d'usufrutto «cum praemoriar»*, in *Foro it.*, 1950, I, p.385: “Dopo la donazione la volontà del disponente non può più né direttamente, come nella *donatio mortis causa*, né indirettamente, come nel patto successorio, influire sulla sorte dell'attribuzione. A differenza dall'una e dall'altro, questa dipende soltanto dal verificarsi della condizione, la premorienza del donante”.

<sup>21</sup> Si legga la nota di SANTORO PASSARELLI, *loc.ult.cit.*: “La donazione *si praemoriar* è attuale, anche quando alla stessa inerisca la modalità *cum praemoriar*, e cioè, oltre la condizione, un termine iniziale di efficacia, con determinazione della decorrenza dell'esercizio del diritto dalla morte del donante, e quando abbia per oggetto non la proprietà, ma soltanto l'usufrutto, rispetto al quale sembra costituire un ostacolo particolare quell'inseparabilità tra titolarità ed esercizio del diritto, ritenuta dal codice vigente con la soppressione della distinzione tra l'una e l'altro (art.980 cod.civ.). Infatti, nel caso i donatario acquista immediatamente ciò che acquista ogni acquirente sotto condizione sospensiva, l'aspettativa legalmente tutelata (art.1356-1359 cod.civ.) del diritto acquistato sotto condizione sospensiva e destinata a tramutarsi nel diritto al verificarsi della condizione”.

<sup>22</sup> Una nota critica, sulla sistemazione dogmatica dell'istituto e delle sue varianti tecniche, ma che perviene al medesimo risultato, è quella del TORRENTE, *op.cit.*, p.315, che dedica un appunto sulla variante data dall'**usufrutto cum praemoriar**. L'autore rileva una duplice problematica legata alla figura della donazione di usufrutto *cum praemoriar*: 1) sulla necessaria strutturazione del contratto come combinato di un termine iniziale e di una condizione sospensiva: “...in tal caso l'attribuzione dell'usufrutto è sottoposta, oltre che ad un termine iniziale, anche alla condizione sospensiva della premorienza del donante al donatario, perché, dato il collegamento dell'usufrutto con la vita

2.1.2. *La Cass. 21 gennaio 1959, n.140: variazioni sul tema, e allegro con brio.*

La sentenza 21 gennaio 1959 n.140<sup>23</sup>, specifica e ribadisce il principio di diritto espresso nella statuizione del 1950.

La specificazione della posizione dell'evento-morte nella donazione sottoposta a condizione sospensiva, è nel senso che "la donazione *inter vivos* sottoposta alla condizione sospensiva *si praemoriar* è valida e irrevocabile una volta accettata dal donatario, e soltanto l'efficacia del contratto dipende dalla eventualità della premorienza del donante al donatario".

Una volta avveratosi l'evento posto in condizione, l'evento-morte, la cosa donata, in virtù dell'effetto retroattivo ex art.1360 c.c., si ritiene acquisita al donatario *ex tunc*, ossia *ante mortem* del donante ("precisamente al momento in cui il contratto di donazione si era perfezionato").

La novità apportata dalla pronuncia del '59, pertanto, non consiste nell'elaborazione del principio di diritto, bensì risiede nella tesi della riduzione del tema *mortis causa-inter vivos* e della variazione giuridica donazione-patto successorio, ad una *quaestio voluntatis*, da indagare e chiarire di volta in volta, accertando la reale volontà delle parti<sup>24</sup>.

---

dell'usufruttuario (art.979 cod.civ.) e la sua in trasmissibilità agli eredi dello stesso, il diritto non può nascere a favore del donatario se, al momento della morte del donante, il donatario stesso è già morto"; 2) sulla esclusione della retroattività normalmente inerente alla condizione ex art.1360 c.c.: "esclusione che è determinata dalla giustapposizione del termine alla condizione: mentre (...) nel caso di donazione della proprietà *si praemoriar*, verificatasi la condizione, la proprietà stessa si considera acquisita al donatario fin dal momento della perfezione della donazione e gli effetti del negozio si verificano *ante mortem*; se oggetto della donazione è l'usufrutto *cum praemoriar*, ciò è impossibile, perché l'usufrutto spetta durante la vita del donante al donante medesimo e, per la contraddizione che non consente, non può appartenere in quello stesso periodo di tempo al donatario". Torrente finisce tuttavia per risolvere questo secondo aspetto nella possibilità di individuare le posizioni delle parti del contratto attraverso la disciplina della *condicio pendet*: "...si può concepire l'acquisizione al patrimonio del donatario di quella situazione tipica di pendenza, che è caratteristica dell'aspettativa derivante dall'acquisto subordinato ad una *condicio facti*: il donante si spoglia dell'*ius disponendi* dell'usufrutto medesimo, il quale diventa negoziabile per il beneficiario".

<sup>23</sup> La sentenza può leggersi in *Foro it.*, 1959, I, p. 580, con massima: "La donazione, i cui effetti sono subordinati alla premorienza del donante al donatario, è invalida quale *donatio mortis causa* se è revocabile ad arbitrio del donante".

<sup>24</sup> "Ciò posto, occorrerà quindi ricercare di volta in volta, nei singoli casi concreti, se le parti con il negozio giuridico da loro posto in essere abbiano voluto dissimulare un patto successorio e se, pertanto, nella donazione simulata si debba ravvisare un tale patto: con la conseguenza che se l'indagine sia positiva dovrà dichiararsi la nullità della donazione, perché *mortis causa*. Nell'ipotesi

Tale tema, va integrato con alcune variazioni, espresse in proposito dal Torrente, nella sua nota alla sentenza<sup>25</sup>.

Vagliando le ragioni concrete, l'intento pratico che può sottendere il ricorso a tale strumento negoziale, l'autore differenzia la funzione della *donatio mortis causa* da quella del testamento, sul rilievo che "mentre qualsiasi effetto del testamento non si realizza prima della morte del testatore, la donazione *mortis causa*, sia essa revocabile o irrevocabile, è capace di produrre –prima della morte del testatore- alcuni effetti che in sostanza si riducono a quelli che sono propri del negozio sottoposto a termine o a condizione"<sup>26</sup>.

Tale intento pratico, poiché non può realizzarsi mediante una donazione caratterizzata dalla revocabilità, deve necessariamente essere filtrato in un negozio irrevocabile, che per il principio di autonomia privata delle parti, viene a costituire un'ipotesi negoziale ammessa dal nostro ordinamento<sup>27</sup>, composta da un effetto definitivo (l'attribuzione patrimoniale del bene, legata al presupposto della morte del donante) e da uno preliminare (coincidente

---

contraria si tratterà invece di donazione *inter vivos* sottoposta alla condizione sospensiva della premorienza del donante, riconosciuta dal nostro ordinamento, e, quindi, valida. Tutto ciò come ben s'intuisce, si risolve in un'indagine sul contenuto del negozio giuridico realizzato dalle parti e sulla concreta e comune intenzione da queste espressa nel negozio stesso. Tale indagine è commessa al giudice del merito ed è incensurabile in Cassazione se non siano state violate le norme di ermeneutica contrattuale (art.1362 e segg. cod. civ.) e se sia adeguatamente motivata e scevra da vizi logici". Si legga anche GARDANI CONTURSI LISI, *op.cit.*,p.97: "Così già la sentenza 17 maggio 1957, Ferrari-Sorce, in *Giur.sic.*, 1958, 263, specificava che deve considerarsi *donatio mortis causa*, vietata dalla nostra legge, ogni specie in cui la morte costituisca «l'evento in forza del quale l'effetto del negozio si produce e senza del quale esso non si produce»".

<sup>25</sup> TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, 1959, I, p.580.

<sup>26</sup> TORRENTE, *loc.ult.cit.*. L'autore sofferma l'attenzione anche sul sistema tedesco e quello anglosassone. Interessanti considerazioni, nel diritto germanico, sono riportate dal Torrente, che traduce COSACK, *Lehrbuch des deutschen burgerlichen Rechts*, II, Jena, 1904, p.708: "le donazioni *mortis causa* sono promesse di donazioni (*Schenkungsversprechen*), il cui adempimento può essere preteso senza condizioni dal donatario durante la vita del donante. Secondo che siano revocabili o no, esse presentano analogia con il testamento o con il contratto ereditario, ma se ne distinguono perché non acquistano efficacia per via della morte, ma attribuiscono al donatario già durante la vita del donante un diritto –sottoposto a termine o a condizione- all'adempimento della promessa di donazione". Nel diritto anglosassone, invece, la lettura di JENK'S, *English civil law*, London, 1947, II, p.1129, porta Torrente a scrivere che "una persona sofferente di una malattia può fare una donazione in contemplazione della propria morte. Chi compie la liberalità deve avere l'intenzione di fare un dono immediato (*an immediate gift*), soggetto alle condizioni che la proprietà in via assoluta del bene non passerà al donatario fino alla morte del donante e che, se il donante riprende possesso del bene oppure guarisce dalla malattia in occasione della quale la donazione fu fatta, la donazione stessa si considererà come non fatta".

<sup>27</sup> TORRENTE, *loc.ult.cit.*: "Se, invece, la donazione, sia pure subordinata, all'evento della morte, è irrevocabile (*ut nullo casu revocetur*), allora –poiché nulla vieta di sottoporre la donazione a condizioni, e la premorienza del donante al donatario, essendo un avvenimento futuro e incerto, rientra nello schema di tale figura- proprio per il principio dell'autonomia privata un tale negozio ha diritto di cittadinanza anche nel nostro ordinamento".

con la situazione di *condicio pendet*, e che si verifica al momento della conclusione del contratto)

In tale situazione, si potranno perciò distinguere due distinte figure di *donatio mortis causa*:

- a) la donazione che si struttura come negozio a causa di morte, diretta perciò a produrre tutti gli effetti soltanto alla morte del donante, e pertanto vietata nel nostro ordinamento;
- b) la donazione che ha struttura di negozio *inter vivos*, sottoposto alla condizione di premorienza del donante, ammesso purchè non sia stabilita la revocabilità ad arbitrio del donante.

La critica di Torrente, risiede a questo punto nella qualificazione del rapporto tra donazione e patto *mortis causa*. Date le premesse e la classificazione dommatica riportata, non sembra corretto ridurre allo schema della simulazione il predetto rapporto.

Più che negozio simulato, il rapporto intercorrente è quello di “specie a genere: la donazione *mortis causa* altro non è se non un patto successorio a titolo gratuito”<sup>28</sup>.

#### 2.1.2.1. *La quaestio voluntatis (aggiunta).*

La linea interpretativa tracciata, fa leva, come detto, sulla necessità di un’indagine intorno alla volontà delle parti ai fini di individuare la natura del negozio giuridico posto in essere dalle stesse.

---

<sup>28</sup> TORRENTE, *loc.ult.cit.*: “Non è necessario che vi sia contrasto tra volontà e dichiarazione perché si abbia donazione *mortis causa* vietata dalla legge. La simulazione potrà ricorrere allorché le parti abbiano cercato di rivestire con l’apparenza di una donazione *inter vivos* (...) un negozio che ha invece la funzione tipica del negozio *mortis causa*, ma ciò non esclude, anzi, conferma, che, in sé e per sé, la donazione *mortis causa* non porti con sé il ricorso alla simulazione”. Si veda, sul punto, la risposta di TALASSANO, *Variazioni sul tema della donazione «mortis causa»*, in *Giur.it.*, 1960, IV, p.79, per il quale la qualificazione della donazione *mortis causa* come specie del genere patto successorio non è sicura, “data la difficoltà di ipotizzare una tipica ed unitaria concezione dei patti successorii”.

È cioè l'elemento volontaristico il punto di equilibrio nel posizionamento negoziale dell'evento-morte, quale causa dell'attribuzione, o mera condizione sospensiva<sup>29</sup>.

Sembra che la giurisprudenza maggioritaria si sia imposta tale percorso, tale *sentiero interrotto*, nel calco – a mio avviso- di una errata concezione della nozione di causa<sup>30</sup>.

Sarà perciò di volta in volta il giudice del merito ad accertare se la volontà delle parti abbia costruito il negozio in un modo piuttosto che in un altro. Restano i miei dubbi, su questo *dogma della volontà*, sull'esistenza di una nozione empirica di volontà oggettiva, sulla portata ermeneutica dell'art.1362 c.c., sulla dicotomia astratta volontà-motivo<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Si legga TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p.314: "L'accertare se dalle parti di sia voluta tale subordinazione o la morte come causa dell'attribuzione, è una *quaestio voluntatis*, come tale, riservata, con i consueti limiti, al giudice del merito. Lo stesso dicasi se la morte del donante è collegata con altre modalità: se morrò in guerra, durante un viaggio per aereo, un'epidemia, ecc. Si è affermato che in tali casi si dovrebbe attribuire carattere di condizione all'evento così qualificato, ma si è osservato esattamente che occorre sempre verificare quale sia la funzione che le parti assegnano alla morte, per quanto il riferimento a determinate circostanze di tempo e di luogo possa più facilmente indurre ad escludere l'attribuzione ad essa di un valore causale".

<sup>30</sup> Si riporta il pensiero di CHIANALE, *op.cit.*, p. 103-104, che sintetizza al meglio la situazione in commento: "In realtà si ha l'impressione che gli interpreti successivi non abbiano approfondito l'analisi dei patti successori. Essi si sono avvalsi di quell'impianto teorico per delimitare, senza ulteriori ricerche, l'area dei negozi *mortis causa*. Attribuita al testamento, in quanto negozio giuridico (od alle disposizioni in esso contenute ex art.588 c.c.), la causa desumibile dall'art.587 c.c. (disporre in previsione della morte delle proprie sostanze), ed estesa tale causa ai patti istitutivi, per gli interpreti è agevole, di fronte alla donazione *si praemioriar* (e *cum moriar*), trascurare i profili di simulazione o frode alla legge, e limitarsi ad indagare la causa del contratto per accertare l'esistenza di una violazione diretta del divieto dei patti istitutivi. Così, se la morte integra il requisito causale del contratto, si viola l'art.458 c.c., volendosi regolare i propri interessi patrimoniali per il tempo dopo la morte; se invece essa è null'altro che termine *a quo* per l'efficacia del contratto vi è valida donazione *post mortem*, la cui causa resta l'arricchimento per spirito di liberalità. Tutto ciò conduce però ad una aleatoria ed incerta valutazione della volontà del disponente, e si traduce in sostanza in un rafforzamento del divieto dei patti istitutivi, che il giurista italiano (...) vede operare quasi ovunque".

<sup>31</sup> La dottrina che adotta il punto di vista della volontà, non sembra andare al di là del semplice riassunto dommatico, dell'astrazione, e non pare rendersi conto della trappola interpretativa che sta dietro la apparente linearità concettuale della distinzione tra causa (finale) e condizione. Si veda il discorso di BIONDI, *op.cit.*, p.107-108, che pare cedere (ma non troppo, con un arzigogolo finale) anche ad una tentazione nominalistica (cd.essentialismo metodologico), facente leva sul *nomen iuris*: "Bisogna accertare la funzione della clausola in rapporto alla volontà dei contraenti. Se l'atto dice *si praemioriar* o con qualunque altra formulazione le parti hanno inteso subordinare l'effetto della donazione alla premorienza del donante, abbiamo una semplice condizione sospensiva, che, per la sua normale efficacia retroattiva, esclude ogni sospetto che celi un patto successorio; è una vera e comune donazione tra vivi (...). Se invece la clausola dicendo *cum praemioriar* innesta una data al verificarsi della condizione, e la data non è un giorno qualsiasi, ma quello della morte del donante, l'atto è destinato a produrre i suoi effetti solo alla morte del donante ed ha consistenza giuridica proprio alla morte di questi. Orbene un contratto che prende consistenza giuridica alla morte del contraente non è



### 2.1.3. Quaderni 1959-1962.

Le pagine giurisprudenziali che possono leggersi, successivamente alla fissazione dei canoni interpretativi fissati tra il '50 ed il '59, insistono intorno al tema -ed alle variazioni sul tema - della volontà.

Una pronuncia del 1954<sup>32</sup>, quindi una “pronuncia d’intermezzo”, aveva impostato anch’essa la fattispecie in esame come incentrata sulla *quaestio voluntatis*.

La figura ricorrente veniva inquadrata come “vendita simulata”, mancando l’effettivo concorso di prestazioni corrispettive, laddove una parte aveva operato in favore dell’altra al fine di appianare i diverbi manifestati in famiglia per il “suo progettato matrimonio, e per evitare che alla morte di lui una parte del patrimonio avito fosse dissolto dalla famiglia”.

L’indagine del giudice di merito diviene perciò essenziale, al fine di indagare la reale volontà delle parti, e rilegare quindi il negozio tra le maglie della donazione tra vivi o a causa di morte, sulla base, nel caso specifico, della presenza o meno del requisito dell’attualità dello spoglio<sup>33</sup>.

Si è perciò di fronte, mancando quest’ultimo elemento, ad un patto successorio costruito secondo lo schema della *donatio mortis causa*<sup>34</sup>.

Del 1960, invece, è una sentenza della Cassazione<sup>35</sup> relativa ad un contratto di donazione contenente due clausole concernenti:

- a) il divieto di alienazione (*pactum de non alienando*);
- b) la riserva di usufrutto a favore del donante.

---

altro che patto successorio, e come tale nullo. Naturalmente non bisogna soffermarsi sulla frase, che abbiamo schematicamente adoperato per chiarezza, ma occorre risalire alla volontà delle parti”.

<sup>32</sup> La sentenza è Cass. n.3136/1954, citata in GARDANI CONTURSI LISI, *op.cit.*, p.196.

<sup>33</sup> La Corte osserva come il disponente “se apparentemente alienava in favore di nipoti la nuda proprietà dei suoi beni immobili, nella realtà non si spogliava delle cose, che non alienava, ma *donava e donava non attualmente*, ma disponeva che sarebbero passate in proprietà e in possesso dei Rodriguez solo dopo la morte di lui”.

<sup>34</sup> “...Contratto nella forma, ma testamento nella sostanza, perché sempre revocabile ad arbitrio del donante ed ipso iure revocata, nel caso che il donante sopravvivesse al donatario”. Ed ancora “mancava in esso l’attualità dello spoglio delle cose donate, che dopo la morte del donante sarebbe passata in proprietà in possesso del donatario”.

<sup>35</sup> Cass., 25 gennaio 1960, n.74, in *Temi napol.*, 1960, I, p.254.

Nella specie, la Corte respinge il teorema secondo il quale vi sarebbe incompatibilità tra il carattere *inter vivos* della donazione e patti che limitino nel donatario sia il diritto di godere che quello di disporre del bene: laddove tali patti si cumulino, la natura del contratto sarebbe necessariamente quella di un negozio *mortis causa*.

In realtà, anche in questo caso la Corte deve appoggiarsi al giudice del merito, nell'analisi della *quaestio voluntatis*, per affermare che il donante, nella fattispecie, non avesse riservato per sé il diritto di disporre del bene donato, ma soltanto quello di godimento, sostenuto dalla riserva di usufrutto (il donante aveva "immediatamente ed attualmente attribuito al figlio la nuda proprietà del bene, di cui si spogliava senza più poterne disporre").

Ciò che va sottolineato, anche in questo caso, non è tanto il principio di diritto per cui il *pactum de non alienando* non compromette in sé lo schema della *donatio inter vivos*, quanto il ripetuto sostegno, nell'iter argomentativo, alla regola dell'indagine caso per caso sulla intenzione e volontà delle parti (il criterio, dice la Corte, "di interpretare la volontà di specie in specie")<sup>36</sup>.

In tale prospettiva, si muove la giurisprudenza, in cicli di sentenze che fissano lo sguardo nomofilattico nel merito, nel lavoro intorno alla volontà.

## 2.2. Studi ed ipotesi 1962-2000.

Non offrirebbe alcun contributo dottrinario una rassegna delle pronunzie giurisprudenziali, intercorse in questi ultimi quarant'anni.

Va tenuto in conto, infatti, che la figura della donazione a causa di morte è stata studiata e ri-considerata principalmente attraverso sentenze tese perlopiù a specificare il loro iter logico-giuridico intorno all'art.458 c.c., che non a ri-definire l'aporia dogmatica del negozio *mortis causa*, e a risolvere la dicotomia nel rapporto con l'atto tra vivi.

---

<sup>36</sup> Nota GARDANI CONTURSI LISI, *op.cit.*, p.98-99: "In definitiva, dunque, la C.S. esclude la presenza di una *donatio mortis causa* seguendo fedelmente e minutamente il criterio di «interpretare la volontà di specie in specie» infatti, dichiarando l'attualità dello spoglio, la sentenza considerava anche il motivo per cui il donante erasi indotto alla clausola inibitoria di vendita senza consenso, compatibile con lo schema della *donatio inter vivos*: «l'apprezzabile interesse materiale, e morale del donante a che quel bene di famiglia, al quale era affezionato e di cui si era riservato l'usufrutto, non finisse, esso vivente, in mano a persone inive o malfide, o comunque non uscisse dall'ambito familiare senza ragioni di necessità o di convivenza di cui egli, come capo famiglia, avesse riconosciuto la serietà»".

Pertanto, sembra maggiormente corretto affrontare il discorso in maniera asistemica, lasciando al lettore il picciolo ruminare tra altre pagine dedicate alla figura del patto successorio<sup>37</sup>.

Sul tema della causa del contratto, la Cassazione<sup>38</sup> ha insistito sulla considerazione finalistica della nozione, e sull'elevazione dell'evento-morte a scopo oggettivo dell'attribuzione patrimoniale come fattore discriminatorio delle ipotesi di donazione a causa di morte e clausola *si praemoriar*.

Nella giurisprudenza di merito, La Corte d'Appello di Reggio Calabria<sup>39</sup> ha invece ravvisato nell'elemento della revocabilità il segno giuridico del carattere *mortis causa* della donazione, mentre il Tribunale di Catania<sup>40</sup> non ha ammesso la condizione di premorienza come ipotesi lecita per la mancanza del requisito della attualità dello spoglio.

In entrambi i casi, si tratta di aspetti e circuiti interpretativi deboli, che non tengono in conto la più complessa struttura dell'atto e la posizione della morte in relazione alla pendenza della condizione.

---

<sup>37</sup> Esempio di tale intreccio, ed al contempo riepilogo della giurisprudenza fin qui esaminata, è la recente sentenza della Cassazione n.5870/2000, la cui massima ri-definisce ancora una volta la natura del patto successorio ("Ricorre un patto successorio istitutivo, nullo ai sensi dell'art. 458 cod. civ. nella convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta che costituisca l'attuazione dell'intento delle parti, rispettivamente, di provvedere in tutto o in parte alla propria successione e di acquistare un diritto sui beni della futura proprietà a titolo di erede o legatario. Tale accordo deve essere inteso a far sorgere un vero e proprio "*vinculum iuris*" di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce l'adempimento"), per poi offrire una panoramica, nella motivazione, delle clausole e degli schemi negoziali problematici: "Il divieto dei patti successori pone il problema del confine fra contratti *inter vivos* con effetti *post mortem* (dove la morte di uno dei contraenti figura soltanto come termine o condizione, ovvero come evento per la piena attribuzione patrimoniale) e contratti in cui la morte assume rilevanza causale. E' evidente che soltanto questi ultimi, cadendo nel divieto, sono da ritenere nulli; poichè non tutti i contratti i cui effetti siano in qualche modo collegati con la morte di uno dei contraenti, assumono necessariamente carattere di disposizione a causa di morte. L'autonomia privata, che in sede testamentaria conosce limiti molto rigidi, riacquista tutta la propria capacità espansiva quando la struttura contrattuale prescelta determina l'immediato trasferimento del bene attraverso un atto *inter vivos*, pur subordinandone la definitività alla morte (per cui è stata ritenuta valida la donazione con cui il disponente si riserva, vita natural durante, l'usufrutto dei beni donati, stante l'attualità e immediatezza dell'acquisto della nuda proprietà, essendo successivo alla morte del donante solo l'immissione nel possesso: Cass. 13.10.1958 n. 3240; 27.9.1954 n. 3136). In tal caso si è al di fuori dell'ipotesi del patto successorio, trattandosi di utilizzazione di determinati schemi negoziali caratterizzati dall'efficacia *post mortem*, la cui validità è stata generalmente ammessa (ad es. è stata riconosciuta valida la donazione sotto condizione della morte (*si moriar*) o della premorienza (*si praemoriar*) del donante (Cass. 9.7.1976 n. 2619; 16.6.1966 n. 1547); parimenti è stato riconosciuto valido il mandato *post mortem* (Cass. 4.10.1962 n. 2804; 25.3.1993 n. 3602) e il contratto a favore di terzo con effetti *post mortem*)".

<sup>38</sup> Cass., 16 giugno 1966, n.1547, in *Gc*, 1967, I, p.1351.

<sup>39</sup> App.Reggio Calabria, 14 giugno 1990, in *Nuova Giur.Civ.*, 1991, I, p.155.

<sup>40</sup> Trib.Catania, 25 marzo 1993, in *Foro it.*, 1995, I, p.696.

In definitiva, non può dirsi che il percorso di questi anni abbia portato alla auspicata chiarificazione geometrica della struttura dell'atto *mortis causa*, ma deve evidenziarsi un battito interpretativo impreciso e limitato alla mera estensione dell'ambito applicativo dell'art.458 c.c. in tutti i casi in cui il giudice concluda l'indagine sulla volontà nel senso di collocare l'evento-morte all'interno del meccanismo operativo della causa finale.

In sintesi, è la *quaestio voluntatis* trattenuta nella griglia della dommatica del patto successorio, a fungere da etichetta per le risultanze para-psicologiche del giudice.

### 2.2.1. *Torrente e la riconsiderazione del binomio causa-evento morte.*

A conclusione del capitolo, improntato alla descrizione più che al taglio critico pare opportuno analizzare la posizione adottata dal Torrente, in merito alla distinzione tra atto *inter vivos* ed atto *mortis causa*, la quale rivede i sentieri interrotti fino a questo punto esaminati.

Oggetto dell'indagine dell'autore, è costituito dall'esaminare "se la revocabilità rappresenti effettivamente un elemento essenziale del negozio *mortis causa*, in guisa che sia sufficiente constatare che in una donazione il donante si sia riservato il *ius poenitendi usque ad vitae supremum exitum* per affermare che si tratti di un negozio *mortis causa*, vietato *inter vivos* nel nostro ordinamento (art.458 cod.civ.), e, viceversa, che la donazione nel caso concreto sia voluta come irrevocabile (*ut nullo casu revocetur*) per escluderlo"<sup>41</sup>.

La risposta a tale interrogativo, è che la revocabilità non pare giocare alcun ruolo nella *summa divisio* in questione, dandosi nella realtà giuridica anche negozi *inter vivos* caratterizzati dalla revocabilità stessa, e costituendo essa un *posterius*, sotto il profilo logico-funzionale, rispetto alla natura del negozio *mortis causa*.

Torrente conclude pertanto per la tesi già nota della decisività del posizionamento giuridico dell'evento-morte nello schema negoziale

---

<sup>41</sup> TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p.312.

approntato dalle parti, evento che, laddove si ponga quale causa dell'attribuzione, configurerà una donazione *mortis causa*, mentre ove si riduca a mero elemento temporale, a termine o condizione, significa la natura di un atto *inter vivos*.

Quel che interessa, nella seguente analisi, è la ri-considerazione da parte dell'autore di tale binomio morte-causa<sup>42</sup>.

Le parti, infatti, potrebbero realizzare un negozio in cui la morte funziona come causa dell'attribuzione, ma al contempo si posizioni in chiave apparentemente accessoria, alla stregua di una condizione sospensiva *si praemoriar*.

L'esempio di Torrente è il seguente: un collezionista di francobolli vuol lasciare la sua collezione ad una persona che gli dia affidamento di "ben custodirla e di incrementarla con lo stesso amore che per essa ha il donante<sup>43</sup>".

Lo schema più idoneo ad incanalare le esigenze del collezionista, non è certo il legato, data la possibilità di una rinunzia allo stesso ex art.649 c.c.

Accade così che "colui a cui si vuol lasciare la collezione subordina la sua accettazione alla pattuizione della irrevocabilità; per entrambe le parti il beneficio è dato e ricevuto in correlazione con la morte del donante, il quale, proprio per il fine che si propone, non tollererebbe un atto qualsiasi di disposizione del donatario, per lo meno, durante la sua vita<sup>44</sup>".

La situazione delineata è la seguente: nella situazione di pendenza della condizione, nulla entra nel patrimonio del donatario, nonostante il carattere di irrevocabilità del negozio. Il donatario è in una posizione di mera speranza, poiché le parti non hanno intessuto un contratto che prevede la possibilità di compiere gli atti di cui agli artt.1356 e seguenti.

Questo accade dal momento che l'evento-morte, nonostante l'esistenza della *condizione si praemoriar*, è causa dell'attribuzione patrimoniale.

---

<sup>42</sup> Nota A.PALAZZO, voce *Donazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*, VII, Torino, 1991, p.143, in relazione all'ipotesi di Torrente: "suscita l'idea che l'analisi del fenomeno vada disancorata dal binomio causa dell'attribuzione-morte secondo gli schemi tradizionali".

<sup>43</sup> TORRENTE, *loc.ult.cit.*

<sup>44</sup> TORRENTE, *loc.ult.cit.*

La condizione, tecnicamente, non è infatti rappresentata dalla morte, ma unicamente da una modalità della stessa: “la sua anteriorità rispetto ad un altro avvenimento”<sup>45</sup>.

Il collezionista di francobolli, rappresenta dunque un’incrinatura rispetto al binomio causa-evento morte, proprio nella dimostrazione che non necessariamente la presenza della condizione *si praemoriar* comporta il posizionamento dell’evento-morte nella circoscrizione dell’accessorietà, fuori dalla causa.

### 3. *Nota conclusiva (intorno al ruminare).*

Lo studio sull’atteggiarsi della condizione *si praemoriar*, può concludersi con una considerazione di ordine metodico.

Si sono in queste pagine soltanto svolti alcuni sentieri, interrotti e divergenti, paralleli e coincidenti, nel tentativo di metter insieme un materiale, un sorite di considerazioni, su cui poter appoggiarsi per altre e diverse considerazioni: qui, si può soltanto ruminare.

---

<sup>45</sup> TORRENTE, *loc.ult.cit.*: “Nel caso considerato la morte funziona come causa dell’attribuzione patrimoniale, la quale, al tempo stesso, è subordinata ad una condizione sospensiva *si praemoriar*, che l’evento stesso si verifichi prima della morte del donatario: in condizione viene assunta, evidentemente non la morte, che costituendo la causa o elemento della causa della donazione, non può al tempo stesso fungere da condizione, ma una modalità dell’evento considerato: la sua anteriorità rispetto ad un altro avvenimento”.

## PARTE SECONDA

### NOTE SUL GIUOCO DELLA CONDIZIONE

### 1. *Volontà e clausola condizionale (Figure tipiche e atipiche).*

Le note qui sparse, definiscono una post-fenomenologia del contratto di donazione sottoposto a condizione, nell'ottica di un prospetto intorno all'atteggiarsi schematico di tale elemento accidentale, e nella convinzione che dentro tale discorso si radichino le valvole ed i meccanismi di comprensione delle figure disegnate nel presente lavoro.

In tema di condizione, vanno richiamate preliminarmente le norme fondamentali in materia.

Essendo la donazione un contratto, ai sensi dell'art. 769 c.c., si deduce la possibilità per le parti di ipostatizzare la propria volontà nelle meccaniche degli artt.1353 e seguenti c.c., attraverso il ricorso agli elementi accessori della condizione sospensiva e di quella risolutiva<sup>46</sup>.

Tale ricorso, permette ai privati di prospettare schemi negoziali particolari, alcuni tipici, *i.e.* previsti e regolati dalla legge, altri atipici. Si passeranno perciò in rassegna alcune figure, ritenute essenziali ai fini di un'esposizione più feconda possibile.

#### *La riserva di disposizione dei beni donati (art.790 c.c.).*

Ai sensi dell'art.790 c.c., *“quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi”*.

---

<sup>46</sup> Ovviamente, riguardo alla condizione sospensiva, come nota TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p.460, “è del pari incontestata l'applicabilità alla donazione della regola posta nell'art.1355: è, perciò, nulla la donazione sotto condizione meramente potestativa *a parte donantis*”. Per la nozione, leggi BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XII, t.4, Torino, 1961, P.496: “La nozione di condizione meramente potestativa è sicura in dottrina: tale è quella che deduce un fatto volontario, ma il cui adempimento, dipendente sempre dalla volontà del soggetto, è suggerito non da apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte, per cui è indifferente compierlo o non compierlo, in guisa che, in fondo, si riconduce alla condizione «se vorrò»”.



La struttura di tale riserva deve tecnicamente considerarsi come costruita su una condizione risolutiva meramente potestativa *a parte donantis*<sup>47</sup>.

Riguardo all'oggetto, la norma sembra ammettere la riserva, alla stregua di una clausola stretta entro i limiti quantitativi indicati, ed individuati in "qualche oggetto" e in una "determinata somma"<sup>48</sup>, non consentendo pertanto una riserva sull'intero oggetto della donazione<sup>49</sup>.

Rispetto alla struttura dell'atto, parte della dottrina ha sottolineato una differenza sostanziale della figura rispetto all'operare della condizione: se quest'ultima, infatti, ha per effetto la risoluzione dell'acquisto, l'art.790 c.c. ha come effetto tipico il trasferimento del bene alla persona a favore della quale il donante dispone, e non il ritorno del bene stesso all'alienante<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> A.PALAZZO, voce *Donazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*, VII, Torino, 1991, p.143: "si ritiene comunemente che la donazione possa essere sottoposta a condizione risolutiva. Il ricondurre la irrevocabilità della donazione alla sua natura contrattuale infatti consente di ammettere anche l'apposizione di una condizione meramente potestativa risolutiva *a parte donantis*. Entro i confini di questa figura è tradizionalmente collocata la disposizione di cui all'art.790 (...)."; TORRENTE, *op.cit.*, p.465: "La donazione può essere sottoposta anche a condizione risolutiva. Secondo i principi generali, mentre (...) la condizione sospensiva meramente potestativa *vitiatur et vitatur* (art.1356 cod.civ.), nulla si oppone all'ammissibilità della condizione risolutiva meramente potestativa".

<sup>48</sup> L'origine dell'istituto risale al diritto consuetudinario francese. Si legga BIONDI, *op.cit.*, p.854: "...nel diritto consuetudinario francese era nulla perché contrastante con il requisito della irrevocabilità, formulato nella massima «donner et retenir ne vaut»; nel 1580 si credè opportuno aggiungere al coutume de Paris un articolo delucidativo così concepito: «C'est donner et retenir quand le donateur s'est reservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donne» (art.274). Il codice francese rappresenta una conciliazione tra l'antico principio e l'autonomia privata (...)"

<sup>49</sup> In polemica TORRENTE, *op.cit.*, p.466: "Non si comprende infatti, la ragione per cui si sarebbe dovuto limitare la riserva di disposizione solo ad una parte dell'oggetto della donazione: la logica dovrebbe condurre o a permettere indiscriminatamente la riserva o a bandirla del tutto. O essa è contraria all'essenza della donazione o non è contraria: *tertium non datur*. Per di più, seguendo l'interpretazione criticata, la discriminazione tra la validità e l'invalidità della clausola sarebbe lasciata alle parti: il donante non potrebbe riservarsi la facoltà di disporre di tutta la somma donata, ma di una parte determinata di essa, e, dunque, anche, supposto che la donazione sia di mille, di novecentonovantanove. Se la donazione non avesse per oggetto che un unico bene, la riserva non sarebbe ammissibile; se l'oggetto fosse costituito da una pluralità di beni, la riserva sarebbe possibile solo rispetto ad alcuni di essi, ma il numero sarebbe lasciato alla discrezione delle parti". BIONDI, *op.cit.*, p.855, interviene affermando che "come tutte le soluzioni intermedie, il risultato non soddisfa la logica del sistema", dopo aver spiegato come la disposizione trovi la sua ratio nell'esigenza di una "conciliazione tra la nullità derivante dal principio della irrevocabilità, e la piena validità totale suggerita dal principio di autonomia privata". Sull'esempio di Torrente circa la possibilità di riservare per sé 99 su 100 della somma, Biondi scrive: "si deve trattare solo di una parte rispetto al tutto, ad esclusione di qualsiasi frode alla legge: se, ad.es., tanto per fare un caso limite, si dona un fondo dell'estensione di cento ettari con riserva di disporre di 99, la donazione è nulla perché in frode alla legge, in quanto rispetta la lettera violandone lo spirito".

<sup>50</sup> BIONDI, *op.cit.*, p.861: "L'effetto della condizione risolutiva consisterebbe appunto nella risoluzione dell'acquisto; quindi la cosa dovrebbe ritornare all'alienante, mentre il bene riservato va alla persona a cui favore il donante avrà disposto; se ritorna al donante, ciò può avvenire solo in virtù di un suo atto di disposizione. Né si dica che il verificarsi della condizione, consistente nell'atto di

Biondi ha distinto due ipotesi di riserva, con diversa configurazione:

- a) la riserva di disporre di un oggetto determinato: in tal caso, la struttura del negozio è quella di una scissione a favore del donante della facoltà di disporre del bene ex art.832 c.c., acquistando il donatario il godimento<sup>51</sup>;
- b) la riserva di disporre di una somma sui beni donati: secondo l'autore, qui non si avrebbe alcuna riserva, tecnicamente, avendosi invece una obbligazione sottoposta ad una condizione meramente potestativa *ex parte creditoris*<sup>52</sup>.

Tuttavia, l'indirizzo maggioritario ritiene che alla realtà del fenomeno corrisponda il meccanismo della condizione: "la volontà del donante di disporre, se da una parte, come condizione determina l'effetto di risolvere la liberalità, per altro verso, ove manifestata nei modi e nelle forme di legge, è produttiva pur sempre dell'ulteriore effetto dispositivo del bene. La riserva di una determinata somma sui beni donati, invece, condiziona sospensivamente una disposizione modale che «ab origine» grava il negozio donativo"<sup>53</sup>.

La questione deve tuttavia considerarsi non risolta: la posizione del Biondi appare corretta sotto il profilo logico-giuridico, ma al contempo la figura

---

disposizione, importa ritorno al donante, il quale conserverebbe l'acquisto nel caso che intenda disporre per sé oppure trasferirebbe la cosa al terzo a cui favore vuole disporre".

<sup>51</sup> BIONDI, *op.cit.*, p.862-863, traccia una analogia tra riserva di disporre e riserva di usufrutto: "Tra riserva di usufrutto e riserva di disporre intercede una certa analogia: come l'usufrutto riservato si estingue con la morte del donante ed il donatario acquista senz'altro il pieno godimento della cosa, così la facoltà di disporre si estingue con la morte del donante, e quindi il donatario acquista la piena disponibilità della cosa. Rispetto all'oggetto per cui il donante si è riservata la facoltà di disporre, il donatario ne acquista il godimento, ma non la facoltà di disporre, che spetta al donante. Il donatario può godere ma non disporre, giacché questa facoltà spetta al donante, nella stessa guisa che nel caso di riserva di usufrutto il godimento spetta non al donatario ma al donante".

<sup>52</sup> BIONDI, *loc.ult.cit.*: "Di ciò che dona nulla si riserva il donante, giacché la somma non fa parte dei beni donati. La riserva significa che il donante si riserva la facoltà di chiedere al donatario una somma sui beni donati nel senso di somma compresa *nel valore* di essi. Riserva dunque si valore non di oggetto. Questa riserva importa a carico del donatario obbligazione di pagare una somma di denaro al donante o alla persona che questi indicherà, qualora egli voglia disporre. È una obbligazione sottoposta alla condizione meramente potestativa, però *ex parte creditoris*, e quindi non è una di quelle condizioni potestative che rendono nulla l'obbligazione (art.1355). Il donatario assume l'obbligazione di pagare, se così disporrà il donante, e nei limiti e modi con cui questi vorrà disporre".

<sup>53</sup> PALAZZO, *op.cit.*, p.144, ove si legge: "Nella donazione con riserva di disporre dei beni donati il donatario acquista, pertanto, la piena titolarità dei beni, seppur risolubile; sul donante, invece, è da riconoscere, un'aspettativa giuridicamente tutelata dal diritto; infatti, verificatasi la condizione, questo se non cronologicamente, logicamente transita dalla sua sfera giuridica".

della condizione si posiziona in perfetta coerenza sulle dinamiche della riserva di disposizione dei beni ereditari.

La condizione risolutiva è, cioè, idonea a schematizzare il fenomeno, e significarlo. Del resto, è lo stesso Biondi a scrivere: “C’è indubbiamente un elemento di incertezza circa la sorte definitiva della donazione, ed è appunto tale elemento che comunemente ha tratto gli autori a configurare la donazione come sottoposta a condizione, ma la struttura del nostro tipo di donazione esorbita dal consueto schema di negozio condizionato”<sup>54</sup>.

### *Il patto di riversibilità (art.791 c.c.).*

L’*intuitus personae* caratterizza e qualifica la disposizione dell’art.791 c.c., il cui comma 1<sup>55</sup> dispone che “il donante può stipulare la riversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti”<sup>56</sup>.

In tale caso, viene quindi apposto al contratto di donazione un patto, una clausola di riversibilità<sup>57</sup>, la quale può costruirsi secondo due modalità:

---

<sup>54</sup> BIONDI, *op. cit.*, p.863.

<sup>55</sup> L’articolo 791 c.c. recita, nella sua interezza: “il donante può stipulare la riversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti. //Nel caso in cui la donazione è fatta con generica indicazione della riversibilità, questa riguarda la premorienza, non solo del donatario, ma anche dei suoi discendenti. //Non si fa luogo a riversibilità che a beneficio del solo donante. Il patto a favore di altri si considera non apposto”.

<sup>56</sup> Nota PALAZZO, *op.cit.*, p.144: “In tal senso, il legislatore ha inteso riconoscere e regolamentare le possibilità che il donante, per la durata della propria vita, voglia attribuire il bene ad una persona determinata”. Per un *excursus* storico sull’istituto, si veda BIONDI, *op.cit.*, p.817: “L’istituto è antico. Nel diritto romano una riversibilità legale, cioè indipendente da ogni pattuizione, si aveva soltanto nella costituzione di dote fatta dal *pater familias*, il quale, in caso di premorienza della figlia, poteva ripetere quanto avesse donato, a guisa di conforto, affinché non perdesse la dote e la figlia (...) Nel diritto consuetudinario e poi nel codice francese risulta (...)snaturato. Estesa la riverzione non solo alla madre ma a qualunque ascendente non è più prerogativa del *pater familias* ma degli ascendenti. La cosa donata ritorna al donante *ex nunc*, tanto che la dottrina francese parla di successione anomala: avviene non più *iure patris*, ma a causa di morte, al di fuori dei principi della successione ereditaria. Il donante si considera come successore a causa di morte del donatario, limitatamente alla cosa donata”.

<sup>57</sup> Nota TORRENTE, *op.cit.*, p.470: “è fuor di dubbio che l’apposizione della clausola di riversibilità non alteri la natura di negozio *inter vivos* della donazione. La morte del donatario (o del donatario e dei suoi discendenti) non funziona come causa dell’attribuzione dei beni donati al donante, ma, in quanto essa sia anteriore a quella del donante, gioca come evento che determina la risoluzione del negozio”.

- a) la reversibilità cd.*obbligatoria*, che determina il sorgere in capo agli eredi dell'obbligo di restituire il bene al donante, in caso di premorienza del donatario;
- b) la reversibilità cd.*reale*, che comporta l'automatica risoluzione della donazione con conseguente effetto *ex tunc* dell'avveramento della condizione di premorienza<sup>58</sup>.

In questa seconda ipotesi, pertanto, il meccanismo che opera è quello di una condizione risolutiva, meccanicamente operante con effetto retroattivo ex art.1360 c.c.<sup>59</sup>

Il donante potrà esercitare gli atti di cui agli artt.1356 c.c., di natura conservativa.

Biondi ha messo in dubbio, tuttavia, la possibilità di ravvisarvi una condizione, ragionando sulla distinzione tra “patto risolutivo” e “condizione risolutiva”, concludendo per una ri-costruzione dell'istituto come negozio *sui generis*<sup>60</sup>, e deducendo al contempo alcune conseguenze significative<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> TORRENTE, *op.cit.*, p.469: “Si può stabilire che il ritorno si produca automaticamente, per il solo effetto del verificarsi dell'evento premorienza (reversibilità reale), oppure che gli eredi del donatario abbiano l'obbligo di restituire i beni donati nel caso di premorienza (reversibilità obbligatoria): nella prima figura il diritto del donante alla restituzione dei beni donati è di natura reale, essendo egli ritornato proprietario del bene; nella seconda egli ha un diritto di credito alla restituzione del bene: nella prima ipotesi egli può esperire la rivendicazione verso chiunque posseda o detenga il bene, e l'azione non è soggetta a prescrizione estintiva (art.948, terzo comma); nella seconda egli è legittimato all'esercizio di una azione personale verso gli eredi del donatario, che è sottoposta all'azione ordinaria”, pag.472: “Si coonestano con la retroattività propria della condizione gli effetti del verificarsi della reversibilità (art.792 cod.civ.): ha luogo quella stessa retroattività reale stabilita in via generale dall'art. 1360 cod.civ.: si risolvono tutte le alienazioni dei beni donati e questi ritornano al donante liberi da ogni peso o ipoteca (art.792 cod.civ.). Se la reversibilità avesse natura obbligatoria, gli effetti sarebbero diversi: gli eredi del donatario sarebbero obbligati alla restituzione, ma il donante non potrebbe rivolgersi che contro di loro, non contro i terzi”.

<sup>59</sup> PALAZZO, *loc.ult.cit.*: “La ricostruzione del patto come condizione risolutiva spiega il congegno legale per cui il bene, al verificarsi dell'evento, ritorni al donante, mentre esclude che sia attribuito a terzi”; BIONDI, *op.cit.*, p.822, seppur in polemica riconosce che: “La donazione reversibile è un unico atto soggetto a risoluzione. La dottrina concordemente la configura come sottoposta alla condizione risolutiva consistente nella premorienza del donatario, e ne tratta a proposito delle condizioni che si possono aggiungere alla donazione”; TORRENTE, *op.cit.*, p.470: “Il patto di reversibilità, purché abbia natura reale, ricolleggi, cioè, automaticamente, come si è visto, il ritorno dei beni al verificarsi della premorienza, deve, pertanto, definirsi come una condizione risolutiva”.

<sup>60</sup> Si leggano le argomentazioni di BIONDI, *op.cit.*, p. 822-828.

<sup>61</sup> Alcune considerazioni possono leggersi in BIONDI, *op.cit.*, p.827: 1) l'inammissibilità di un patto tacito di reversibilità, il quale andrebbe ricavato dal complesso dell'atto (poiché “una condizione può essere implicita, ma è inammissibile un patto tacito di reversibilità); 2) il patto deve essere contestuale alla donazione (e non essere stipulato in seguito o separatamente); 3) il patto non è compatibile con

A tale proposito, si ammette nella dottrina maggioritaria la possibilità per le parti di escludere la retroattività della reversibilità, ipotesi questa non accettata dal Biondi<sup>62</sup>.

Sulle ipotesi di reversibilità, invece, va ancora richiamato il primo comma dell'art.791 c.c., che prevede i casi di:

- a) premorienza del donatario;
- b) premorienza del donatario e dei suoi discendenti.

D'interesse, relativamente a questo punto, è la figura del donatario premorto senza discendenti.

Nel progetto della Commissione Reale era stata prevista questa terza ipotesi (*si donatarius sine liberis decesserit*), per esser poi soppressa nel progetto definitivo del codice sulla base dell'argomento che essa sarebbe stata automaticamente ricompresa nella fattispecie generica della premorienza del donatario.

Così, come da dottrina, non è, poiché “nel caso di reversibilità subordinata alla sola premorienza del donatario, è sufficiente quest'avvenimento perché si verifichi il ritorno dei beni donati al donante, laddove, se la reversibilità è collegata con la premorienza del donatario senza discendenti, non basta la premorienza, ma occorrono due circostanze concorrenti, la premorienza e la mancanza di discendenti”<sup>63</sup>.

Da notare, comunque, che si tende a propendere per l'ammissibilità di tale clausola, in ragione ed in esplicazione dell'autonomia delle parti.

---

qualunque donazione, come invece lo è la condizione (l'autore lo esclude, ad esempio, in relazione alla donazione remuneratoria).

<sup>62</sup> TORRENTE, *op.cit.*, p.474: “La retroattività costituisce, peraltro, solo un effetto naturale del verificarsi della condizione. Essa può, quindi, essere esclusa dalla volontà delle parti (art.1360 cod.civ.)”.

<sup>63</sup> TORRENTE, *op.cit.*, p.476. Così anche BIONDI, *op.cit.*, p.828: “Ciò non è del tutto esatto, almeno nelle sue conseguenze. La clausola «se il donatario premuoia senza lasciare discendenti» è diversa da quella «se il donatario e i suoi discendenti premuoiano». Nel primo caso basta che il donatario premorto non lasci discendenti; nel secondo occorre che il donatario e i suoi discendenti siano premorti. Nel primo caso non si fa luogo alla riversione, qualora esistono discendenti. Nel secondo occorre che tanto il donatario quanto i suoi discendenti siano premorti. Nel caso di premorienza senza discendenti basta provare la premorienza del donatario e che non esistono discendenti al momento della sua morte. Nel caso invece della premorienza del donatario e dei suoi discendenti occorre provare che tutti i discendenti sono premorti”.

### *Il soddisfacimento dei debiti del donante.*

Altra ipotesi di contratto di donazione strutturato attraverso l'apposizione di una condizione, poggia sull'esigenza del donante di voler vedere soddisfatti i propri debiti, o i debiti di un terzo.

Legato al principio di irrevocabilità della donazione, l'art.1067 del codice civile del 1865 dichiarava nulla la donazione “*se fatta sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi fuori di quelli che esistevano al tempo della donazione o specificatamente designati nella medesima*”<sup>64</sup>.

Nel nuovo codice la soppressione dell'art.1067 ammette la condizione di soddisfare i debiti, e pone così il problema dei suoi limiti, della sua critica<sup>65</sup>.

Il soddisfacimento dei debiti può essere costruito dalle parti come una condizione sospensiva o risolutiva, cui far dipendere gli effetti del negozio<sup>66</sup>.

La condizione deve ritenersi potestativa relativamente alla persona del donatario, che resta libero di pagare o non pagare i debiti futuri.

Biondi presenta alcune ipotesi, proponendo opzioni ermeneutiche diverse:

- a) riduzione della donazione fino al concorso dell'effettivo pagamento dei debiti: nel caso in cui la condizione, sospensiva, contemplici “debiti attuali e previsti del donante”, la condizione è adempiuta quando il donatario li paga nella misura prevista, producendo così la donazione i suoi effetti. Ma dal momento che il donatario ha pagato i debiti del donante, la donazione si riduce di tanto di quanto il donatario abbia

---

<sup>64</sup> BIONDI, *op.cit.*, p.515, ricollega la ratio della disposizione da un lato al dogma della irrevocabilità, dall'altro alla nullità della donazione sottoposta a condizione meramente potestativa, anche se “a rigore però non è tale. Pagare debiti futuri del donante suppone che questi li contragga; orbene contrarre debiti non è un atto che si possa compiere indifferentemente, giacchè produce gravi effetti sulla persona ed il patrimonio di chi li contrae”.

<sup>65</sup> Nota PALAZZO, *op.cit.*, p.145: “Il codice vigente non prevede il divieto, e del resto inopportuno appare il riferimento al dogma di allora dell'irrevocabilità della donazione, come il riferimento al carattere meramente potestativo di detta condizione. Il riferimento al pagamento dei debiti futuri del donante da parte del donatario tuttavia, può in alcuni casi suscitare perplessità, quanto meno di ordine ricostruttivo”.

<sup>66</sup> Non prendiamo perciò in considerazione l'ipotesi che le parti configurino il pagamento dei debiti futuri come un obbligo a carico del donatario: in questo caso saremmo di fronte ad una donazione modale, la cui disciplina e struttura differisce dalla condizione.

pagato effettivamente, e “se il pagamento assorbe tutto il valore dell’attribuzione, viene a mancare la stessa donazione”<sup>67</sup>;

- b) condizione avente per oggetto i debiti futuri del donante, senza che sia stabilito un determinato ammontare o un limite di tempo: in tal caso la condizione si considererà avverata soltanto alla morte del donante, poiché l’effettivo pagamento dei debiti futuri non è riscontrabile finché questi è in vita. L’autore, in tale caso, qualifica la condizione come “sospensiva potestativa senza termine”, e suggerisce il ricorso all’art.645 c.c., che considera di portata generale (e non riferito alla sola materia testamentaria)<sup>68</sup>;
- c) condizione risolutiva, consistente nel mancato pagamento dei debiti, per cui valgono gli stessi principi dell’ipotesi b);
- d) condizione riferita ai debiti di un terzo, per cui il rapporto è triplice (donante-donatario, donante-terzo, donatario-creditore). Nel rapporto donante-donatario, la situazione si qualifica come delega a pagare i debiti propri, nella parte che limita o esclude l’arricchimento (non c’è donazione). Nel rapporto donante-terzo, se il pagamento sottende una liberalità, si è nel campo della liberalità atipica ex art.809 c.c. Nel rapporto donatario-creditore, “l’adempimento della condizione non è altro che pagamento di debiti altrui”<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> BIONDI, *op.cit.*, p.517: “Il fatto che la riduzione od esclusione dell’arricchimento avviene successivamente e per fatto volontario dello stesso donatario, non ha importanza giacché si tratta di elementi che sono già contenuti nello stesso atto di donazione. (...) Se il donatario paga i debiti, non si è arricchito affatto entro i limiti di tale pagamento; e se il pagamento assorbe il valore economico della donazione, quale arricchimento si può riscontrare, se questo è ridotto a zero? È come dire: ti dono cento se darai cento. I giuristi romani dicevano a questo proposito che se il testatore lega cento sotto condizione o coll’obbligo di dare cento, il legato è nullo non per ragioni tecniche ma perché ridicolo: inutile esse legatum et magis ridiculum esse (l. 35 D. ad leg. Falc. 35,2)”.

<sup>68</sup> L’articolo 645 c.c. dispone che: “Se la condizione apposta all’istituzione di erede o al legato è sospensiva potestativa e non è indicato il termine per l’adempimento, gli interessati possono adire l’autorità giudiziaria perché fissi questo termine”.

<sup>69</sup> BIONDI,*op.cit.*, p.518.

APPENDICE I

L'INDIZIO COME ELEMENTO ACCESSORIO LA  
FUNZIONE EPISTEMICA DELLA RETROAZIONE  
CONDIZIONALE

(OVVERO: PER UNA ESEMPLIFICAZIONE DEL METODO OGGETTIVO DI  
RICERCA NEL POSIZIONAMENTO LUDICO DEGLI ELEMENTI  
ACCESSORI IL CONTRATTO DI DONAZIONE. *CONTRA VOLUNTATEM.*)



*“Un collezionista di quadri, possiede uno splendido ritratto di uomo a cavallo, nella paglia della pinacoteca, e pensa che, con la sua morte, dovrà trovarsi un altro collezionista che riversi sul bipede implume a caval di quadrupede una cura artistica quantomeno pari a quello da lui dimostrato negli anni.*

*Così, conclude con il notaio del paese un contratto di donazione, in cui fa però inserire una clausola che differisce gli effetti del contratto al momento della sua morte.*

*Orbene, la domanda è la seguente: questo non può dirsi un patto successorio istitutivo?”*

È necessario, per evitare il patto successorio, che la posizione della clausola vada sistemata sulla base di un semplice rilievo: l'evento-morte non deve inerire al bene donato nel senso di configurarlo come *quod superest*.

Deve limitarsi alla sua posizione accessoria, nel senso di operare nel limite di un differimento di effetti.

Nella specie, si tratta di rivedere la struttura della clausola: è un termine iniziale? Oppure una condizione?

Lo abbiamo configurato come *termine*, ed escluso perciò l'effetto retroattivo nel momento del suo verificarsi.

Se la clausola è un termine, penso che debba comunque considerarsi il suo rapporto con l'evento-morte, e la causa materiale del negozio.

Non possiamo limitarci ad una meccanica rigida, che ci dica che, così come è scritto il contratto, si ha l'evento-morte in posizione causale o meno. Né vogliamo ridurre il giuoco ad una *quaestio voluntatis*.

Quel che il giurista deve fare, è configurare un ventaglio di strutture ermeneutiche e giuridiche, mostrando *come* possono operare i meccanismi in questione<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Non condivido il pensiero di TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956, p.314, per cui “L'accertare se dalle parti si sia voluta tale subordinazione o la more come causa dell'attribuzione è una *quaestio voluntatis*, come tale, riservata, con i consueti limiti, al giudice del merito”. Già nei capitoli II e IV ho espresso riserve su tale atteggiamento di dottrina e giurisprudenza. Si tratta di aggiungere soltanto alcune

Ri-pensiamo quindi ad alcuni elementi, e deduciamo che sarebbe utile conoscere i *motivi* sottostanti il contratto, per inquadrare la volontà delle parti (è soltanto una frode dogmatica quella di pensare che la *quaestio voluntatis* possa esulare dai motivi).

Ma conoscerli, non possiamo; inoltre, anche ammesso di conoscere personalmente questi due collezionisti, l'indagine sopra volontà e motivi ridurrebbe il diritto ad un vuoto *schema psicologista*, metodicamente inaccettabile per colui che muove dalla convinzione che l'indagine debba costruirsi intorno al fatto-atómico, all'accadimento, e non al processo mentale.

Tuttavia, rispetto alla volontà, altra cosa sono gli "*indizi*", dati oggettivi a corollario del giuoco.

Senza di essi, non potremmo costruire altri schemi all'infuori di quello letterale, dettato dal regolamento contrattuale: è lo *schema statico* della scacchiera giuridica.

Il superamento dello schema statico, avviene ricorrendo ad indizi, definibili come i corollari oggettivi (non soggettivi, come la volontà) al contratto<sup>71</sup>.

---

considerazioni: 1) il rilievo della volontà, nello schema negoziale, non attiene, come si è cercato di far credere, alla struttura del negozio stesso ma, al limite, alla sua interpretazione ai sensi dell'art.1362 c.c.: la differenza consiste in ciò, che l'interpretazione del contratto è il procedimento ermeneutico, riservato al giudice del merito, mediante il quale si dà significato alla *littera* di un testo (nel caso, il contratto), mentre la comprensione strutturale del negozio è il posizionamento ermeneutico dei suoi elementi sotto il profilo logico-giuridico. Comprendere la struttura del contratto non vuol dire dare significato alle parole in esso contenute. La volontà, pertanto, rileva pregiudizialmente rispetto alla comprensione, potendo essere al più il supporto per l'interpretazione; 2) l'elemento volontaristico attiene alla sfera psichica del negozio, ossia alla causa in senso efficiente: la volontà precisa il requisito causale dell'accordo. Non inerisce, invece, alla sfera oggettiva dello stesso, ossia alla causa in senso materiale, intesa come la dimensione del bene dedotto nel negozio; 3) anche volendo tralasciare le predette considerazioni, la volontà si presenta come criterio d'indagine puramente aleatorio ed incerto, privo peraltro di possibilità di riscontro empirico. Sarebbe una superstizione giuridica pensare di affidarsi ad essa per la comprensione strutturale dei fenomeni negoziali.

<sup>71</sup> La natura dell' "indizio giuridico" attiene certo a non al procedimento di presunzione, che dal fatto noto (l'indizio o fonte di presunzione), risale ad un fatto ignoto. La raccolta dell'indizio, a nostro avviso, risponde pienamente al dettato del comma 2 dell'art.1362 c.c. ("Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto"), seppure la definizione ci pare imprecisa e, tecnicamente, scorretta: il comportamento complessivo delle parti, infatti, può costituire l'*humus* di materiale oggettivo da cui determinare non la loro comune intenzione (volontà), bensì la dimensione oggettiva del bene. Tale correzione, è figlia dello spostamento predicato nel capitolo II dell'operetta dalla nozione di causa finale (lo scopo del negozio) alla nozione di causa materiale (l'oggetto del negozio). Con il ricorso ad indizi, in sintesi, ci si propone la qualificazione dell'oggetto del negozio, e non della volontà delle parti.

L'indizio, ovviamente, presuppone non la dichiarazione delle parti (che attendono, piuttosto, all'elemento volontaristico), ma la conoscenza di fatti<sup>72</sup>.

Tali fatti, possono portare alla *costruzione ludica* di schemi dinamici.

Passiamo dunque a degli esempi.

---

<sup>72</sup> Il ruolo dell'indizio, nell'indagine intorno al posizionamento degli elementi del negozio giuridico, è perciò essenziale. È evidente che esso sia caratterizzato da una forte componente probabilistica, nonché poggi, come la *quaestio voluntatis*, seppur in prospettiva diversa, sulla necessità di una indagine intorno alla lettera dell'atto. Ma dal punto di vista metodologico, il ricorso all'indizio è senza dubbio più corretto del ricorso alla volontà. Sono certo, peraltro, che una serie di obiezioni verranno mosse, da parte di scettici e dotti che non comprendono come si possa concretamente pensare un rilievo della fonte presuntiva in ogni contratto. Posso pensare ad almeno tre obiezioni fondamentali: 1) l'indizio ha, dal punto di vista scientifico, un carattere di aleatorietà pari almeno alla componente aleatoria presente nella condizione; 2) non è legittimo, scientificamente, formare la comprensione del negozio su indizi, che potrebbero non rispondere e coincidere con la reale volontà delle parti: in tal modo, si giungerebbe illegittimamente ad una oggettivazione, peraltro incerta, del contratto; 3) non sembra realistico pensare di indagare in ogni caso l'intero tessuto fenomenologico inerente gli elementi del contratto, né viene detto in base a quale criterio si scelgono i fatti-atomici ritenuti giuridicamente rilevanti. Rispondendo ad esse, andrò con ordine. In primo luogo, va detto che la componente aleatoria, non preclude il carattere scientifico dell'indagine indiziaria. Come scrive FREUD, *Introduzione alla psicoanalisi*, ed. Boringhieri, Milano, 1978, p.49: "In tribunale, per ragioni pratiche, si deve condannare anche su prove indiziarie. Per noi una simile necessità non esiste; ma nemmeno siamo costretti a rinunciare all'utilizzazione di tali indizi. Sarebbe un errore credere che una scienza sia costituita esclusivamente da un certo numero di tesi rigorosamente dimostrate, e ingiusto pretenderlo. Solo uno spirito smanioso di autorità, che ha il bisogno di sostituire il suo catechismo religioso con un altro catechismo, sia pure scientifico, solleva questa esigenza. La scienza ha nel suo catechismo solo poche proposizioni apodittiche; per il resto, essa è costituita di affermazioni che ha spinto fino a certi gradi di probabilità. Indizio di mentalità scientifica è proprio il sapersi accontentare di queste approssimazioni alla certezza, e l'esser capaci di proseguire il lavoro costruttivo nonostante la mancanza di conferme assolute". L'aleatorietà, è segno in realtà della componente induttiva la metodologia indiziaria: non per questo, pare a tutti, all'induzione deve essere negato lo status di metodo scientifico. Diverso, peraltro, è la componente di aleatorietà presente nell'indizio rispetto a quella che è presente nella volontà: l'*alea* dell'indizio è il sostrato logico della sua natura induttiva, la forma corrispondente alla natura probabilistica dell'indagine; l'*alea* della volontà è il sostrato metafisico che tradisce il vuoto scientifico sotteso alle difficoltà di seguire i procedimenti psichici delle parti. La seconda obiezione, è scorretta poiché errato è il presupposto. È cioè vero che non vi è legittimità nel postulare una *adeguatio intellectus et rei*, ossia una corrispondenza tra indizio e volontà delle parti. Ma, come indicato nella nota 3, indizio e volontà non devono corrispondere, perché tendono a due fini diversi, e ineriscono a diversi elementi del negozio: l'indizio è rivolto alla comprensione del negozio, e riflette la causa materiale; la volontà è rivolta alla interpretazione del medesimo, e riflette la causa efficiente. Pertanto, non si pone un problema di legittimità dell'indizio, rispetto alla sua corrispondenza alla reale volontà delle parti: l'indizio non deve affatto corrispondervi, poiché è teso a definire e posizionare la causa materiale, ossia l'oggetto del negozio, che nulla ha a che vedere con l'elemento volontaristico. Non si giunge perciò alla oggettivazione del contratto, inteso fenomeno di riduzione progressiva del rilievo della volontà e dell'autonomia privata nella disposizione del regolamento contrattuale: soltanto l'oggetto del contratto deve filtrarsi in strutture oggettive, ma questo è ovvio. Quanto infine al terzo problema, esso si risolve soltanto adottando il punto di vista ludico, ossia disinteressato e dinamico. Qui, in questo spazio, la fenomenologia è l'essenza del giuoco di angolazioni in cui si cala il giurista. I criteri per recuperare e ri-posizionare il materiale, attendono al giuoco: saranno i principi logici dell'induzione, ed il quadro normativo dato all'inizio, a costituire l'imbuto ermeneutico per la rilevanza dei fatti-atomici nella "scacchiera". Peraltro, potrebbe ancora discutere della volontà, movendo da schemi più generali: potrei chiedere al lettore se la volontà esiste, o se essa non sia piuttosto una convenzione empirica. Perché la forma interna dell'uomo non dovrebbe essere sorretta dal medesimo determinismo che regge la realtà fisica? Non è tuttavia opportuno aprire, per poi non chiudere, temi filosofici di così ampio respiro.

Per primo, voglio mostrare un caso in cui potremmo concludere per il patto istitutivo.

Supponiamo i seguenti fatti:

- a) il quadro del cavallo è firmato da un autore ancora in vita, e possiede un valore relativamente modico, e non è certo uno dei pezzi più pregiati della collezione del donante (primo indizio);
- b) l'autore del quadro ha 83 anni ed è in condizioni di salute precarie, mentre il donante è un signore di mezza età di sana e robusta costituzione (secondo indizio).

Questi sono tre *fatti oggettivi* (il valore modico, che può verificarsi facilmente ponendo il quadro sul mercato; l'età dei soggetti; il loro stato di salute)<sup>73</sup>.

Da tali indizi si può trarre una *semplice presunzione*: quando il quadro, per effetto della clausola *cum moriar*, passerà nelle mani del donatario, l'autore dello stesso sarà *probabilisticamente* già morto.

Di conseguenza, e questa *non è tecnicamente una presunzione, ma piuttosto una induzione*, il valore del quadro sarà di gran lunga maggiore rispetto al valore che aveva al momento della conclusione del contratto.

Tali indizi possono portare ad un ri-posizionamento degli elementi del negozio, sulla base della seguente considerazione: il termine ha il ruolo oggettivo di modificare la consistenza del bene.

Questo, *indipendentemente dalla volontà del donante, che nulla interessa*.

---

<sup>73</sup> Come si vede, l'indizio non attiene alla sfera psichica, ma a quella fenomenica. Non interroga le parti, ma indaga le circostanze molecolari ed atomiche, *quel che accade* (ciò che esiste). Il ricorso all'indizio, pertanto, si giustifica in termini non soltanto strettamente logico-giuridici, ma anche in termini di opportunità giuridica e convenienza: 1) il giudice del merito (o l'interprete di turno, sia egli un ludico o un praticone), si pone in una posizione non più di Inquisitore psicologico, che deve postulare l'esistenza di una volontà per adeguare la lettera, ma più semplicemente applica la tecnica logica di fronte ad un materiale, che ha natura esclusivamente empirica; 2) è opportuno, per la commisurazione oggettiva del bene, ricorrere a criteri oggettivi, e non soggettivi: se lo scopo dell'indagine è l'accertamento della dimensione della causa materiale (se il bene è una reliquia o se non lo è, sotto il profilo materiale e oggettivo), non sarebbe certo opportuno (e d'altronde, come già mostrato, illegittimo), perché comunque inefficace, porre a metodo di esso un metodo di natura soggettiva. Esso sarebbe destinato al fallimento, e in ogni caso finirebbe per ridursi ad un *atteggiamento idealistico* di fronte al reale: come il sostenere che la condizione di esistenza oggettiva del bene, è lo sguardo soggettivo che di esso hanno le parti (dunque l'oggetto come costruzione esclusiva del soggetto). Tale riduzione dell'elemento noumenico (la x cosale esterna, ed esistente) all'io, è una versione ermeneutica dell'*esse est percipi* di Berkley: sotto il profilo giuridico, è la subordinazione ontologica della causa materiale a quella efficiente, del bene alla volontà.

L'evento-morte è posizionato nel negozio nel senso di differire l'efficacia del contratto, la produzione di effetti (è dunque elemento accessorio, sotto il profilo dommatico), ma tale differimento incide strutturalmente sulla causa (materiale) del negozio, poiché riduce l'oggetto a *bene-reliquia*.

L'oggetto della donazione, infatti, è il quadro come esistente al momento della morte del donante: e tale esistenza è differente rispetto alla situazione attuale.

Ciò che viene donato, cioè, non è un quadro di modico valore, ma un quadro di valore rilevante (è, tecnicamente, sebbene in tale caso la definizione possa apparire impropria, un *quod superest*).

Il bene è commisurato oggettivamente, perché indiziariamente, al tempo della morte del donante, tempo che non è un mero termine, ma forma strutturale dell'attribuzione (causa).

Il bene *esiste-per-la-morte*, poiché l'oggetto che il donatario riceve non è un quadro di modico valore, ma altro: l'evento-morte, pertanto, è causa del negozio.

In questo modo abbiamo tracciato la struttura del contratto, con la *morte eidetica* del bene, ed il suo atteggiarsi a reliquia, a *quod superest*.

Come si può notare, la costruzione indiziaria non si è in alcun modo appoggiata all'elemento psichico: dagli indizi, cioè, *non abbiamo tratto alcuna considerazione su ciò che le parti si fossero realmente proposte, né importa che quella fosse la loro volontà*: come ho già detto, il riposizionamento degli elementi attiene alla causa materiale, e non a quella efficiente.

Più brevemente possiamo passare ad un secondo esempio.

Si pensi se avessimo altri due fatti, diversi:

- a) il quadro non ha alcun valore sul mercato, né lo avrà mai;
- b) l'autore del dipinto è un antenato del donatario.

In tale caso, i predetti fatti ci riportano due indizi che oggettivamente qualificano l'evento-morte: esso non è indice di commisurazione dell'entità del bene.

*Il quadro, non è in alcun modo esistente in funzione della morte*<sup>74</sup>.

L'evento-morte, così, è in posizione accessoria, sotto la forma di condizione.

La clausola *cum moriar*, infatti, non può considerarsi un mero termine iniziale, dal momento che alla dimensione di attualità nella considerazione del bene, segue l'attualità del trasferimento, sotto un profilo di logica giuridica: lo spoglio del donante è di un bene considerato nella sua attualità (e non quale residuo, quale reliquia, commisurato al tempo della morte del donante), e perciò slegato al tempo della morte del donante stesso.

Ciò significa che l'evento-morte non disegna l'oggetto del negozio, né si conseguenza altera il carattere dell'attualità.

La clausola *cum moriar*, pertanto, non intende configurare il trasferimento del bene alla stregua di un passaggio che avverrà solo con la morte del donante, ma, dal punto di vista logico, adegua l'attualità della considerazione del bene all'attualità del suo trasferimento: è perciò una condizione *si moriar* (che si rende poi con la condizione di sopravvivenza, per non costringerla ad un termine fittizio), che nel suo avveramento produrrà l'effetto di retroazione di cui all'art.1360 c.c.

Da questa necessità logica, deriva il posizionamento degli artt.1353 e seguenti c.c. (e la disciplina degli atti che le parti possono compiere durante la situazione di *condicio pendet*).

Quel che è interessante, in questo esempio estremamente semplice, è considerare come possa giungersi alla conclusione senza in alcun modo filtrare i fatti nella dimensione psichica: il fatto che l'autore del quadro sia un antenato del donatario, basta nella sua portata oggettiva a qualificare il bene non come reliquia.

Lo spirito di liberalità, cioè, commisura il bene non facendo leva sull'*animus donandi* in senso psichico (ossia: dal fatto deduciamo che il donante ha desiderato compiere questo atto), bensì su una considerazione oggettiva: se l'autore del dipinto è un antenato del donante, ed il quadro non ha alcun

---

<sup>74</sup> Il bene non anticipa la morte: è soltanto un bene-gettato, nell'attualità, è l'essere effettivamente consegnato (un *Geworfenheit*), temporalmente definito nella presenza, nel suo esser già, presente a sé, presso di sé.

valore, ciò può voler solo dire che non vi è alcun posizionamento del bene alla stregua di un *quod superest*.

La ragionevole intuizione secondo cui il donante desidera comunque restare in possesso finchè è in vita del quadro, non soddisfa una ricerca psicologica, bensì esclusivamente logica.

In questo senso, il bene resta al di fuori della relazione tra condizione e morte, alla loro corrispondenza, alla loro simmetria: la causa materiale è estranea al meccanismo negoziale, che rivela la sua natura esclusivamente accessoria.

APPENDICE II  
L'ARROCCO GIURIDICO  
(UNA CONSIDERAZIONE SUL MOVIMENTO  
STRUTTURALE DELL'EVENTO-MORTE NEL SUO  
ACCADERE)



Vorrei riflettere su quale rapporto ritengo vi sia tra la retroazione della condizione *si praemoriar* e la dimensione del bene oggetto del contratto di donazione.

La prima risposta che si potrebbe dare è quella in parte suggerita in queste pagine: nel momento in cui l'effetto del negozio, ossia lo spoglio giuridico del bene, si considera prodursi nell'istante in cui il negozio stesso è stato stipulato, l'evento-morte si mette da sé in parentesi, sotto il profilo strutturale, essendo, sotto quello funzionale, un mero meccanismo giuridico connettivo tra l'efficacia ed il tempo<sup>75</sup>.

Ma qualcosa non funziona.

Mi domando allora: l'evento-morte si riduce davvero ad una parentesi? Ed in che senso, dal punto di vista giuridico?

È necessario riconsiderare le seguenti fasi giuridiche:

- a) tempo in cui viene concluso il negozio;
- b) pendenza della condizione;
- c) avveramento della condizione.

Quel che non si comprende immediatamente è come possa il contratto permanere nella medesima identità logica, laddove tra a) e c) un elemento (l'evento-morte) si risolve, si disfà, giuridicamente.

Evento-morte (fatto condizionante), s'intende, e copertura giuridica della clausola condizionale insieme: la retroattività cioè comporterebbe, se intesa quale rimozione del fatto, sua sparizione, alcune difficoltà.

L'evento-morte, accadendo, cessa di essere.

Accadendo, non-accade, potrebbe dirsi con un arzigogolo stilistico.

Così certo è per tutti gli eventi posti a condizione.

---

<sup>75</sup> Può dirsi con ROPPO, *op.cit.*, p.625: “Se l'avveramento opera retroattivamente, la proprietà del bene trasferito sotto condizione sospensiva appartiene all'acquirente fin dal momento del contratto: tutto ciò che da questo momento tocca il bene, in senso favorevole o sfavorevole, dovrebbe giovare o rispettivamente nuocere all'acquirente. [salve le deroghe ampie, su frutti e rischio di perimento fortuito]”.

Ma ciò non mi consola: scrivendo queste note, non riesco davvero a capire come potesse succedere, sotto il profilo logico.

Non mi pare infatti tuttora possibile che un elemento del negozio strutturalmente scompaia, accadendo. Tale convinzione si poggia sulla constatazione che intorno al tessuto giuridico (*i.e.* le norme che significano le cose), non vi siano soltanto che fatti, nelle loro forme semplici o complesse, e nulla oltre ad essi (il mondo è la totalità dei fatti). Il materiale, perciò, è dato unicamente da norme, e da fatti che accadono intorno ad esse. Gli elementi del negozio giuridico, pertanto, non sono che strutture fattuali significate, nel loro intrecciarsi, da norme, che significano il fatto, e l'intreccio medesimo: pertanto l'evento-morte, nel momento in cui accade, non può non-essere, ma al contrario essere. È un fatto atomico.

Per tale motivo, penso che debba in qualche modo mostrarsi come sia fallace l'idea che l'avveramento dell'evento ne determini la sua non-esistenza (tale è il meccanismo della retroattività nella sua rappresentazione più immediata e narrata): l'avveramento, invece, determina soltanto un suo ri-posizionamento.

Né vale distinguere la clausola condizionante dal fatto: sono i due elementi, in realtà, un sinolo. Esistendo solo fatti, la clausola non è che la forma di quel fatto, la sua veste giuridica: pertanto, non può pensarsi di dire che scompaia l'uno senza l'altra, o viceversa.

Non si comprende *come*, quando l'evento si avvererà, il bene possa considerarsi oggetto di uno spoglio attuale.

Anzitutto, per rispondere alla domanda, viene in considerazione un fatto: non è realmente ammissibile che, nel negozio condizionato, l'evento-morte scompaia, si metta in parentesi, cada nel vuoto<sup>76</sup>.

Se così fosse, saremmo di fronte ad un negozio strutturalmente diverso, in cui per magia giuridica il donatario si è ritrovato possessore del bene fin dal momento della stipulazione del contratto.

---

<sup>76</sup> Non è ammissibile che l'evento, nella sua connessione tra l'essere (l'accadere) ed il tempo, e come accadere nel tempo, si auto-sopprima nel nulla. Strutturalmente, non può esservi un nulla (un non-essere dell'evento). Deve esistere, a livello strutturale, una identità permanente del negozio. Deve esistere unicamente un ri-posizionamento.

Credo invece sia più logico sostenere che l'avveramento della condizione abbia soltanto *ri-posizionato* la morte.

Tale ri-posizionamento, è configurabile in questi termini: l'avveramento della condizione porta ad una retroazione, facendo sì che la dimensione di attualità del bene venga a coincidere con la dimensione di attualità dello spoglio. In questa retroazione, l'evento-morte si *ri-colloca* strutturalmente, e più precisamente dalla posizione di condizione passa ad altra posizione.

In quale posizione passa?

Lo spoglio attuale del bene, in realtà, non c'è stato.

È questo difetto, il segno della posizione dell'evento-morte.

Precisamente, l'evento morte si ri-posiziona *spostandosi in una casella vuota*, ossia spostandosi nell'*intermezzo logico* che corre nella discrasia data dalla mancanza reale di spoglio attuale di fronte invece alla sua presenza in termini giuridici.

L'evento-morte si ri-posiziona sul piano strutturale del negozio, andando a collocarsi nello spazio vuoto, rappresentato dalla discrasia predetta.

La situazione di discrasia viene risolta dalla sua impronta logica, con il *ri-posizionamento*: l'identità del negozio è data dal fatto che strutturalmente gli elementi restano i medesimi, ma riposizionati, e l'evento morte precisamente si colloca non più accessoriamente alla *condizione* (che, funzionalmente, si realizza), ma allo *spoglio*.

*L'evento-morte, da condizione, passa ad essere la giustificazione logica del carattere di attualità che denota adesso lo spoglio, costituendone quindi la dimensione.*

Lo spoglio è attuale in quanto sorretto dall'evento-morte, e può dirsi giuridicamente tale solo attraverso il suo rapporto con la morte.

*Quel che si realizza, dunque, non è una messa in parentesi dell'evento, ma un suo spostamento logico-giuridico dal bene allo spoglio.*

*La morte non è più il fattore che si relaziona, nel posizionamento degli elementi del negozio, all'oggetto (al bene nella sua entità), ma il fattore che si relaziona, significandolo, allo spoglio: con la morte lo spoglio può finalmente, in virtù dell'accadere di questa, considerarsi attuale.*

Quel che vediamo, dunque, è un semplice arrocco giuridico, è lo schema strategico di protezione del rapporto re-torre, ossia bene-evento morte. L'arrocco è cioè il meccanismo che illustra il ri-posizionamento dell'evento morte, ed il conseguente ri-posizionamento del bene (nel suo profilo dinamico: ossia il suo spoglio).

L'elemento ludico-dinamico ci mostra quindi come il negozio strutturalmente debba restare il medesimo: cambia la posizione dei suoi elementi, con l'effetto retroattivo della condizione, che fa sì che l'evento-morte colmi logicamente lo spazio vuoto e sostenga in tal maniera lo spoglio: esso è attuale in quanto ad esso accede la morte (è *attuale-per-la-morte*).

## NOTA BIBLIOGRAFICA

Si consiglia la lettura dei seguenti testi:

1. AMELOTI, voce *Donazione mortis causa –diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964
2. AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979.
3. AZZARITI, *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento post mortem del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*, in *Giust.civ.*, 1987, I, p.1655.
4. BALBI, *La donazione*, Milano, 1964.
5. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XII, t.4, Torino, 1961.
6. CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv.dir.priv.*, 1997, p.74.
7. E.CALO', *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, p.1165
8. G.CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1983.
9. CASULLI, voce *Donazione mortis causa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964.
10. CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, in *Riv.dir.civ.*, 1990, II, p.91
11. COSTANZA, *Negozi mortis causa o post mortem?*, in *Giust.civ.*, 1991, I.
12. DI MAURO, *Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in *Giust.civ.*, 1991, I.
13. FERRI, *Delle successioni, Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1980, sub.art.458.

14. FINOCCHIARO, *art. 458 c.c.*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza nel codice civile*, II, t.1, Milano, 1994.
15. GARDANI CONTURSI LISI, *Le donazioni*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1967.
16. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954
17. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, p.233.
18. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv.not.*, 1997, p.1371.
19. IEVA, *I fenomeni cd.parasuccessori*, in *Riv.not.*, 1988, p.1139.
20. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv.Not.*, 1989, p.1209.
21. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Giur.civ.commentata*, 1991, II, p.91.
22. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.
23. PALAZZO, voce *Donazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*, VII, Torino, 1991.
24. PALAZZO, voce *Successioni (parte generale)*, in *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*, XIX, Torino, 1991.
25. PALAZZO, *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella dottrina civilistica del secondo dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, II, t.2, p.656.
26. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti*, vol. I, Milano, 1996, p.208.
27. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, p.1281.
28. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv.dir.priv.*, 1997, p.5
29. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di G.Iudica e P.Zatti*, Milano, 2001

30. SANTORO PASSARELLI, *Donazione per causa di morte e donazione a causa di morte*, in *DG*, 1948, p.243
31. SANTORO PASSARELLI, *Validità della donazione d'usufrutto «cum premoriar»*, in *Foro it.*, 1950, I.
32. TALASSANO, *Variazioni sul tema della donazione «mortis causa»*, in *Giur.it.*, 1960, IV, p.79.
33. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XXII, Milano, 1956
34. TORRENTE, *Variazioni sul tema della donazione mortis causa*, in *Foro it.*, 1959, I.
35. TROTTA, *«Donatio mortis causa», patti successori*, in *Giur.compl.Cass.civ.*, 1950, II, p.113.
36. VIGNALE, *Il patto successorio e la donazione mortis causa*, in *DG*, 1962, p.305.

