



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Parte Seconda. Le donazioni. Capitolo XII. Gratuità e liberalità. Aspetti generali.

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Parte Seconda. Le donazioni. Capitolo XII. Gratuità e liberalità. Aspetti generali / D'ETTORE F. M.; ERMINI M.. - STAMPA. - (2009), pp. 383-389.

Availability:

This version is available at: 2158/338096 since:

Publisher:

Giuffrè

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

DIRITTO CIVILE

diretto da NICOLÒ LIPARI e PIETRO RESCIGNO
coordinato da ANDREA ZOPPINI

VOLUME II

SUCCESSIONI, DONAZIONI, BENI

I

LE SUCCESSIONI E LE DONAZIONI

Giuseppe AMADIO, Felice Maurizio D'ETTORE, Mario ERMINI,
Marco JEVA, Silvia Teodora MASUCCI, Enrico MOSCATI



GIUFFRÈ EDITORE

Parte Seconda
LE DONAZIONI

Capitolo XII
GRATUITÀ E LIBERALITÀ. ASPETTI GENERALI

Felice Maurizio D'Ettore e Mario Ermini

- | | |
|--|-----|
| 1. Gratuità, liberalità, <i>animus donandi</i> | 384 |
| 2. Gratuità, liberalità, arricchimento | 388 |

Capitolo XIII
CONTRATTO DI DONAZIONE

Mario Ermini

- | | |
|--|-----|
| 1. Capacità di donare | 393 |
| 2. Capacità di ricevere | 394 |
| 3. Pluralità di donatari | 396 |
| 4. Formazione dell'accordo. | 397 |
| 5. <i>Modus</i> e donazione | 400 |
| 6. Offerta del donante, accettazione del donatario: <i>revoche</i> | 405 |
| 7. Causa della donazione e dell'attribuzione | 406 |
| 8. Forma | 407 |
| 9. Rimedi al difetto di forma. | 410 |

Capitolo XIV
OGGETTO DELLA DONAZIONE

Mario Ermini

- | | |
|--|-----|
| 1. Donazione di beni futuri. | 414 |
| 2. Donazione di prestazioni periodiche | 416 |
| 3. Donazione di cose altrui | 416 |
| 4. Donazione plurima | 417 |
| 5. Donazione di universalità di mobili. | 418 |
| 6. Donazione di azienda | 419 |
| 7. Donazione di quote sociali | 420 |
| 8. Donazione di eredità | 420 |
| 9. Donazione di usufrutto e con riserva di usufrutto | 421 |
| 10. Mandato a donare | 425 |

Capitolo XV
TIPOLOGIE DONATIVE

Mario Ermini

- | | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Donazione remuneratoria | 428 |
|--------------------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| 2. Liberalità d'uso | 431 |
| 3. Donazione di modico valore | 435 |
| 4. Donazione manuale di titoli di credito | 436 |
| 5. Donazione in riguardo di matrimonio. | 437 |

Capitolo XVI

CLAUSOLE, DIVIETI ED EFFETTI DELLA DONAZIONE

Mario Ermini

| | |
|--|-----|
| 1. Irrevocabilità? | 442 |
| 2. Donazione obbligatoria. | 442 |
| 3. Riserva del donante di disporre (parzialmente). | 445 |
| 4. Riversibilità. | 447 |
| 5. Liberalità <i>causa mortis</i> | 449 |
| 6. Sostituzioni. | 451 |

Capitolo XVII

REVOCAZIONE DELLA DONAZIONE

Mario Ermini

| | |
|--|-----|
| 1. Cause | 453 |
| 2. Revocazione per ingratitudine. | 454 |
| 3. Revocazione per sopravvenienza di figli. | 456 |
| 4. Azione di revocazione per ingratitudine | 457 |
| 5. Azione di revocazione per sopravvenienza di figli | 459 |
| 6. Effetti. | 459 |

Capitolo XVIII

GARANZIE E RESPONSABILITÀ

Mario Ermini

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 1. Garanzia per evizione | 461 |
| 2. Vizi della cosa donata | 462 |

Capitolo XIX

DONAZIONI INDIRETTE

Felice Maurizio D'Ettore e Mario Ermini

| | |
|---|-----|
| 1. Donazioni indirette, liberalità atipiche. | 466 |
| 2. Tipologie di donazioni indirette | 471 |
| 3. L'adempimento del terzo | 471 |
| 4. Cointestazioni di conto corrente bancario e di deposito titoli | 471 |

| | |
|--|-----|
| 5. Contratto a favore di terzi. | 472 |
| 6. Delegazione, espromissione, accollo, fideiussione | 472 |
| 7. Donazione liberatoria; rinuncia abdicativa. | 474 |
| 8. Intestazione di beni a nome altrui. | 476 |
| 9. Negozio di fondazione | 477 |
| 10. Liberalità non negoziali | 478 |

Capitolo XX
LE CAUSE DI INVALIDITÀ

Mario Ermini

| | |
|---|-----|
| 1. Invalidità | 480 |
| 2. Errore sul motivo e motivo illecito | 480 |
| 3. Conferma ed esecuzione volontaria di donazioni nulle | 483 |

Capitolo XXI
GRATUITÀ, LIBERALITÀ E SCAMBIO

Felice Maurizio D'Etiove

| | |
|--|-----|
| 1. Gratuità, liberalità ed effetto economico della disposizione mista. | 491 |
| 2. L'interesse a donare. Attribuzioni liberali e contratti gratuiti | 497 |
| 3. Interesse non patrimoniale, gratuità, realtà e liberalità | 501 |
| 4. Interesse non patrimoniale e fattispecie miste | 512 |
| 5. Donazione mista e donazione indiretta: liberalità e scambio nella giurisprudenza | 516 |
| 6. Corrispettività economica dello scambio e liberalità. | 520 |
| 7. Le norme applicabili in funzione del titolo oneroso dell'attribuzione. | 524 |
| 8. Opposizione alla donazione e liberalità atipiche | 525 |
| 9. L'obbligazione modale e l'attribuzione corrispettiva ad effetti liberali | 528 |
| 10. Donazione, <i>modus</i> e fenomeno fiduciario | 537 |
| 11. La promessa di donazione | 540 |
| <i>Indice analitico.</i> | 547 |

Capitolo XII

GRATUITÀ E LIBERALITÀ. ASPETTI GENERALI

1. Gratuità, liberalità, *animus donandi*. — 2. Gratuità, liberalità, arricchimento.

Bibliografia: ANGELONI, *Contratto a favore di terzi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2004; ARCHI, *Donazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 930 ss.; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935; BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942; BALBI, *La donazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1949; BENETTI, *La donazione di diritti*, in *La donazione*, a cura di Bonilini, Torino, 2001, 607 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954; BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984; BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 209 ss.; BROISE, *Animus donandi, concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, I, Pisa, 1975; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996; CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, (nota a Cass., 20 novembre 1992, n. 12401), in *Foro it.*, 1993, I, 1506; CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 2^a ed., Torino, 2000, 479 ss.; CARRESI, *Il comodato come rapporto di cortesia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 305 ss.; CARRESI, *Il comodato e il mutuo*, Torino, I, 1957; CASULLI, *Donazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 966 ss.; CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970; CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2005; CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 257 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977; CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Il Contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, 145 ss., 59 ss.; CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2001, 1 ss.; COTTINO, *Le donazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1913; D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996; D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, Pavia-Varese, 2000; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in AA.VV., *L'invalidità degli atti privati*, Padova, 2001; FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970; FUNAIOLI, *La donazione (lezioni)*, Università di Pisa, 1951; GALASSO, *Il comodato*, in *Tratt. Cicu-Messineo*,

Milano, 2004; GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002; GIANNATTASIO, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c. Torino*, 1964; GIANOLA, *La donazione di fare*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 385 ss.; GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002; GORLA, *Il contratto. Problemi trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955; IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970; LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, ss.; MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. D'Amelio-Finzi, Libro delle Successioni*, Firenze, 1941; MAZZONI, *Il dono è il dramma. Il dono anonimo e il dono dispotico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 515; MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.; MEYERFELD, *Die Lehre von den Scheukungen nach römischen Recht*, I, Marburg, 1835-37; MORA, *Il comodato modale*, Milano, 2001; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1988; MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942; PALAZZO, *Donazione*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, 1990, 140 ss.; PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Milano, 2004; PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 163 ss.; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006; PEROZZI, *Intorno alla donazione*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963; PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1872; ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in *Corr. giur.*, 2003, 1, 44 ss.; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di Scialoja, IV, Torino, 1889; SCOZZAFAVA, *Qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 68 ss.; TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956; TRINGALI, *La donazione*, Torino, 2004; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1, Marburg, 1851; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. Fadda e Bensa), II, pt. 2, Torino 1904; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a.M., 1906.

1. **Gratuità, liberalità, animus donandi.**

Nozioni di
onerosità e
gratuità

Se una relazione negoziale la si dice onerosa quando “un soggetto, per usufruire di un vantaggio, subisce un correlativo sacrificio, e tra le due evenienze esiste un nesso di causalità” (SCOZZAFAVA, 68 ss., spec. 71), dovrebbe viceversa considerarsi gratuita quella in cui il vantaggio patrimoniale è unilaterale, cioè conseguito in assenza di corrispettività ed in conseguenza di una prestazione interamente a carico dell'altra parte (in tal senso BETTI, 67 ss., 69, 72, intende la gratuità come non corrispettività del sacrificio).

Secondo la giurisprudenza (Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325; Cass., 11 giugno 2004, n. 11093;

Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325; Cass., 3 giugno 1980, n. 3621, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1101) la valutazione di un negozio in termini di gratuità (o viceversa di onerosità) deve essere condotta in relazione alla causa (e non già ai motivi); con la conseguenza che l'assenza di corrispettivo o di controprestazione accomunerebbe (tutti) i contratti a titolo gratuito, mentre soltanto della donazione sarebbe proprio "lo spirito di liberalità".

Viceversa, per alcuni autori (CHECCHINI, 1976, 257 ss.; ID., 1992, 145 ss.) occorre dare autonomo rilievo alla volontà di "arricchire" altri (anche mediante strumenti giuridici diversi dalla donazione diretta), al motivo liberale inteso quale interesse non patrimoniale che qualifica l'operazione gratuita.

Deve poi rilevarsi la relatività della contrapposizione tra gratuità ed onerosità (sul punto, sia CATAUDELLA, 2005, 59 ss., che D'ETTORE, 2000, 189, avvertono sull'esigenza di evitare rigide contrapposizioni tra nozioni solo astrattamente inconciliabili).

Gratuità,
onerosità,
relatività
della
distinzione

Infatti, almeno a leggere il rinvio operato dall'art. 809 c.c. (quanto alla disciplina delle liberalità che "risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769"), il negozio donativo "diverso" può scaturire fra l'altro anche da uno scambio volutamente "imperfetto": potrebbe essere ad esempio un contratto sinallagmatico parzialmente gratuito, quando l'oggettivo squilibrio fra le reciproche prestazioni sia dalle parti liberamente condiviso. Si pensi, ancora, ad ipotesi in cui la prestazione è effettuata per uno scopo liberale, condiviso dal donatario; però, successivamente, senza che l'*accipiens* fosse stato *ab origine* avvertito di tale ultrattività, il disponente "sfrutta" autonomamente l'avvenuta attribuzione (in termini pubblicitari ad esempio), ricavandone il ritorno economico (che aveva) fin dall'inizio programmato. Ci si può infine interrogare se e quanto profili di solidarietà recentemente e lacunosamente disciplinati da leggi speciali (*in primis*, sull'impresa sociale o sugli enti *non profit*), articolati nella previsione di prestazioni di dare o di fare finalizzati al perseguimento di uno scopo solidale, siano riconducibili al tema della donazione (per una rivisitazione e ricostruzione sistematica del principio di gratuità anche aperto alla solidarietà, cfr. MESSINETTI, 339 ss.; v. anche l'affermazione di PERLINGIERI, 487: "La solidarietà attiene a profili soggettivi di equità distributiva e rappresenta una vera liberalità oppure l'adempimento di un dovere morale e sociale o di un dovere giuridico che nella stessa solidarietà trova fondamento. Con essa si realizza

il trasferimento di risorse e/o di vantaggi da una persona all'altra, da un gruppo ad un altro").

Categorie differenziate di vantaggio patrimoniale unilaterale

L'unilateralità del vantaggio patrimoniale accomuna comunque un'area vasta, per struttura ed in relazione agli effetti normativamente scomposta in categorie differenziate (cfr. BISCONTINI, 1984, 29, 63 ss.; CAREDDA, 59 ss.).

In tal senso, e di volta in volta, emerge la molteplicità di situazioni giuridicamente tipizzate, e tuttavia eventualmente mutanti: gratuità solidale o pura; gratuità tipica e reale (deposito gratuito e comodato, perfezionati con la *datio rei* quale elemento di stabilità del "nudo patto"); gratuità atipica o promissoria (donazioni indirette, atti unilaterali compiuti *animo donandi*); onerosità tipica e gratuità eventuale (mandato, mutuo, trasporto, appalto, prestazione d'opera e di lavoro); liberalità dipendenti da comportamenti materiali di cui all'art. 809 c.c.; liberalità pure o motivate (donazione diretta *ex art. 769 c.c.*, donazione remuneratoria e liberalità d'uso *ex art. 770 c.c.*); liberalità "corrispettiva, o reciproca, o modale": (donazione mista, promessa di donazione mista, donazione modale (art. 793).

Spirito di liberalità

Esse, "finché restano conformi al tipo, non possono, logicamente non escludersi a vicenda" (CAPOZZI, 889), contrapponendosi, in particolare, i contratti gratuiti tipici alla donazione (BIONDI, 93), a seconda che l'attribuzione, pur sempre gratuita, sia o meno compatibile con il fine liberale (in giurisprudenza, da ultimo Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325: "la valutazione di gratuità od onerosità del negozio non può che essere compiuta con riguardo alla causa, e non già ai motivi dello stesso, con la conseguenza che deve escludersi che atti a titolo gratuito siano quelli e solo quelli posti in essere per spirito di liberalità. Lo spirito di liberalità è richiesto per la donazione — art. 769 c.c. — mentre non è indispensabile negli altri atti a titolo gratuito, che sono quelli in cui una sola parte riceve e l'altra, sola, sopporta un sacrificio, unica essendo l'attribuzione patrimoniale"; nello stesso senso, Cass., 11 novembre 2004, n. 11093).

Peraltro, da un lato si precisa che "logicamente inconciliabile con lo spirito di liberalità" (CATAUDELLA, 2005, 19) l'interesse patrimoniale del disponente a titolo gratuito potrebbe essere inserito quale frammento di un'operazione negoziale complessa (ovvero mista: *infra*, cap. XXI), in cui sono combinati e compresi elementi di onerosità e di liberalità propri della cosiddetta

donazione mista (sul punto, CATAUDELLA, 2005, 59 ss.; ID., 1970, 27 ss.). Dall'altro, si specifica che l'attribuzione patrimoniale gratuita fatta *animo donandi*, in relazione al concreto assetto negoziale voluto dalle parti, può tuttavia produrre un effetto liberale ed indurre a qualificare quale donazione, indiretta o anche diretta, la specifica attribuzione (CARRESI, 1957, 24 ss.; PALAZZO, 140; e altresì, ANGELONI, 49 ss.; ASCOLI, 131 ss.; CHECCHINI, 1976, 294; D'ETTORE, 1996, 24 ss., 131 ss.; FRAGALI, 272; GORLA, 82, 174, 177, nt. 21; MORA, 147; MOSCO, 285, 298; da ultimo, anche GALASSO, 42 ss., 46, 142, 146, 169, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

Tra i criteri che distinguono la gratuità donativa da quella che donativa non è, si è anche sostenuta (BOZZI, 210; MOROZZO DELLA ROCCA, 64 ss., 200-202; TILOCCA, 55) la necessità di dar rilievo, nei singoli casi, alla consistenza economica dell'atto del donante; nel senso che, tanto più questa è ragguardevole, tanto più è indice di una fattispecie liberale da ricondursi alla disciplina sulle donazioni. Infatti, nell'art. 783 c.c., a proposito delle donazioni di modico valore (*infra*, cap. XV, § 3), per le quali l'ordinamento ritiene sufficiente la *traditio*, rinunciando cioè al requisito formale altrimenti preteso per la donazione, il legislatore valuta la "modicità (...) anche in rapporto alle condizioni economiche del donante", quasi a lasciare intendere una gratuità prevalente sulla liberalità.

Gratuità
donativa

Deve infine segnalarsi il diverso orientamento di parte della giurisprudenza (*ex pluribus* Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, con nota di CARINGELLA. In argomento ROLFI, 44 ss.) secondo cui i contratti gratuiti atipici sono nulli, in quanto non previsti dall'ordinamento.

Fatto per lo più coincidere con l'*animus donandi* — di cui, anche sulla scia dell'art. 770 c.c., si individuano le motivazioni soggettive a presupposto della relazione liberale nell'affetto e nell'altruismo, nella stima e nella religiosità; e pure nella generosità, solidarietà, prodigalità, filantropia, beneficenza, riconoscenza (ARCHI, 930 ss.; BROISE, 37 ss.; D'ETTORE, 1996, 50 ss.; MAZZONI, 515. Esclude la rilevanza giuridica dell'*animus donandi*, BISCONTINI, 144 ss. Sia D'ETTORE, 1996, 75 ss., che COTTINO, 18, considerano attributo normale della donazione, ma non necessario, il profilo benefico) — lo spirito di liberalità costituisce il fondamento normativo delle attribuzioni gratuite, dirette ad arricchire il donatario

nullo jure cogente (da ultimo, anche TRINGALI, 68; e già prima, *ex multis*, CATAUDELLA, 1970, 110 ss. e 123-125; PERCHINUNNO, 183; PINO, 123. *Contra*, per tutti, G.B. FERRI, 365, 390, nt. 180 e 181. In giurisprudenza, la tesi maggioritaria della dottrina è condivisa da Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass., 30 marzo 2006, n. 7507; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325; Cass., 22 febbraio 2001, n. 2606; Cass., 26 maggio 2000, n. 6994; Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 8), nelle diversificate tipologie — donazione diretta, indiretta, remuneratoria, obnuziale, modale, conforme all'uso — in cui si articola la *causa donationis*, in un complesso sistema di circolazione legale del dono.

2. Gratuità, liberalità, arricchimento.

Ai sensi dell'art. 769 c.c., per incrementare gratuitamente il (patrimonio del) donatario, il donante o dispone di un proprio diritto (patrimoniale) oppure assume un'obbligazione (del primo o nei confronti di questi).

Arricchimento

Tra quanti indagano e valutano tali indicazioni normative, alcuni radicano l'arricchimento nell'intento comune delle parti diretto alla sua realizzazione (CARNEVALI, 2000, 446; CATAUDELLA, 1970, 124-125 e 127, ed anche in *Id.*, 2005, 9; v. anche D'ETTORE, 1996, 39 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, 73; PERCHINUNNO, 181).

Versante dispositivo

In un'analisi più specifica, il versante dispositivo non pare connotarsi di profili problematici.

In proposito si precisa (BALBI, 1942, 15, 119, 136 ss.; *Id.*, 1949, 15, 40-41, 73) che il donante potrebbe anche attribuire un diritto (di credito) a conseguire uno *ius in re*. Si esclude la donazione del possesso, in quanto l'arricchimento non deriva direttamente dalla situazione di fatto, ma dipende dalla cessione del corrispondente diritto reale cui è collegato ed in cui è compenetrato; tuttavia, quanto alla legittimità della donazione dei (soli) frutti del bene di cui il donante sia possessore, cfr. art. 771 c.c. (CATAUDELLA, 2005, 31; BENETTI, 607 ss.; TORRENTE, 236-238).

Versante obbligatorio di dare e di fare

Sul versante obbligatorio si registra invece la contrapposizione tra chi limita la prestazione donativa al solo dare (BALBI, 1949, 38 ss., e da ultimo, con argomentazioni identiche, CONTE, 18 ss.) e quanti, giustamente, oppongono che anche un obbligo di fare, ivi compresa la prestazione di servizi, da un lato costituisce un'“enti-

tà giuridica negativa” per il patrimonio del donante, e dall’altro che il suo adempimento arricchisce comunque il donatario (CATAUDELLA, 1970, 165 ss.; ID., 2005, 42 ss.; GIANOLA, 2001, 385 ss.; GORLA, 82 ss.; BIONDI, 390; CHECCHINI, 1977, 212 s.; ID., 1976, 286; BISCONTINI, 160 ss.; IANNUZZI, 21 ss.; D’ETTORE, 1996, 4 ss., 176 ss.; LENZI, 213 ss.; PELLEGRINI, 59 ss.; GATT, 41 ss.; ANGELONI, 68; GIANOLA, 2002, 44 s.; BOZZI, 223; CHECCHINI, 1976, 254 ss., spec. 313; CARNEVALI, 1969, 166 ss.).

La dottrina più risalente collegava notoriamente la *causa donationis* al binomio *locupletatio-depauperatio* (SAVIGNY, 1 ss., spec., 28 ss., 63 ss.; VANGEROW, 193 ss.; WINDSCHEID, 1906, 543 ss.; ID., 1904, 5 ss.; MEYERFELD, 271, 281, *passim*. *Adde*, ASCOLI, 102 ss.; PUCHTA, 107 ss.; PEROZZI, 65 ss.; GIANNATTASIO, 198; MOSCO, 268 ss., 353; MAROI, 34 ss., 720; successivamente, CASULLI, 966 ss.; TORRENTE, 7).

Anche se ne costituisce l’inevitabile effetto economico (negativo, per il patrimonio del donante) (BALBI, 1942, 136 ss.; FUNAIOLI, 127 ss.), tuttavia, da un lato la *depauperatio* non risulta espressa nel contenuto e dalla lettera dell’art. 769 (ed anzi appare chiaro che la “nota del depauperamento del donante è estranea alla nozione normativa della donazione”: CATAUDELLA, 2005, 6, nt. 17 ove ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali) dall’altro è un effetto che può prodursi anche da negozi gratuiti non necessariamente liberali. Sicché, si scrive (BIONDI, 92) che, non essendone “requisito giuridico la correlazione tra arricchimento e depauperamento”, si ha liberalità anche in mancanza di impoverimento del donante, pur riconoscendo come “ben difficile in fatto che si abbia arricchimento senza correlativo depauperamento”.

Depauperamento

In tale contesto, si può ipotizzare un comodato immobiliare di lunga durata (e perciò atipico rispetto a quello concepito da CARRESI, 1949, 305 come “giuridicizzazione” della cortesia), fatto a scopo liberale e senza controprestazione: per attribuirne l’uso al comodatario (il cui patrimonio ne risulta conseguentemente arricchito), il comodante si priva del godimento di un (suo) bene, di cui rinuncia a chiedere la restituzione *ex art.* 1809 c.c. per il tempo contrattualmente previsto. Analogamente si potrebbe ragionare rispetto ad un mutuo gratuito: la mancanza di interessi impoverisce il patrimonio del mutuante, per realizzare l’arricchimento di quello del mutuatario.

Capitolo XIX

DONAZIONI INDIRETTE

1. Donazioni indirette, liberalità atipiche. — 2. Tipologie di donazioni indirette. — 3. Adempimento del terzo. — 4. Cointestazioni di conto corrente bancario e di deposito titoli. — 5. Contratto a favore di terzi. — 6. Delegazione, espromissione, accollo, fideiussione. — 7. Donazione liberatoria; rinuncia abdicativa. — 8. Intestazione di beni a nome altrui. — 9. Negozio di fondazione. — 10. Liberalità non negoziali.

Bibliografia: AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Atti del Convegno "Liberalità non donative e attività notarile"*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato (Il Sole-24 Ore)*, Milano, 2008, 10 ss.; ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto*, "negotium mixtum cum donatione", in *Studi in tema di contratto*, Milano, 1952, 91 ss.; ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratto*, Milano, 1952, 20 ss.; AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1968, 220 ss.; BALBI, *La donazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1949; BASINI, *Donazione indiretta e applicabilità dell'art. 179 lett. b) c.c.*, in *Riv. not.*, 1998, 242 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996; CARNEVALI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, s.d., ma Milano, 1964, 214 ss.; CARNEVALI, *Intestazione di beni in nome altrui*, in *Enc. giur.*, agg. V, Roma, 1996, 2 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Torino, 2000, 481 ss.; CARRESI, *Il comodato, il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950; CASULLI, *Donazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 966 ss.; CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970; CATAUDELLA, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 757 ss.; CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2005; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977; CIACCIO, *Rinuncia all'usufrutto e donazione liberatoria*, (nota a Cass., 3 marzo 1967, n. 507), in *Giust. civ.*, 1967, I, 1075 ss.; DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della cassazione si consolida*, in *Foro it.*, 1993, I, 1548 ss.; DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente*, (nota a Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257), in *Foro it.*, 1995, I, 614 ss.; D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996; DI MAURO, *L'individuazione dell'oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia, dell'impu-*

tazione ex se e della collazione in alcune fattispecie particolari, in *Giust. civ.*, 1993, II, 173 ss.; GALASSO, *Il comodato*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2004; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969; GORLA, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 585 ss.; GROSSO-BURDESE, *Le successioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977; MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, Napoli, 1962; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976; MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; MENGONI, *Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1967; MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942; PALAZZO, *Contratto a favore di terzo e per persona da nominare (sintesi d'informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 390 ss.; PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 1991; PALAZZO, *Le donazioni indirette*, in *La donazione, Tratt. Bonilini*, Torino, 2001, 52 ss.; PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972; PUGLIESE, *Restituzione della somma ricevuta in base a un contratto annullato e principio nominalistico*, (nota ad App. Milano, 16 luglio 1951), in *Foro pad.*, 1951, I, 1085 ss.; PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1972; RESCIGNO, *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 791 ss.; SCHIAVONE, (nota a Trib. Fasano, 5 luglio 2006), in *Obbl. e contr.*, 2006, 1037 ss.; TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in *Atti del Convegno "Liberalità non donative e attività notarile"*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato (Il Sole-24 Ore)*, Milano, 2008, 23 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956; TORRENTE, *Appunti sulle donazioni indirette*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, 331 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006.

1. Donazioni indirette, liberalità atipiche.

Liberalità
non
donative

Per l'art. 809, co. 1, c.c. le "liberalità anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari".

La scelta legislativa è chiaramente nel senso di rendere applicabili gli artt. 801, 803, 553 ss. c.c., che di volta in volta tutelano la persona o il patrimonio del donante da un lato (*supra* ingratitude cap. XVII, § 4: Cass., 21 ottobre 1992, n. 11499), l'interesse patrimoniale della famiglia in genere e dei figli in particolare (*supra* sopravvenienza cap. XVII, § 5), dall'altro (e pure l'art. 2901 c.c. sull'azione revocatoria ordinaria e l'art. 64 l. fall. su quella fallimentare secondo Cass., 28 novembre 1988, n. 6416), "anche" a liberalità diverse dalla donazione. La sola esclusione — esplicita (art. 809, co. 2, c.c.) — concerne le "liberalità previ-

ste dal co. 2 dell'art. 770 e quelle che a norma dell'art. 742 non sono soggette a collazione”.

La disposizione in oggetto, proponendosi quale norma di chiusura del Titolo V del secondo Libro, col congiuntivo “anche” va oltre la donazione, per rendere applicabili alcune delle sue norme — le c.d. norme materiali della donazione — all’area della liberalità. La quale, in quei profili assume i connotati di un *genus*, cui appartengono tanto la donazione, quale prototipo giuridico cui di regola si applica il requisito della forma dell’atto pubblico, quanto ed insieme “atti diversi” da quella; negoziali e non, ma comunque ugualmente idonei a realizzare un analogo risultato economico (l’arricchimento) e sorretti da un comune intento liberale.

Norme
materiali
della
donazione

In proposito, sempre assumendo la donazione diretta a prototipo, si è soliti contrapporre gli “atti diversi”, identificandoli col *nomen* donazioni indirette.

In tal modo evidentemente si evoca la concezione del negozio indiretto (TORRENTE, 1958, 331, ss.; ASCARELLI, 91 ss., 20; AURICCHIO, 220 ss. *Contra*, CARNEVALI, 2000, 498 sul rilievo della dubbia rilevanza dogmatica della figura. In giurisprudenza: Cass., 24 marzo 1971, 833, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 1442; Cass., 26 luglio 1971, n. 2507, *ivi*, *Mass.*, 1971, 1440; Cass., 10 marzo 1976, n. 824, *ivi*, 1976, 856; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, *ivi*, 1979, I, 1, 935). Si precisa, infatti, che la donazione indiretta comprende atti eterogenei nei quali l’acquisto del donatario avviene “attraverso l’utilizzazione strumentale di negozi giuridici diversi dalla donazione che conservano la causa loro propria, rimanendo confinata nell’area dei motivi l’intenzione di donare” (Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, *cit.*; v. anche CATAUDELLA, 2005, 58).

Ma se è vero che tali liberalità — cui non appartiene di per sé ed immediatamente, in quanto tali cioè, la *causa donandi* — sono tuttavia in grado di produrre, unitamente all’effetto diretto che gli è proprio, l’ulteriore effetto indiretto di un arricchimento senza corrispettivo (sulla non essenzialità dell’arricchimento ai fini della configurabilità della liberalità non donativa, AMADIO, 14 ss.) voluto per spirito liberale da una parte (beneficiante) a favore dell’altra (che ne beneficia) (PALAZZO, 2001, 54 ss.; *Id.*, 1991, 48; MOSCO, 282; CARRESI, 27 ss.; GALASSO, 44 ss. *Contra*, MARINI, 1976, 53 ss., 62, escludendo che all’art. 809 possano riferirsi i contratti gratuiti tipici), piuttosto che riferirsi alle donazioni indirette, conviene riflettere sulle liberalità atipiche (D’ETTORE, 134), in

quanto atti tipici perché dotati di una loro causa, evidentemente diversa da quella donativa, e rispetto ad essa, di cui condividono l'effetto (arricchimento) liberale, appunto atipici.

Dunque, sono gli “atti diversi da quelli previsti dall'art. 769”, ad essere per l'appunto diversi dalla donazione e non viceversa.

“Atti
diversi”

Il che comporta, da un lato che nei loro confronti la donazione non può definirsi residuale, come ritengono alcune voci della dottrina (BISCONTINI, 159 ss.; MARINI, 76, 61 ss.; PALAZZO, 2001, 9 ss.); dall'altro, che se la liberalità su cui è focalizzata l'ottica normativa, è l'atto dell'art. 769 c.c., gli “atti diversi da” quello non devono coincidere col contratto di donazione (BIONDI, 76 ss., 900 ss., 910 ss., 914 ss.; CASULLI, 969 ss.).

La donazione può avere, del resto, come contenuto, qualsiasi attribuzione, per cui la pretesa diversità, richiesta come elemento di differenziazione degli elementi di qualificazione dall'art. 809 c.c., dipende dalla mancanza o diversa connotazione dei requisiti fondamentali, una volta individuato l'effetto economico rilevante. Tale diversità può riguardare la struttura dell'atto e quindi disciplinare in modo autonomo l'attribuzione effetto di negozi unilaterali (CATAUDELLA, 2005, 54 ss.; CARNEVALI, 1964, 296; MOSCO, 296; PALAZZO, 2001, 551 ss., TORRENTE, 1956, 207) o i possibili risultati attributivi di natura liberale realizzati, ad esempio, mediante fattispecie contrattuali concluse — per chi lo ritiene possibile (PALAZZO, 2001, 552 ss.; ma in tema cfr. MARINI, 1995, 250 ss.) — *ex art.* 1333 c.c., senza formale accettazione e quindi non secondo il procedimento di formazione dettato dagli artt. 769 e 782 c.c. Oppure, discendere direttamente dalla presenza di elementi di onerosità e di gratuità, che non escludono la realizzazione di un'operazione di scambio capace di produrre, mediante una precisa modulazione della fattispecie contrattuale, un effetto ulteriore di tipo liberale.

Con riferimento all'art. 809, co. 1, c.c. si è più sopra considerato il rilievo che in esso assumono le c.d. norme materiali della donazione, queste intendendosi come disciplina generale delle donazioni indirette, nelle quali si ha riguardo all'effetto economico di liberalità prescindendo dallo strumento giuridico utilizzato per conseguirlo.

Interpreta-
zione
estensiva
dell'ambito
applicativo

Una più analitica ricognizione delle fonti consente tuttavia di espandere, con interpretazione estensiva i riferimenti del citato articolo alla “revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché (...) sulla riduzione delle

donazione per integrare la quota dovuta ai legittimari”, agli artt. 801, 803, 553 ss. c.c., in altre parole.

L'imputazione *ex se* di cui all'art. 564 c.c., benché non contenga la precisazione dell'art. 737 c.c. (quanto “ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente”), si ritiene infatti applicabile alle donazioni indirette per sovrapposizione dell'area della collazione a quella dell'imputazione (CARNEVALI, 2000, 602; MENGONI, 253), stante il rinvio del co. ult. dell'art. 564 c.c. alle norme sulla collazione.

Si ritengono pure applicabili, l'art. 779 c.c. in particolare, e più in generale la disciplina sull'incapacità a ricevere per donazione, onde evitare ipotesi di frode alla legge (CATAUDELLA, 1970, 154, nt. 40); il divieto di cui all'art. 777 c.c., sull'incapacità di disporre per donazione da parte del rappresentante legale, per evitare che sia sperperato il patrimonio del rappresentato (TORRENTE, 1956, 69; BIONDI, 929).

Sull'estensibilità dell'art. 2901 c.c. e dell'art. 64 l. fall, si è già detto all'inizio del paragrafo. Altrettanto certa è l'esclusione dell'art. 782 c.c. sulla forma: le donazioni indirette, risentono di quella richiesta per lo strumento negoziale di volta in volta utilizzato.

Quanto alla assoluta indeterminatezza della persona da beneficiare — ipotesi del resto più che altro teorica —, dal sostenere che ciò non sia ostativo con l'intento liberale (TORRENTE, 2006, 85; e parrebbe anche Cass., 12 novembre 1992 n. 12181), ne dovrebbe derivare la non applicazione delle disposizioni, in particolare l'art. 778 c.c., che attengono alla necessaria individuazione o individuabilità dell'oggetto e del beneficiario della donazione; ma chi crede invece il contrario, la necessità che entrambi debbano essere individuati o individuabili, evidentemente sarà portato a sostenere la tesi opposta.

Dubbi sussistono anche sull'applicabilità alle donazioni indirette delle disposizioni sulla rilevanza dell'errore sul motivo (in senso favorevole, cfr., TORRENTE, 1956, 67; BALBI, 117. *Contra*, BIONDI, 931, ss.).

La rilevanza dell'errore

È infatti vero — e si avrà occasione di rilevarlo più avanti — che nella donazione l'errore ha una tutela affievolita, in considerazione della gratuità dell'attribuzione. Ma è anche vero che le donazioni indirette hanno ciascuna — lo si è poc'anzi visto — una propria autonoma causa non donativa, sicché occorrerà, caso per caso, considerare la struttura dello specifico negozio utilizzato

per realizzare la liberalità (CARNEVALI, 2000, 604, esemplificativamente estendendo gli artt. 787 e 788 c.c. alla rinunzia fatta gratuitamente; ma sul punto TORRENTE, 2006, 81 ss.); d'altra parte, l'indagine caso per caso si impone anche in relazione al "quantum" della tutela affievolita dell'errore, mancando tra le parti della donazione indiretta un'attribuzione patrimoniale diretta (CAREDDA, 240, ss.; CARNEVALI, 2000, 604 s.).

Solitamente si ritiene estensibile alle donazioni indirette anche l'art. 737 c.c., che assoggetta alla collazione tutto ciò che è stato "ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente".

Va considerato l'arricchimento del beneficiario

Argomentando dalla lettera di quell'inciso e parametrando l'errore sul motivo, ai fini della collazione si ritiene che debba essere considerato esclusivamente l'arricchimento del beneficiario (e non il depauperamento del disponente) (CASULLI, 105 ss. *Contra* quanti invece sostengono che l'avverbio "indirettamente" si riferisce alle modalità attuative della liberalità e non al suo oggetto, in ciò ritenendosi confortati dalla norma, peraltro eccezionale, dall'art. 1923, co. 2, c.c.: in argomento, ed anche sulla portata di tale norma, MAJELLO, 119 ss., 126 ss.; MENGONI, 201; TORRENTE, 1956, 75; ID., 2006, 88 ss.).

Delle donazioni indirette, la giurisprudenza si è soprattutto interessata quanto all'oggetto della liberalità, nei casi in cui il beneficiante intesta a nome di altri il bene, di solito immobile, da lui pagato. L'oggetto della liberalità coincide col danaro uscito dal patrimonio dell'attribuente e da questi utilizzato per l'acquisto (Cass., 19 novembre 1978, n. 4711, in *Giur. it. mass.*, 1978, 1124; Cass., 11 maggio 1973, n. 1255, 1973, 1255; conf. TORRENTE, 2006, 72 ss.), o piuttosto col bene immobile entrato nel patrimonio del beneficiario? (Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *N. giur. civ.*, 1993, I, 382, con nota di REGINE, *Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta*; Cass., 23 dicembre 1992, n. 13630; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, con nota di DE LORENZO, 614).

Nella prima soluzione il soggetto tenuto a collazione è debitore di valuta, di una somma di danaro che quindi risente dell'inflazione; nella seconda, attualmente prevalente, del bene immobile con esso acquistato, che di solito ha un incremento di valore in larga parte dipendente dall'epoca dell'acquisto (un'attenta ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, in CARNEVALI, 2000, 605 ss., dove anche la precisazione che la Cassazione, in un pri-

mo momento aveva delimitato il proprio *revirement* alle sole ipotesi in cui il beneficiante fosse stato parte del preliminare di compravendita; mentre sembra ispirata a ragioni equitative la successiva rivisitazione che ha indotto la Corte ad affermare che oggetto della collazione è il bene immobile).

2. Tipologie di donazioni indirette.

A differenza di quanto costituisce oggetto di un capitolo precedente, dove le varie figure donative passate in rassegna hanno avuto per diretto riferimento la disciplina che ne è dettata in singoli articoli dal codice dedicati al contratto di donazione, le tipologie di donazioni indirette che seguono sono ricavabili dall'interpretazione — della dottrina come della giurisprudenza — intorno alla formula ampia dell'art. 809 c.c. in cui, come osservato nel precedente paragrafo, il “donante” arricchisce il “donatario” utilizzando uno schema tipico diverso dalla donazione, comunque arricchito di intento liberale.

3. L'adempimento del terzo.

Il terzo, che non obbligato interviene ad adempiere un obbligo altrui ai sensi dell'art. 1180 c.c., può agire con varietà di motivazioni.

Ove non vincolato da un accordo col debitore, il *solvens* potrebbe adempiere anche *animo donandi*, e non solo *solvendi debiti alieni*. In tal caso il pagamento configura una donazione indiretta, ove successivamente si rinunci ad esercitare il diritto di credito conseguente alla surrogazione (CARNEVALI, 2000, 448; TORRENTE, 1956, 42; Cass., 3 maggio 1969, n. 1465, in *Giur. it. mass.*, 1969, 599. *Contra* PALAZZO, 2001, 679; il quale ritiene non potersi ravvisare, in questa ipotesi una rinuncia alla rivalsa, poiché in tal caso all'*animus* si affiancherebbe, nel *solvens* l'interesse a donare verso il debitore).

4. Cointestazioni di conto corrente bancario e di deposito titoli.

Può ricondursi alla donazione indiretta l'ipotesi di una utilizzazione a scopo liberale dell'art. 1854 c.c. Si può supporre che, un conto corrente bancario originariamente intestato ad un'unica

persona, la quale evidentemente è titolare delle somme depositate, successivamente venga cointestato “a più persone, con facoltà per le medesime di compiere operazioni anche separatamente”; in tal caso, ai sensi della citata disposizione, “gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido del saldo del conto”.

Rispetto all’obbligazione in solido che in tal modo ne deriva, sul lato interno del rapporto ed in base al principio generale dell’art. 1298 c.c., l’obbligazione “si divide tra i diversi debitori”, con “le parti di ciascuno” che “si presumono uguali, se non risulta diversamente”.

Conseguentemente, stante tale presunzione *iuris tantum* di comproprietà del danaro tra i cointestatari, può conseguire che l’estensione ad un terzo della titolarità di un conto corrente da parte del proprietario delle somme depositate possa equivalere, dal lato interno, ad una liberalità indiretta, se anche connotata dallo scopo di liberalità (Trib. Genova, 22 settembre 2006).

5. Contratto a favore di terzi.

Il soddisfacimento dell’interesse a donare può essere realizzato col il ricorso allo schema del contratto a favore di terzo (artt. 1411, 1273, co. 1, 1599, co. 4, 1689, 1875, 1920 c.c.), qualora la causa tipica voluta dalle parti si combini con l’ulteriore interesse dello stipulante alla realizzazione di una liberalità (GORLA, I, 585; PALAZZO, 1984, 390; ID., 2001, 68).

Conseguentemente si determina l’arricchimento del “donatario” con un bene diverso — *id est* l’esecuzione della prestazione del promittente — da quello di cui il “donante” si spoglia; consentendo peraltro a quest’ultimo di revocare l’atto liberale fino alla dichiarazione del beneficiario di volerne profittare.

Quanto all’individuazione del bene donato, si discute se esso coincida col bene uscito dal patrimonio dello stipulante (CARNEVALI, 2000, 536), ovvero con quello di cui il terzo si è arricchito (PALAZZO, 2001, 68, s.).

6. Delegazione, espromissione, accollo, fideiussione.

L’effetto donativo può essere realizzato anche mediante l’utilizzo di strumenti negoziali tipicamente rivolti a determinare una

modificazione del soggetto passivo dell'obbligazione (delegazione, espromissione e acollo), ovvero un coinvolgimento di altri soggetti nella responsabilità patrimoniale del debitore (fideiussione).

Nel primo contesto, quanto alla delegazione, il delegante, animato da spirito di liberalità, può far assumere al delegato verso il quale vanta un credito, un'obbligazione nei confronti del delegatario che intende arricchire. Delegazione

Perché, tramite la delegazione, si concreti una donazione indiretta (e non una donazione diretta con effetto obbligatorio), è necessario che l'arricchimento del donatario-delegatario dovuto all'acquisto del diritto di credito nei riguardi del delegato, corrisponda ad un depauperamento del donante-delegante, derivante dal rapporto di provvista (PALAZZO, 2001, 687; Trib. Bologna, (ord.) 6 giugno 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, 12, 1037, qualifica delegazione "allo scoperto" quella di pagamento in cui non sussista alcun rapporto obbligatorio tra delegante e delegato; in tal caso l'atto solutorio del delegato nei confronti del delegatario, è alternativamente considerato, rispetto al delegante, mutuo, atto di liberalità, mandato; con la conseguenza che è donazione indiretta — e dunque revocabile, in caso di fallimento del donante *ex art. 64 l. fall.* —, se manca un corrispettivo od altro elemento di utilità per il delegato).

In ordine all'espromissione, le difficoltà di individuare una donazione indiretta riguardano la mancanza di un effetto immediato di liberalità, che deve individuarsi, invece, nella rinuncia alla rivalsa verso il debitore espromesso. Espromissione

Occorre tuttavia distinguere l'ipotesi in cui quest'ultimo sia stato liberato dal creditore (in tal caso l'effetto liberale si determina con la sola rinuncia al diritto di rivalsa), da quella in cui il creditore non abbia liberato il debitore-beneficiario (nel qual caso l'effetto liberale dell'espromissione deriva dalla fattispecie complessa costituita dall'assunzione dell'obbligo e dal relativo pagamento da parte dell'espromittente: BIONDI, 966).

L'effetto dell'arricchimento del debitore è riscontrabile nel solo acollo privativo con liberazione del debitore stesso. Al contrario, se l'acollo è cumulativo, tale effetto non si determina, difettando la liberazione del debitore (BIONDI, 965; PALAZZO, 2001, 688. *Contra*, ravvisando in un'ipotesi di acollo interno, l'esistenza di una donazione indiretta, per il solo fatto dell'assunzione dell'obbligazione di pagamento da parte del terzo, Cass., 11 ottobre 1978, n. 4550, in *Riv. not.*, 1978, 1341; addirittura richiedendo la Accollo: privativo e cumulativo

forma solenne della donazione diretta, Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1792).

Quanto alla fideiussione, al coinvolgimento cioè di altri soggetti nella responsabilità patrimoniale del debitore, non diversamente dall'accollo cumulativo, l'effetto dell'arricchimento non si determina difettando la liberazione del debitore (BIONDI, 965; PALAZZO, 2001, 688).

7. Donazione liberatoria; rinuncia abdicativa.

Tesi della
dottrina

Se oltre che dalla costituzione o dal trasferimento a suo favore di un diritto — effetto che è proprio della donazione — l'arricchimento del beneficiario possa derivare anche da un atto di mera rinuncia (abdicativa, cioè) ad un diritto reale o di credito, di cui è titolare il disponente e nei cui confronti il beneficiario è in posizione di soggezione, è tema discusso, quanto alla sua qualificazione in termini di donazione indiretta (BIONDI, 400; CARNEVALI, 2000, 499 s., 528; CATAUDELLA, 1970, 757 ss.; PALAZZO, 2001, 673. Invece contrario al riconoscimento della donazione liberatoria, TORRENTE, 1956, 214).

Ai fini dell'inquadramento della donazione liberatoria intesa anche come atto rinunziativo negoziale, è stata messa in luce dalla dottrina la necessità di porre particolare attenzione all'indagine sulla reale causa dell'attribuzione, poiché, non sempre la rinuncia che si presenta caratterizzata dalla gratuità, e cioè dall'assenza del corrispettivo, è sorretta da un intento liberale del disponente, potendo invece l'atto rinunziativo, essere talvolta diretto ad uno scambio di interessi di natura economica (PALAZZO, 2001, 675).

Al contrario, qualora gli effetti dell'atto di rinuncia siano sostenuti da un intento di liberalità del disponente, diretto a realizzare il proprio impoverimento e l'arricchimento di un terzo qualificato, allora la rinuncia potrà essere qualificata donazione indiretta e negozialmente unilaterale (PALAZZO, 2001, 675; per la giurisprudenza, Cass., 29 maggio 1974, in *Giust. civ. mass.*, 1974, 700, che richiede, ai fini della suddetta qualificazione, un nesso di causalità diretta fra la rinuncia e l'arricchimento).

Remissione
del debito

La remissione del debito di cui all'art. 1236 c.c., con cui il creditore, anche attraverso comportamenti concludenti, rinuncia al suo diritto ed estingue l'obbligazione con effetti liberatori per il

debitore, può esprimere una donazione indiretta (CARNEVALI, 2000, 499; sulla remissione del debito quale fattispecie estintiva: PERLINGIERI, 1972, 89), quando caratterizzata da un fine ulteriore donativo. Il che postula la ricerca (e la determinazione) dell'intento perseguito, per alternativamente stabilire se si è inteso rinunciare al diritto di credito e nel contempo, per spirito di liberalità, causare la liberazione del debitore (cioè provocare l'effetto tipico della donazione liberatoria); se invece si è mirato al solo effetto (negativo) di abdicare al diritto senza preoccuparsi della sua ripercussione nel patrimonio del debitore (remissione del debito); se infine si è voluto realizzare tale risultato negativo in quanto questo avrebbe comportato anche la liberazione del debitore (donazione indiretta).

Di rinuncia abdicativa che realizza una donazione indiretta, si scrive a proposito della rinuncia pura e semplice all'eredità (PALAZZO, 2001, 678; CARNEVALI, 2000, 499; GROSSO-BURDESE, 289). Se fatta "a favore di alcuni soltanto dei chiamati" comporta accettazione dell'eredità (art. 478 c.c.), e la medesima dottrina precisa che la donazione è in tal caso diretta (più precisamente: proposta di donazione dell'eredità in forma di atto pubblico e notifica dell'accettazione dei chiamati-donatari).

Rinunzie:
all'eredità
ed ai diritti
reali di
godimento

Mutatis mutandis, anche la rinuncia abdicativa ad un diritto reale di godimento può essere espressione di una donazione indiretta: pure in tal caso, l'effetto che ne consegue in termini di arricchimento, deriva direttamente dalla legge; non richiede quindi una manifestazione di volontà del beneficiario; infatti anche se consistesse in un rifiuto di accettare, sarebbe comunque irrilevante ed ininfluenza (PALAZZO, 2001, 678).

Ipotesi rilevante in tale contesto è la rinuncia all'usufrutto che arricchisce, in via riflessa, il nudo proprietario. Se fatta gratuitamente, senza indicare né il beneficiario né l'*animus donandi*, si esclude tanto la donazione (diretta) che qualunque altro contratto (App. Milano, 16 luglio 1951, con nota adesiva di PUGLIESE, 1085). Se però la rinuncia, anche in tal caso gratuita, indicasse il beneficiario ed il proprietario gravato l'accettasse espressamente, secondo un primo orientamento giurisprudenziale si tratterebbe di donazione diretta, con conseguente applicazione delle regole in materia di forma (Cass., 12 luglio 1946, n. 860, in *Riv. not.*, 1947, 276, deducendone la nullità del negozio per mancanza di testimoni); però, nel successivo ripensamento si è ritenuto (Cass., 3

marzo 1967, n. 507, con nota di CIACCIO, 1075 ss.; *adde*, CARNEVALI, 2000, 529), che anche quella rinunzia dell'usufruttuario rappresenta una donazione indiretta. che non richiede né la forma propria della donazione, né l'accettazione del nudo proprietario.

In definitiva, una donazione indiretta mediante rinunzia abdicativa, postula un nesso di causalità diretta tra la stessa rinunzia e l'arricchimento (Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Giust. civ. mass.*, 1974, 700), e che quest'ultimo sia effetto liberale ulteriore rispetto alla finalità estintiva dell'atto di rinunzia.

Se la rinunzia, anziché meramente abdicativa fosse invece contrattuale, nel senso che deriva da un accordo *inter partes* (per l'ammissibilità dell'ipotesi: CATAUDELLA, *Considerazioni*, 1970, 757 ss.; CARNEVALI, 2000, 529; Trib. Firenze, 7 settembre 1966, in *Giur. it.*, 1967, I, 327 ss.), si richiede la forma solenne (Cass., sez. un., 18 marzo 1987, n. 2712), trattandosi di una donazione (diretta).

8. Intestazione di beni a nome altrui.

Molteplicità
di strumenti

Più che un atto, la c.d. intestazione di beni a nome altrui individua un risultato, realizzabile attraverso una molteplicità di strumenti non tutti connotati di liberalità, e non sempre riconducibili alla donazione indiretta.

Può darsi che il disponente proceda a donare la somma di danaro occorrente per l'acquisto del bene immobile (sul punto, CARNEVALI, 2000, 449; TORRENTE, 1956, 59 s.; *ex multis*, Cass., 19 ottobre 1978, n. 4711, in *Giur. it. mass.*, 1978, 1124). Oppure, che il contratto di compravendita sia stipulato tra acquirente-beneficiario e terzo-venditore, col donante che interviene a pagare il prezzo con danaro proprio, così estinguendo il debito del compratore (Cass., 29 maggio 1998, n. 5310; Cass., 15 novembre 1997, n. 11327). O piuttosto, che sia un rappresentante a stipulare in nome e per conto del rappresentato (frequentemente un figlio) il contratto di acquisto, pagandone il prezzo con danaro proprio (PALAZZO, 2001, 73). Può infine darsi che il promissario acquirente in un contratto preliminare di compravendita, sostituisca altri a se stesso nella stipula del definitivo, altresì fornendo il danaro necessario all'acquisto (Cass., 15 gennaio 1986, n. 171). Peraltro, nel vigore dell'art. 35, co. 22, d.l. 223/2006, convertito dalla l. 248/2006, alcune delle anzidette ipotesi devono considerarsi più difficilmente praticabili:

“all’atto della cessione dell’immobile (...) le parti hanno l’obbligo di rendere apposita dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà recante l’indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo ...”.

Rispetto a questo ventaglio di comportamenti, non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina, discutono sull’oggetto di tale donazione. Se esso sia cioè costituito dal danaro, o non piuttosto dal bene con lo stesso acquistato; donazione diretta nel primo caso, indiretta nel secondo. La differenza qualificativa, evidentemente rileva sia in relazione alla forma dell’atto, che alle dinamiche successive del rapporto, in particolare in relazione all’obbligo di collazione (Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, con nota di BASINI, 242; Cass., 29 maggio 1998, n. 5310; DI MAURO, 173 ss.; CARNEVALI, 2000, 605 s.).

Oggetto della donazione: danaro o bene con esso acquistato?

Qualcuno scrive in proposito che molto dipende dall’*ars stipulatoria* (PALAZZO, 2001, 74).

9. Negozio di fondazione.

È discusso in dottrina se il negozio di fondazione abbia unicità causale, o se sia invece composto dall’atto costitutivo vero e proprio oltreché dall’atto di dotazione (per l’unicità del negozio: CARNEVALI, 2000, 503; GALGANO, 164. L’unicità causale è confermata nella possibilità di revoca da parte del fondatore, finché non sia avvenuto il riconoscimento, ovvero non sia iniziata l’attività: PALAZZO, 2001, 76).

Unicità causale?

Certo è che la fattispecie negoziale include necessariamente un atto di disposizione patrimoniale, a titolo gratuito, con cui il fondatore si spoglia della proprietà di beni destinandoli allo scopo perseguito (RESCIGNO, 801).

Il negozio di fondazione condivide con la donazione la gratuità dell’attribuzione, ma questa è donazione solo indiretta in quanto effetto ulteriore della voluta costituzione dell’ente. Pertanto può essere impugnata con l’azione di riduzione nel caso di lesione di legittima; e con l’azione di revocazione se in frode alle ragioni dei creditori (GALGANO, 115).

Le modalità organizzative della fondazione possono essere, anche testamentariamente (art. 14, co. 2, c.c.), formulate dallo stesso disponente; oppure affidate ad un terzo. In ogni caso, il fondatore

deve indicare lo scopo dell'ente e destinarvi un patrimonio in grado di conseguirlo (è sotto quest'ultimo profilo che parte della dottrina individua accanto all'atto di fondazione, l'atto di dotazione che costituirebbe una donazione diretta: BALBI, 11).

10. Liberalità non negoziali.

Accessione e
attività
materiale

In relazione all'operare dell'accessione (art. 936 c.c.), la donazione indiretta può realizzarsi (anche) attraverso il compimento di attività materiali: le piantagioni, le costruzioni e le opere realizzate sul suolo altrui "fatte da un terzo, con suoi materiali".

Si ritiene che la liberalità non sia tuttavia da ricondurre direttamente all'attività materiale, quanto piuttosto alla rinuncia del terzo a quanto prevede l'art. 936, co. 2, c.c. (TORRENTE, 1956, 42; BALBI, 109. *Contra*, BIONDI, 1011; Cass., 10 marzo 1976, n. 824, in *Giust. civ. mass.*, 1976, 361), nel caso che il proprietario del fondo decida di ritenere l'opera.

Altre ipotesi

Si ritiene altresì possibile ricondurre al concetto di liberalità non negoziali ulteriori ipotesi: da lasciar spirare volutamente il termine di prescrizione del proprio diritto vantato verso il soggetto che si intende beneficiare (TASSINARI, 31), all'astenersi dall'interrompere l'usucapione di un proprio diritto da parte del soggetto medesimo (CAREDDA, 195; CHECCHINI, 232 ss.; e *amplius*, PALAZZO, 2001, 681).

In tali casi, poiché al comportamento omissivo nel tempo la legge collega un effetto acquisitivo, giustamente la giurisprudenza richiede per il verificarsi dello stesso effetto a titolo di liberalità, l'accertamento della spontaneità (Cass., 16 ottobre 1976, n. 3526, in *Giust. civ. mass.*, 1976, 1479; Cass., 14 febbraio 1997, n. 1411).

Capitolo XXI

GRATUITÀ, LIBERALITÀ E SCAMBIO

1. Gratuità, liberalità ed effetto economico della disposizione mista. — 2. L'interesse a donare. Attribuzioni liberali e contratti gratuiti. — 3. Interesse non patrimoniale, gratuità, realtà e liberalità. — 4. Interesse non patrimoniale e fattispecie miste. — 5. Donazione mista e donazione indiretta: liberalità e scambio nella giurisprudenza. — 6. Corrispettività economica dello scambio e liberalità. — 7. Le norme applicabili in funzione del titolo oneroso dell'attribuzione. — 8. Opposizione alla donazione e liberalità atipiche. — 9. L'obbligazione modale e l'attribuzione corrispettiva ad effetti liberali. — 10. Donazione, *modus* e fenomeno fiduciario. — 11. La promessa di donazione.

Bibliografia: AA.VV., *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, a cura di M.V. De Giorgi, Padova, 2007; F. ALCARO, *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 2001, 1059 ss.; AMADIO, *Liberalità non donativa e collazione*, in *Contratti*, 2000, 523; AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Atti del Convegno "Liberalità non donative e attività notarile"*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato (Il Sole-24 Ore)*, Milano, 2008, 10 ss.; ANGELONI, *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994; ANGELONI, *Contratto a favore di terzi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2004, 49 ss.; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1977; ARCERI, *Appunti in tema di liberalità e gratuità nei contratti*, in *Giur. merito*, 2000, 513 ss.; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935; AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957; BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942; BALBI, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 175; BELFIORE, *Appunti in tema di prezzo nella compravendita*, in *Giur. merito*, 1975, I, 468 ss.; BERTUSI NANNI, *Note sul contratto preliminare di donazione*, in *Riv. not.*, 1984, 123 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1984; BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. priv.*, 1995, 5 ss.; BIONDI, *Donazione e contratto a favore di terzo* (nota a Cass., 27 agosto 1957, n. 3413), in *Foro it.*, 1958, I, 56 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984; BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 592 ss.; BONILINI, *Preliminare di donazione da parte di enti pubblici* (nota a Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311), in *Contratti*, 1997, 460 ss.; BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito ati-*

pico, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 210; BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 13; BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.) e le donazioni anteriori: problemi di diritto transitorio*, in *N. giur. civ.*, 2006, II, 255; BUSANI, *La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione*, in *N. giur. civ.*, 2007, I, 13; CACCAVALE, *La donazione mista: profili ricostruttivi e rilevanza normativa* (nota a Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, Rolando c. Soc. Enriel), in *Notariato*, 2000, 514; CAPOZZI, *Successione e donazioni*, II, Milano, 1982; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996; CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici* (nota a Cass., 20 novembre 1992, n. 12401), in *Foro it.*, 1993, I, 1506; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969; CARNEVALI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, s.d., ma Milano, 1964, 214; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, VI, 2^a ed., Torino, 1997; CARRESI, *Il comodato come rapporto di cortesia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949; CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, XIII, 2, Torino, 1957; CARRESI, *Il contratto con obbligazioni di solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 393; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1987, 90; CASULLI, *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970; CATAUDELLA, *Bilateralità, correttezza ed onerosità del contratto*, in A. CATAUDELLA, *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 129; CATAUDELLA, *Donazione e liberalità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato, I, Persone, famiglia, successioni, proprietà*, Milano, 1998, 183; CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2005; CERIO, *Congruità dello scambio e negotium mixtum cum donazione*, in *Contratti*, 2007, n. 8/9, 753; CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 257; CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Il Contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, 145 ss.; CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 285; CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233 ss.; CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; CIPRIANI, *La natura dei contratti di comodato*, Napoli, 2002; COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solvendi causa* (nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500), in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237; COSTANZO, *Modo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Padova, 1992; DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934; D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Torino, 1985, 158; D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996; D'ETTORE, *Liberalità e scambio. La donazione mista*, in *La donazione, Tratt. Bonilini*, Torino, 2001, I, 149 ss.; D'ETTORE, *Liberalità, principio di gratuità ed esecuzione della promessa gratuita ed informale di fare*, in *Le liberalità alle soglie del terzo millennio*, a cura di Biscontini-Marucci, Napoli, 2003, 35 ss.; DE MICHEL, *Donazione modale e sopravvenuta impossibilità di adempimento dell'onere* (nota a Cass., 22 giugno 1994, n. 5983), in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1294; DELLE MONACHE, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *www.judicium.it*, 2006; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, 295 ss.; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano,

2008; DI LALLA, *Incertezze in tema di promessa di donazione*, in *Foro it.*, 1981, I, 1, 1702; DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; DI MARTINO, *Preliminare di donazione e donazione obbligatoria* (nota a Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002), in *Giur. it.*, 2003, I, 2, 2071; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuite*, Paris, 1955; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965; G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal codice civile 1865 al cod. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Dir. priv.*, 1999-2000, V-VI; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà. Dall'economia della bontà all'economia del dolore. Due saggi di diritto civile*, Padova, 2003; G.B. FERRI, *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, n. 3, 659 ss.; FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970; GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987; GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990; GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 705 ss.; GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 102 ss.; GALASSO, *Il comodato*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2004; GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002; GATT, *Onerosità e liberalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 655; GATTI, *L'adeguatezza economica delle prestazioni nel contratto a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 424 ss.; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare* (nota a Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612), in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare* (artt. 2643-2645), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 12 ss.; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, IX, 2, Torino, 1998; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000; GELATO, *Modo*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994; GIANOLA, *La donazione di fare*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 385 ss.; GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002; GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1958; GRANELLI, *Il negozio giuridico indiretto*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 5, 393; GRASSETTI, *Donazione modale e donazione fiduciaria*, Milano, 1941; GRASSI, *La fattispecie modale*, Padova, 1976; GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, 629 ss.; IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008; IRTI, *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185 ss.; KOLLHOSSER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch*, B. III, 3. Aufl, München, 1995, § 516; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, B. Teil, B. II, H. 1, 12. Aufl., 1981, § 47, I, 200; LEMME, *Osservazioni sulla vendita con prezzo irrisorio*, in *Temi*, 1964, 367 ss.; LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 1990, 927 ss.; LENZI, *Donazione obbligatoria*, in *Contr. impr.*, 2003, 1615; LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss.; MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958; MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi*, in *Contr. impr.*, 1985, 409 ss.; MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, 914; MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari* (nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500), in *Corr. giur.*, 1988; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, 735; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio*

gratuito, Milano, 1976; MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. D'Amelio-Finzi, Libro delle successioni*, Firenze, 1941; MARTUCELLI, *Pregiudizio economico per il donatario e impossibilità dell'onere nella donazione modale* (nota a Cass., 22 giugno 1994, n. 5983), in *Giust. civ.*, 1995, I, 2805; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano; MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 783 ss.; MESSINETTI, “*Spirito di liberalità*” e “*spirito di solidarietà*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, I ss.; MIRABELLI, *Dialoghi in tema di liberalità* (con Piccinini), in *Scintillae juris, Studi in memoria di G. Gola*, Milano, III, 1994, 1952; MORA, *Il comodato modale*, Milano, 2001; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998; MOROZZO DELLA ROCCA, *Promessa di fideiussione e interesse del gruppo: sulla distinzione tra atti di liberalità e attribuzioni gratuite interessate* (nota a Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, Banca Roma c. Soc. Sacal), in *Corr. giur.*, 1999, 1142; NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975; NICOLÒ, *Dell'azione revocatoria* (artt. 2900-2969), in *Comm. Scialoja-Branca, Libro VI, Della tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1953, 239; OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947; OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 516 ss.; PALAZZO, *Donazione*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1990, 140; PALAZZO, *Donazione*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 151; PALAZZO, *Le donazioni* (artt. 769-809), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991; PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco, I singoli contratti*, 2, Torino, 2000; PALAZZO, *Le donazioni* (artt. 769-809), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000; PALAZZO, *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 245 ss.; PALAZZOLO, *Atti gratuiti e motivo oggettivato*, Milano, 2004; PATUPELLI, “*Negotium mixtum di donazione*” e *prelazione agraria* (nota a Cass., 15 maggio 2001, n. 6711), in *Notariato*, 2002, 375; PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Milano, 2004; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; PINO, *L'eccessiva onerosità della donazione*, Padova, 1952; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 913; PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1958; RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996; P. RESCIGNO, *Note sull'interpretazione degli atti di liberalità*, in *Vita not.*, 1998, 61; G. ROMANO, *La ridicibilità delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica*, in *Atti del Convegno “Liberalità non donative e attività notarile”*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato (Il Sole 24 Ore)*, Milano, 2008, 34 ss.; ROPPO, *Contratto (formazione del)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937; SACCO, *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, II, Padova, 1965, 953; SACCO, *I costituenti del contratto (la conclusione dell'accordo)*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, I, Torino, 1993; SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, I, Torino, 1999, 73 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, I, Torino, 1993; SALVI, *La donazione con riserva di usufrutto*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 385; SANDULLI, *Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità*, in *Banca borsa*, 1973, I, 339 ss.; SARGENTI, *Sul criterio di distinzione tra negozio oneroso e gratuito*, in *Foro pad.*, 1946, I, 445 ss.; SCALFI, *Compravendita con intento*

di liberalità e rescissione, in *Temì*, 1950, 377; SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960; SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano, 1962; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 673 ss.; C. SCOGNAMILGIO, *La capacità di disporre per donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 255; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 291; SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 85; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995; STOLFI, *Atti di liberalità e doni manuali*, I, Torino, 1918; STOLFI, *Appunti sul principio consensualitistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 1 ss.; TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in *Atti del Convegno "Liberalità non donative e attività notarile"*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato (Il Sole 24 Ore)*, Milano, 2008, 23 ss.; TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53 ss.; TORRENTE, *Sulla donazione con riserva di usufrutto*, in *Foro pad.*, 1955, I, 589; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006; TRINGALI, *La donazione*, Torino, 2004; VECCHIO, *In tema di donazione indiretta e di liberalità atipiche*, in *Dir. giur.*, 1998, 394; VECCHIO, *Le liberalità atipiche*, Torino, 2000; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995; VILLANI, *Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio a titolo gratuito* (nota a Cass., 19 marzo 1998, n. 2912, Soc. coop. Olimpia c. Carè), in *Giur. it.*, 1998, 2019; VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 63 ss.; VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.

1. Gratuità, liberalità ed effetto economico della disposizione mista.

La gratuità oggettiva che caratterizza essenzialmente le fattispecie gratuite tipiche viene solitamente intesa come semplice assenza di corrispettività con riguardo, tuttavia, all'unilateralità del vantaggio patrimoniale che una parte riceve dall'attuazione dei negozi gratuiti mentre soltanto l'altra parte subisce un sacrificio interamente a suo carico, "come avviene nella donazione, art. 769 c.c." (RESCIGNO, 1996, 705; SCALFI, 1960, 108; SANDULLI, 339 ss.; DUPEYROUX, 159, *passim*; BIANCA, 1984, 466; OPPO, 1947, 162 ss., 282 ss.; D'ETTORE, 1996, 20 ss.; CATAUDELLA, 1998, 183; MARINI, 73; TILOCCA, 53 s.; PINO, 1963; SCOZZAFAVA, 85; LARENZ, 200; KOLLHOSSER, Rdnr. 13-18, 991-993). Nei negozi gratuiti, dunque, "il sacrificio è interamente a carico di una parte, mentre il vantaggio è dell'altra" (RESCIGNO, 1996, 338; CARNEVALI, 1997, 483 ss.).

Gratuità-unilateralità del vantaggio patrimoniale

Non
corrispetti-
vità del
sacrificio

La sola assenza di sacrificio economico non indica, rispetto alla funzionalità propria dell'operazione negoziale, la gratuità in senso oggettivo che può essere intesa invece come non corrispettività del sacrificio (BETTI, 67 ss., 69, 72; G.B. FERRI, 1999-2000, 338). I criteri di valutazione giuridica della fattispecie imposti in funzione della gratuità del titolo devono tenere conto della connessa qualificazione di onerosità che si ha quando: "un soggetto, per usufruire di un vantaggio, subisce un correlativo sacrificio, e tra le due evenienze esiste un nesso di causalità" (SCOZZAFAVA, 68 ss., spec. 71). Anche l'onerosità deve comunque valutarsi sul piano delle conseguenze economiche concretamente determinate dalle attribuzioni (BISCONTINI, 1984, 29 ss.) in funzione del titolo negoziale che le giustifica. In modo analogo, se il "sacrificio economico" dipendente dalla propria prestazione (BETTI, 69) assume la funzione di corrispettivo per le parti, nel senso che sussiste un'interdipendenza funzionale tra le prestazioni, l'atto è certamente da qualificarsi come oneroso (CATAUDELLA, 1991, 129 ss., spec. 139). In altri termini, quando il soggetto, con l'attività negoziale, persegue un interesse proprio e questo diviene corrispettivo, in quanto soddisfatto dalla prestazione altrui, che è la determinante causale della propria, l'atto dovrebbe essere considerato oneroso. Si tratta, infatti, di verificare l'effettiva funzione economica del negozio rispetto alla tendenziale equivalenza dei correlativi vantaggi e sacrifici. Tale specifica indagine, attenta ad individuare le ragioni giustificative degli spostamenti patrimoniali funzionalmente correlati, può consentire di cogliere l'effettiva natura dell'atto negoziale guardando all'operazione economica concretamente posta in essere (in tal senso, cfr. anche MOROZZO DELLA ROCCA, 6, 17, 29, nt. 65, 30-31).

Funzione
economica
del negozio

Precisato il dato essenziale dell'unilateralità del vantaggio patrimoniale, lo studio degli atti di liberalità è stato volto, anche negli orientamenti critici, a tenere presenti le categorie tradizionali di distinzione (spirito di liberalità, arricchimento, gratuità e liberalità, onerosità e gratuità) che consentissero l'identificazione normativa di aree contigue ma differenziabili in base agli effetti delle diverse fattispecie normative (cfr. BISCONTINI, 29, 63 ss.; CARREDA, 59 ss.; CATAUDELLA, 2005, 52 ss.).

Gratuità
dell'interesse
patrimoniale

Da un lato, la gratuità viene riferita all'assenza di controprestazione e caratterizzata dal conseguimento di un interesse patrimoniale tipico dell'operazione realizzata, dall'altro la liberalità

viene qualificata in senso soggettivo dall'*animus donandi* variamente inteso e, comunque, distinguibile dalla solidarietà aperta ad una serie indefinita di atti, riassumibili in una causa unitaria ed autonoma (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 121 ss.) o racchiuse nella fattualità operosa e spontanea, singolarmente disciplinata ed organizzata dalle leggi in materia per regolare prestazioni di dare o di fare gratuite finalizzate dallo scopo solidale (ad es.: l. 7 dicembre 2000, n. 383, "Disciplina delle associazioni di promozione sociale"; l. 11 agosto 1991, n. 266, "Legge-quadro sul volontariato") che le rende tuttavia estranee alle liberalità patrimoniali disciplinate essenzialmente dagli artt. 769-809 c.c.

Liberalità e
animus
donandi

Scopo
solidale

Da ciò la distinzione fra diversi settori attributivi (gratuità tipica e reale: deposito gratuito e comodato, sostenuti dalla *datio rei*; gratuità tipica ed eventuale: mandato, mutuo, trasporto; varianti gratuite di attribuzioni tipicamente onerose: appalto, prestazione d'opera e di lavoro gratuito; gratuità atipica o promissoria: donazioni indirette, contrattuali, atti unilaterali compiuti *animo donandi*, liberalità dipendenti da comportamenti materiali regolati dall'art. 809 c.c.; liberalità pure o motivate: donazione diretta ex art. 769 c.c., donazione remuneratoria e liberalità d'uso (art. 770 c.c.); liberalità "corrispettiva o reciproca o modale": donazione mista, promessa di donazione mista, donazione modale (art. 793), liberalità per speciale remunerazione; gratuità solidale o pura), variamente regolati per la struttura, contenuto ed effetti degli atti e prestazioni riferibili alla sola gratuità negoziale ovvero alla più aperta liberalità donativa.

Liberalità
donativa

Il criterio distintivo tra liberalità e gratuità è stato perciò fondato sulla separazione, di immediata percezione qualificativa, fra interesse patrimoniale "diretto" (proprio dei negozi gratuiti) ed interesse non patrimoniale perseguito dal donante (tipico degli atti di liberalità) od ancora sulla diversità tipologica tra i contratti gratuiti tipici e la donazione che riguardano, rispettivamente, ambiti di disciplina specialmente previsti dalla legge con effetti giuridici propri delle singole operazioni negoziali oggetto della tipizzazione legale e, dunque, della relativa disciplina del tipo gratuito o del tipo legale donativo (art. 769), avendo configurato il legislatore la donazione ed i negozi gratuiti come ipotesi distinte ed "esse finché restano conformi al tipo, non possono, logicamente, non escludersi a vicenda" (CAPOZZI, 889; cfr. SARGENTI, 445 ss.; MARINI, 73; PALAZZOLO, 42 ss.). Ciò verrebbe, in luce, in particolare, quan-

Criteri
distintivi
(liberalità
gratuità)

- do si evidenzia la diversità strutturale dei contratti gratuiti tipici dalla donazione (BIONDI, 1961, 93), salva la possibilità che l'attribuzione patrimoniale gratuita, fatta *animo donandi*, produca —
- Effetto liberale per la sua entità e natura — un effetto liberale (PALAZZO, 1990, 140; CARRESI, *Il comodato*, 1957, 24 ss.; cfr. altresì, CHECCHINI, 1976, 294; ANGELONI, 2004, 49 ss.) che ne consenta la qualificazione alla
- Intento stregua di una donazione indiretta (art. 809 c.c.) o anche diretta verificando in concreto l'assetto negoziale voluto dalle parti per valutare la configurazione di un intento assimilabile alla donazione (cfr. in argomento, GALASSO, 42 ss., 46, 142, 146, 169, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici; vedi anche FRAGALI, 272; ASCOLI, 131 ss.; MORA, 147; D'ETTORE, 1996, 24 ss., 131 ss.). La concessione dell'uso gratuito del bene “per un tempo considerevole” andrebbe, in questo quadro, qualificata alla stregua di una liberalità non
- Liberalità non donativa donativa espungendosi da tale ambito “tutti i comodati temporanei od occasionali” (TASSINARI, 23 ss., spec. 28).
- Interesse economico Invero, la presenza di un interesse economico diretto da parte del donante ai fini della qualificazione della volizione negoziale avente ad oggetto anche l'attribuzione gratuita, “appare logicamente inconciliabile con lo spirito di liberalità” (CATAUDELLA, 2005, 19).
- Contratti gratuiti atipici Da questa distinzione, fondata sul perseguimento o meno di un interesse patrimoniale del disponente a titolo gratuito, potrebbero tuttavia rimanere fuori i contratti gratuiti atipici ed i negozi obbligatori che possono, invece, produrre effetti liberali e che in base all'ampia definizione dell'art. 769 c.c. potrebbero essere annoverati tra le donazioni obbligatorie.
- L'interesse economico che si inserisce nella funzionalità dell'operazione gratuita, può dunque assurgere a determinante causale del negozio se costituisce ragione giustificativa concreta dell'attribuzione patrimoniale (CHECCHINI, 1976, 254 ss.) legando la singola operazione economica, intesa nella sua globalità, agli interessi dei soggetti che ne sono autori (cfr. G.B. FERRI, 1986, 140 ss., 142; vedi *infra*, § 2).
- Tuttavia, l'eventuale interesse economico che rimane mero motivo individuale può anche estraniarsi dalla causa concreta dell'operazione negoziale o risultare inidoneo, ancorché indirettamente perseguito, a snaturare la funzione immediata dell'atto.
- Funzione immediata dell'atto gratuito Lo spirito di liberalità qualifica l'atto e ne determina la sua individualità giuridica di tipo donativo; va considerato, per la sua

identificazione, il profilo dell'effettività ed immediatezza nel senso che l'interesse da valutare a priori può realizzarsi con l'atto in via immediata ed è quindi soddisfatto dall'attribuzione che individua la funzione primaria del negozio, potendo restare del tutto ininfluenti gli intenti ulteriori di interdipendenza meramente economica o morale (non giuridica) che possono aver determinato psicologicamente la volontà negoziale.

Tali motivi giuridicamente sono del tutto irrilevanti e non incidono sulla qualificazione liberale dell'attribuzione gratuita. (In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325: "la valutazione di gratuità od onerosità del negozio non può che essere compiuta con riguardo alla causa, e non già ai motivi dello stesso, con la conseguenza che deve escludersi che atti a titolo gratuito siano quelli e solo quelli posti in essere per spirito di liberalità. Lo spirito di liberalità è richiesto per la donazione — art. 769 c.c. — mentre non è indispensabile negli altri atti a titolo gratuito, che sono quelli in cui una sola parte riceve e l'altra, sola, sopporta un sacrificio, unica essendo l'attribuzione patrimoniale". Nello stesso senso, cfr., Cass., 11 novembre 2004, n. 11093).

Motivi

Solo quando l'interesse economico penetra immediatamente l'area delle ragioni del negozio, palesandosi la sua incompatibilità con il fine liberale, allora è possibile verificare la diversa natura dell'attribuzione non donativa ed eventualmente se le parti abbiano voluto dar vita, con un unico atto, anche a diversi rapporti giuridici legati dalla realizzazione di un'operazione negoziale complessa (ovvero mista) dove non può escludersi, ad esempio, la compresenza di elementi di onerosità e di liberalità come avviene nel caso della cosiddetta donazione mista (sul punto, CATAUDELLA, 2005, 59 ss.; ID., 1970, 27 ss.).

Tra i criteri distintivi della gratuità donativa da quella non donativa si è anche sostenuta la necessità di apprezzare, secondo le circostanze del caso concreto, la serietà del pregiudizio economico subito dal donante e del correlativo vantaggio economico (serio) prodottosi nel patrimonio del beneficiario, che costituirebbero effetti caratteristici della fattispecie liberale (TILOCCA, 55; cfr., altresì, BOZZI, 210, 217 ss.). In tal senso, le contribuzioni di considerevole entità dovrebbero ricomprendersi tra gli atti donativi ed uniformarsi alla relativa disciplina (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 64 ss., 200-202) tenendo conto — al riguardo — degli usi e costumi propri di una determinata occasione, dei rapporti tra le parti, del valore del

Serietà del vantaggio economico

bene e del servizio, della posizione sociale dei contraenti, avvalendosi anche dei criteri dettati dal sistema delle donazioni, ad esempio in tema di donazione di modico valore (art. 783 c.c.). Va considerato, inoltre, l'atteggiamento dell'ordinamento che tende a facilitare gli scopi che le prestazioni di scarsa rilevanza economica realizzano, eliminando — in tal caso — i requisiti formali richiesti per l'attività negoziale tipicamente liberale e chiedendo, invece, per la prestazione di dare di modico valore la *traditio*, a giustificazione dell'attribuzione gratuita moderata, nel suo contenuto, dal dato oggettivo desunto dal valore intrinseco del bene donato e da quello soggettivo legato alle condizioni economiche del donante.

Anche i concetti di gratuità ed onerosità, ed i criteri di valutazione giuridica delle diverse attribuzioni, si contrappongono in relazione all'effetto finale a cui riconnettere il titolo giustificativo della prestazione eseguita, ma la liberalità non è soltanto effetto economico, bensì anche elemento psicologico, movente dell'attribuzione (cfr., BIONDI, 1961, 76 ss.).

Scambio
imperfetto e
gratuità

L'atto oneroso non si compara, al contrario, alla liberalità in quanto il negozio "donativo" diverso (*ex art. 809 c.c.*) può trovare fondamento anche in un contratto sinallagmatico parzialmente gratuito. Uno scambio "imperfetto" può comunque considerarsi come attuato "a titolo oneroso", ma non si può escludere, solo per tale ragione, che l'operazione nel suo complesso possa assumere una ulteriore veste liberale.

In questa prospettiva è stata segnalata dalla dottrina (cfr. D'ETTORE, 1996, 189; v. in argomento anche, CATAUDELLA, 2005, 59 ss.) l'esigenza di evitare rigide contrapposizioni tra nozioni spesso solo apparentemente inconciliabili che — verificata la loro relatività rispetto ai termini di raffronto prospettabili in base alla corretta interpretazione delle norme che ne sancirebbero, in astratto, la conflittualità — risultano, in taluni casi, prive dei caratteri idonei alla loro affermata comparazione ed immediata distinzione. La liberalità, infatti, indipendentemente dalla sola considerazione dell'effetto economico rilevante, può sovrapporsi alla correttezza patrimoniale che realizza, in concreto, uno scambio "imperfetto" (non proporzionalità delle prestazioni reciproche) e pur tuttavia oneroso, tenuto conto della presenza dei correlativi vantaggi e sacrifici per le parti che risultano decisivi ai fini dell'individuazione dei caratteri identificativi della fattispecie negoziale (ancorché quel tipo di scambio — imperfetto e non equivalente

— dovesse dimostrarsi idoneo di per sé a realizzare anche un effetto gratuito).

La liberalità, in altri termini, se correttamente intesa, costituisce una *species* del *genus* gratuità, ma non è incompatibile con l'operazione onerosa, in quanto riferita ad un più ampio concetto che travalica la contrapposizione effettuale tra gratuità ed onerosità.

2. L'interesse a donare. Attribuzioni liberali e contratti gratuiti.

È da tempo invalsa la tendenza a conformarsi all'opinione sostenuta in dottrina fin dal 1976 (CHECCHINI, 1976, 257 ss.; Id., 1992, 145 ss.; ma cfr., GIANOLA, 2002, 149; in senso critico, da ultimo, BOZZI, 210, 228 ss.) circa il rilievo qualificativo autonomo da assegnare al motivo liberale o all'interesse a donare quale interesse non patrimoniale, mentre in giurisprudenza ancora non risulta utilizzato appieno, né appare chiarito, lo sviluppo in tal senso della considerazione normativa dell'elemento soggettivo (cfr., Cass., 30 gennaio 2007, n. 195; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325; Cass., 11 giugno 2004, n. 11093. Sulla necessità di provare anche la sussistenza dell'intento liberale, si vedano Cass., 22 febbraio 2001, n. 2606; Trib. Firenze, 3 ottobre 2000, n. 2593, in *Arch. civ.*, 2001, 1268) laddove si pone in evidenza, al contrario, che la valutazione di gratuità od onerosità del negozio non può che essere compiuta con riguardo alla causa, e non già ai motivi dello stesso, con la conseguenza che deve escludersi che atti a titolo gratuito siano quelli, e solo quelli, posti in essere per spirito di liberalità. Secondo l'orientamento giurisprudenziale, quindi, tutti i contratti a titolo gratuito avrebbero in comune un carattere: l'assenza di corrispettivo o di controprestazione; non avrebbero in comune, invece, "lo spirito di liberalità", essendo questo requisito richiesto soltanto per la configurabilità della donazione.

Interesse a donare e spirito di liberalità

Lo spirito di liberalità, nell'ottica della sua rivalutazione quale requisito qualificante l'atto liberale, viene tuttavia inteso dalla dottrina citata come interesse non patrimoniale dell'operazione gratuita: più specificamente, interesse o motivo oggettivato dell'attribuzione che qualifica l'atto rendendo percepibile (obbiettivamente) un intento di "arricchire" altri anche mediante diversi strumenti giuridici oltre alla donazione diretta.

Interesse o motivo oggettivato

È vero, in questa prospettiva, che l'interesse non patrimoniale, nell'accezione comunemente accolta, crea una suggestione immediata foriera, in apparenza, di apprezzabili e facili distinzioni tra settori attributivi diversi (gratuità tipica e "reale" e gratuità atipica o "promissoria", liberalità pura o motivata, liberalità "corrispettiva" o reciproca, gratuità solidale o pura). In realtà, la nozione non resiste a quella che, ad alcuni (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 68 ss.), è sembrata una agevole constatazione critica, nondimeno esatta là dove coglie l'elemento forse più debole della ricostruzione accennata: l'interesse non patrimoniale sembra rispondere, e non è poca cosa, ad una valutazione dell'operazione svolta, in qualche modo, in via successiva all'aver riconsiderato ed identificato gli interessi effettivi delle parti. Rimarrebbe sullo sfondo, quella imprescindibile causa concreta, quel nucleo essenziale socialmente tipico delle determinazioni volitive dei soggetti (di tutte le loro motivazioni) che costituisce invece la ragione fondamentale qualificante dell'atto e senza la quale non può dirsi se l'interesse perseguito è patrimoniale o non patrimoniale. Orbene, nel quadro delineato, costituirebbe sempre una valutazione successiva quella che dovrebbe consentire di ricostruire l'elemento tipico della fattispecie causale intesa alla luce di un generico interesse non patrimoniale: prima va perciò individuato quell'intento concreto che riassume gli interessi fondamentali effettivamente soddisfatti dall'attribuzione negoziale e, soprattutto, occorre stabilire, in base all'operazione economica realizzata, a quale nucleo essenziale di motivazioni socialmente tipiche, che determinano la volontà dei soggetti ed integrano la causa dell'atto dispositivo, si riferisce lo scopo in concreto perseguito dalle parti. E, quindi, anche l'operazione economica oggetto di valutazione e qualificazione giuridica (cfr., ancora in senso critico rispetto all'utilizzo del criterio distintivo interesse patrimoniale/interesse non patrimoniale, G.B. FERRI, 1999-2000, 420 ss.; considera, invece, l'interesse non patrimoniale del disponente elemento caratterizzante l'intera categoria della liberalità nel suo insieme, riconoscendo "tanto alla donazione tipica, quanto alle liberalità non donative, un'unica medesima causa", AMADIO, 2008, 10 ss., spec. 17).

Del resto, l'eventuale interesse economico che rimane mero motivo individuale non condiviso del negozio privo di controprestazione, ovvero che operi fuori dai margini esecutivi dell'operazione formalizzata, appare estraneo alla causa concreta dell'ope-

Scopo
concreto

razione ed inidoneo, per quanto indirettamente perseguito, a snaturare la funzione immediata dell'atto. Non sempre, in concreto, l'interesse economico, eventualmente strumentale, contraddice od elide lo spirito di liberalità al quale può aggiungersi, pur conservando l'atto la sua individualità giuridica "liberale". Il profilo di effettività ed immediatezza, nel senso che l'interesse, da valutare *a priori*, si realizza con l'atto in via immediata ed è quindi soddisfatto dall'attribuzione, appare fondamentale per individuare la funzione primaria del negozio: rimangono, pertanto, del tutto ininfluenti gli eventuali moventi ulteriori di interdipendenza meramente economica o morale (non giuridica) che possono aver determinato psicologicamente la volontà negoziale, ma che giuridicamente sono del tutto irrilevanti e non incidono sulla qualifica liberale dell'attribuzione gratuita.

Solo quando l'interesse economico penetra realmente l'area delle ragioni immediate del negozio, palesandosi la sua incompatibilità con il fine liberale, allora è possibile verificare se le parti abbiano dato vita, con un unico atto, a diversi rapporti giuridici che manifestino un'operazione negoziale complessa che può essere assoggettata alla disciplina corrispondente all'elemento causale che caratterizza l'intero rapporto, ovvero che risulti dalla sintesi di più schemi negoziali quando l'attribuzione sia giustificata da una commistione di cause. L'emergere di interessi economici incompatibili con l'intento di arricchire, tipico dello scopo liberale condiviso nella sua attuazione dal donatario, può al contrario caratterizzare varie ipotesi di collegamenti negoziali nel caso in cui i singoli rapporti, pur mantenendo la loro individualità giuridica, siano legati da un nesso di interdipendenza teleologica ed economica che risponda all'intento dei soggetti di coordinare i vari negozi in vista della realizzazione di un regolamento unitario non donativo.

Ciò premesso, deve essere sottolineato che lo studio delle liberalità viene sempre svolto tenendo presenti, anche negli orientamenti critici, alcune categorie tradizionali che sono ritenute, da buona parte della dottrina, punti fermi ai fini dell'identificazione normativa di aree contigue ma distinte: la gratuità riferita all'assenza di controprestazione (o più latamente al sacrificio posto interamente a carico di una parte mentre il vantaggio è esclusivamente dell'altra), la liberalità qualificata dall'*animus donandi* variamente inteso e, di recente, in base ad una ricostruzio-

Orientamenti della dottrina: principio di gratuità

Volontariato
e solidarietà

ne sistematica e nuova del principio di gratuità (MESSINETTI, 1998, 339 ss., spec. 385-389), anche la solidarietà aperta ad una serie indefinita di atti, riassumibili in un causa unitaria autonoma, o rimessi alla “fattualità” operosa e spontanea, singolarmente disciplinata ed organizzata dalle leggi in materia, di prestazioni (di dare o di fare) funzionali allo scopo solidale (LIPARI, 1 ss.) da cui dipendono effetti attributivi, patrimonialmente disinteressati, ritenuti socialmente utili e non regolati dal regime proprio delle donazioni. Occorre perciò tenere conto di questi aspetti dell’elaborazione dottrinale, legati ad una cornice normativa non ancora modificata nei suoi caratteri essenziali (OPPO, 1997, 516 ss., spec. 526-527; cfr., IRTI, 185 ss.) anche per le attribuzioni non liberali espresse mediante promesse o prestazioni di fare o di dare gratuite sostenute da una causa di solidarietà (cfr., MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 121 ss.) ovvero giustificate dalla rilevanza giuridica delle prestazioni di volontariato eseguite e rese ammissibili solo nel quadro applicativo conformato dalla relativa disciplina speciale (l. 266/1991). Non facile appare anche la necessità di spiegare, rispetto alla funzionalità delle fattispecie gratuite, se la solidarietà è sempre distinguibile, rispetto all’eventuale rilevanza degli effetti patrimoniali dell’attribuzione, dagli atti inseriti, per tale ragione, tra le liberalità donative, e se possono configurarsi, invece, liberalità solidali o donazioni in forma collettiva separabili, nell’ambito della solidarietà ammessa dalle leggi speciali in materia, dagli atti gratuiti puri e dalle più problematiche prestazioni compiute, per scopo liberale, ma solo in attesa di un ritorno economico (o per mero scopo di gratificazione pubblicitaria come avviene, ad esempio, da parte di alcune imprese che, spesso, utilizzano strumentalmente l’atto definito solidale e la destinazione finale dei beni da attribuire “ai più bisognosi”, per favorire in realtà la vendita sul mercato di prodotti o la penetrazione di un marchio aziendale in alcuni settori commerciali sensibili alle destinazioni etiche e “compassionevoli” di quote di profitti marginali creati, o sollecitati, dalla circolazione meramente mercantile).

Si tratta di aree in qualche modo legate non solo alla tradizione degli studi della dottrina in materia, ma anche, nei più recenti contributi, all’esigenza di rivisitare, sul piano sostanziale e formale, per ammodernarle, categorie e concetti che paiono stridere con la richiesta sociale di “solidarietà” e di condizioni facili-

tate di accesso all'operosità fattiva tipica dei modelli attuali di adempimento spontaneo delle prestazioni solidali, mediate da una serie di interventi legislativi da ritenersi apprezzabili con riguardo all'attuazione del valore costituzionale di cui all'art. 2 Cost., ma purtuttavia disorganici o lacunosi nella configurazione complessiva dell'ordinamento civilistico delle attività anche negoziali o solidali collegate alle forme di sviluppo dell'imprenditorialità sociale e *non profit* (ora regolata dal d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155 "Disciplina dell'impresa sociale, a norma della l. 13 giugno 2005, n. 118". In argomento, da ultimo, AA.VV., 2007).

Adempimento
spontaneo

In conclusione può dirsi che l'orizzonte delle liberalità donative puntualmente regolate dal Codice civile vigente, contiene in sé elementi inequivoci di valutazione giuridica di fattispecie apparentemente estranee ma riconducibili ad una gratuità oggettiva ed essenziale già regolata secondo opzioni e principi noti. Gli strumenti e le esigenze di disciplina sono diversi, ma si può attingere ad una precisa struttura normativa dettata in materia di donazioni che orienta e facilita scelte adeguate, fornendo argomenti interpretativi idonei a segnalare sia le distinzioni necessarie tra aree contigue, sia le soluzioni normative di principio naturalmente estensibili (perché non confliggenti ed anzi coerenti con le esigenze di tutela richieste) ad altri e nuovi settori non strettamente riconducibili al campo tradizionale delle liberalità pure o motivate conosciute e regolate dalla disciplina codicistica.

3. Interesse non patrimoniale, gratuità, realtà e liberalità.

L'area della gratuità andrebbe inoltre individuata, secondo una logica tuttavia residuale e riduttiva, accolta da parte della dottrina, riferendosi ad ipotesi sostanzialmente limitate concernenti fattispecie realizzate in mancanza di controprestazioni o altri motivi sufficienti a giustificare l'identificazione di un'attribuzione idonea a beneficiare una sola parte senza un correlativo sacrificio o un apprezzabile e ragionevole interesse preesistente (o coevo) alla prestazione (per il disponente a titolo gratuito) che si ritorca economicamente a favore dell'attribuente o prospetti un vantaggio patrimoniale, anche indiretto, per quest'ultimo a cagione della prestazione gratuita (cfr., SACCO, in SACCO-DE NOVA, I, 1, 650 ss., 704 ss.). Nell'ambito dei tipi gratuiti viene così rigorosa-

Tipi gratuiti

mente valutata, con finalità restrittive, ed in modo alquanto diverso rispetto ad altri orientamenti più attenti alla considerazione dell'elemento causale, la reale portata ed ammissibilità delle promesse gratuite (SACCO, in SACCO DE NOVA, I, 1, 60 ss., 73 ss.: *Id.*, I, 2, 30-38).

Si afferma, peraltro, che vi sono dei tipi contrattuali predefiniti da uno spazio chiuso di disciplina, cioè contratti tipici essenzialmente gratuiti come il comodato (art. 1803 c.c.), o nei quali la gratuità è presunta come il deposito (art. 1767 c.c.), o che possono essere gratuiti pur presumendosi normalmente l'onerosità, come nel caso del mandato (art. 1709 c.c.) o del mutuo (art. 1815, co. 1, c.c., artt. 1813 e 1821, co. 2, c.c.) o, infine, dei quali risulta ammessa una variante gratuita come nel trasporto (art. 1681, co. ult. c.c.; vedi anche artt. 413, 414 e 415 c. nav.). Trattasi perciò di fattispecie tipiche di gratuità, ed addirittura una di esse, il comodato, costituirebbe una forma particolare di "giuridicizzazione" della cortesia (CARRESI, 1949, 305); di una prestazione che risponde ad un'esigenza avvertita dal consesso sociale e recepita dall'ordinamento (cfr., GALASSO, 46). Viene a porsi, dunque, nonostante l'intenzione iniziale volta a comprimere l'area di rilevanza della gratuità, una disciplina di rapporti socialmente riconosciuti ed apprezzati che trovano proprio nell'espressione gratuita uno strumento essenziale di caratterizzazione anche giuridica.

Gratuità e
realità

Per molte di queste ipotesi, si ricorda come la tipicità contrattuale fondata sulla gratuità si accompagni, vada quasi di pari passo, con la realtà, cioè con la necessità (salvo per la fattispecie del mandato che, invece, richiederebbe l'esecuzione reale della prestazione ai fini della rilevanza della promessa gratuita) della presenza di un elemento di stabilità e di sostegno del nudo patto — avente ad oggetto un comodato, un mutuo od un deposito gratuiti — rinvenuto nella *traditio*. I negozi gratuiti, quali contratti reali, in questa prospettiva, hanno bisogno perché siano validi, non tanto della valutazione di una causa meritevole di tutela che li sostenga, quanto dell'elemento perfezionativo della *traditio*: dunque della consegna materiale, del trasferimento "reale" del bene oggetto dell'eventuale promessa. Ciò nonostante, il processo evidenziatosi e rafforzatosi negli anni della c.d. spiritualizzazione della *traditio* (quale si è praticata ad esempio nei mutui onerosi, cfr. SACCO, in SACCO-DE NOVA, I, 1, 711, 718 ss.) avrebbe poi portato il legislatore codicistico a prevedere una diversa fattispecie di con-

tratti ad effetti reali (art. 1376 c.c.) ed a porre il principio consensualistico come uno dei fondamenti del sistema (GAZZONI, *La trascrizione*, 1991, 12 ss.). In tale quadro, innovato dalla nuova disciplina codicistica, si è ammessa l'esistenza di due diverse categorie nell'area della realtà: da un lato, la custodia in genere ed il deposito gratuito e, dall'altro, il mutuo come contratto di credito in genere e come credito gratuito reale. In altri termini, si sono ritenute vincolanti, ed idonee a legittimare in caso di inadempimento l'esecuzione forzata, le promesse onerose di deposito e di mutuo, mentre si è esclusa ogni obbligatorietà per le promesse gratuite comprese quelle aventi ad oggetto l'adempimento di un comodato (cfr., SACCO, in SACCO-DE NOVA, I, 1, 704 ss., 710 ss.). Promesse gratuite

Questi negozi, dunque, anche quando emergono ipotesi contemplate dalla legge, come la promessa di mutuo, non sono ritenuti ammissibili, nonostante che — a tacer d'altro — l'art. 1822 c.c. configuri la promessa di mutuo come non limitata espressamente all'ipotesi di onerosità. La promessa di mutuo, espressamente prevista senza essere limitata alla sola fattispecie onerosa dall'art. 1822 c.c., può evidentemente essere estesa anche alla promessa gratuita (per tutti, vedi, VISALLI, 63 ss., spec. 72 ss.; ammette, invece, da ultimo, la configurabilità non tanto di negozi consensuali reali quanto piuttosto di “contratti preliminari di contratti reali” il cui inadempimento comporterebbe solo la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni, MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 116; ciò al fine, sembra, di raggiungere, mediante altri procedimenti, risultati sostanzialmente analoghi).

Solo l'onerosità — in questa prospettiva che sembra, a volte, forzare anche il dato normativo con argomenti fondati su una pretesa tradizione sistematica recepita in un solo senso dal nostro Codice civile — si accompagna alla consensualità, mentre invece la gratuità, tenuto conto della deficienza causale dell'accordo o della sua debolezza intrinseca, deve accompagnarsi con la *traditio*, appunto con la consegna materiale del bene che dimostrerebbe la serietà del rapporto e ne sanzionerebbe la validità. Conseguentemente, tutto ciò che viene fatto prima, anche se recepito in un accordo, non è ritenuto vincolante: le promesse rimangono fuori dallo spazio angusto delle cause veramente “sufficienti” (in quanto fondate su una reale controprestazione e, quindi, limitate all'attuazione di uno scambio) a giustificare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto, ed anzi potrebbero coincidere

solo con l'area degli atti di cortesia, irrilevanti per il diritto nel senso che non se ne riconosce la vincolatività sul piano negoziale.

Contratti
gratuiti
atipici

Altri, in questa scia, hanno poi affermato che siccome gli unici contratti gratuiti validi sono quelli previsti, tutti i contratti gratuiti atipici sono da considerare nulli (sul punto, vedi GIANOLA, 2001, 385 ss.). La giurisprudenza più recente ha dimostrato, invece, che i contratti gratuiti atipici non sono nulli, anzi addirittura possono anche realizzare, in alcuni casi, ed alla luce del fondamento causale diretto od indiretto che li giustifica *ex art.* 1325 c.c., effetti traslativi (MOROZZO DELLA ROCCA, 1999, 1142; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, con nota di MARICONDA, *Art. 1333*, 1988, 1237, con nota critica di COSTANZA; cfr. anche GAZZONI, *Babbo natale*, 1991, 2896 e spec. 2900; Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Corr. giur.*, 1996, 301 ss.; CARINGELLA, nota a Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, 1506, spec. 1519 ss.). Al riguardo potrebbe anche configurarsi, nella dichiarazione negoziale esecutiva di un obbligo di dare, un atto di natura contrattuale atipico e perfezionabile *ex art.* 1333 c.c., sempre che si consideri applicabile tale norma anche alle fattispecie negoziali produttive di effetti reali (sul problema dell'efficacia reale della proposta unilaterale di cui all'art. 1333, v. DONISI, 285 ss. e 302; MARICONDA, *Il pagamento*, 1988, 735). In tal caso, al fine di poter configurare nel nostro ordinamento un contratto atipico gratuito ad effetti reali che si conclude attraverso lo strumento di cui all'art. 1333 c.c. (cfr., Cass., 18 febbraio 1999, n. 1366, in *Foro it.*, 1999, I, 3583 ss.), occorre accertare in concreto la sussistenza di una giustificazione causale diversa dalla *causa donationis* rinvenibile anche in un interesse di natura patrimoniale che sostiene l'autonomo negozio attributivo valutato nel suo complesso nell'ambito dell'eventuale esecuzione di una più ampia operazione economica collegata agli effetti finali del contratto atipico (cfr. App. Roma, 24 gennaio 2008, in *Obbl. e contr.*, 2008, 6, 555, con nota di SCHIAVONE). Si osserva in dottrina come "accanto all'onerosità, intesa come rapporto di equivalenza tra prestazioni dedotte in contratto, separata da questa e pur tuttavia ad essa contigua, vada rilevata l'eventuale equivalenza degli interessi economici delle parti che si trovino ad essere realizzati mediante una promessa od un trasferimento privi di controprestazione" (MOROZZO DELLA ROCCA, 1999, 1149) ma strumentali alla realizzazione di una funzione meramente economica, anche riferibile ad un'operazione più ampia che, tuttavia,

non snatura la funzione immediata dell'atto idoneo a mantenere la sua individualità giuridica, salvo che si palesi un collegamento in senso giuridico del singolo negozio gratuito rispetto ad altri atti dal compimento dei quali deriva un vantaggio diretto nel patrimonio del disponente; in queste ipotesi "non si è in presenza di un atto a titolo gratuito ma di atto a titolo oneroso" (GATT, 2002, 363, nt. 106; cfr. D'ETTORE, 1996, 89 ss.). A tal riguardo si è anche osservato che l'attribuzione gratuita a favore del beneficiario può costituire, in alcuni casi, "una parte di un'operazione economica solo apparentemente autonoma, ma in realtà teleologicamente e funzionalmente collegata a un'altra più complessa, sicché la gratuità risulta più apparente che reale" (BOZZI, 239). Tra le ipotesi negoziali gratuite non donative si sono prospettate (AMADIO, 2008, 10 ss., spec. 15) invece quelle concernenti le "attribuzioni effettuate a scopo promozionale indiretto (il c.d. mecenatismo o patrocinio, consistente in elargizioni volte alla promozione di opere artistiche e culturali, o della ricerca scientifica, poste in essere da imprese al fine di valorizzare la propria immagine); o l'attribuzione di premi a clienti dell'impresa a scopo di fidelizzazione; ovvero ancora il mutuo senza interessi, erogato da una banca in favore di una società interamente posseduta o controllata, o, più in generale, le operazioni gratuite poste in essere dalle società nell'interesse del gruppo al quale appartengono e le attribuzioni esecutive di una precedente obbligazione di dare (il c.d. adempimento traslativo)".

Altro orientamento giurisprudenziale ha tuttavia precisato che qualora manchi qualsiasi controprestazione al trasferimento di un diritto deve presumersi l'*animus donandi*, cosicché il contratto deve essere qualificato come donazione e rivestire, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico (Cass., 19 marzo 1998, n. 2912, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 2018 ss.).

Nella prassi si sono peraltro evidenziati spazi rilevanti e nuovi di promesse, anche gratuite di fare, che vengono in realtà eseguite e, dunque, viene a porsi l'ulteriore domanda circa la sorte di tali promesse accompagnate dalla loro concreta attuazione. È opportuno comprendere cosa comporta, da un lato, la semplice esecuzione reale di un fare gratuito e, dall'altro, se ciò che è stato eseguito, occorra "restituirlo" come valore della prestazione o, in ipotesi, per l'arricchimento ricevuto. È sottoposta, allora, in via residuale, l'attività eseguita alla sola e generale azione di ingiusti-

Promesse
gratuite di
fare

ficato arricchimento (artt. 2041, 2042 c.c.)? O sussiste, invece, sicura intangibilità della prestazione rispetto a ciò che è stato eseguito?

È questo un quadro applicativo che appare rilevante, perché il vero tema da affrontare all'interno della disciplina delle donazioni, anche per rispondere ai quesiti posti, è quello di individuare i confini della donazione obbligatoria e lo spazio residuo per l'ammissibilità di fattispecie gratuite atipiche, cioè di operazioni meritevoli di tutela secondo l'art. 1322 c.c. la cui esecuzione risponda ad una giustificazione causale (art. 1325 c.c.) che renda "stabile, definitiva e, quindi, irripetibile" la prestazione (BOZZI, 232; cfr., D'ETTORE, 2003, 35 ss.). Solo così può ulteriormente dirsi cosa non è giuridicamente vincolante perché rientra, ad esempio, nell'ambito della sola cortesia che non crea impegni né configura promesse non revocabili e coercibili.

Secondo l'art. 769 c.c., infatti, la donazione è il contratto col quale una parte, per spirito di liberalità, arricchisce il donatario disponendo verso lo stesso di un proprio diritto o assumendo un'obbligazione. Non pare essere escluso, in forza della formulazione letterale della disposizione, dall'oggetto della donazione obbligatoria, il semplice *facere*; per molti, infatti, la donazione di fare, quale liberalità tipica, può ritenersi ammessa nel nostro ordinamento, né deve negarsi rilevanza donativa agli effetti prodotti dall'attribuzione gratuita conseguente al servizio reso, almeno nella forma della donazione indiretta, abbia esso prodotto o meno un risultato consistente in un "*opus*" (cfr., BIONDI, 1961, 390 ss.; CATAUDELLA, 1970, 167; LENZI, 1990, 927 ss., spec. 952; ANGELONI, 1994, 196 ss.; CASULLI, 966 ss., spec. 976). Neppure andrebbe escluso che promesse gratuite come quelle tipizzate — ad esempio una promessa di comodato immobiliare di lunga durata (che la renda, in concreto, non meramente riferibile ad un ambito di semplice cortesia: operazione per la quale il comodante risulti "spogliato" del godimento del bene con rinuncia a richiedere la restituzione, *ex* art. 1809 c.c., fino al termine pattuito mediante il contratto), dunque anche una promessa gratuita di prestito d'uso impegnativa per il disponente, e di significativo valore economico — siano fatte mediante donazione formale ove si prevede la restituzione del bene, alla cui riconsegna si dovrebbe obbligare il donatario entro un termine determinato. L'attribuzione non è qui, evidentemente, invalida sol perché la promessa è fatta a scopo li-

Promessa di
comodato

berale. Si può trattare di una donazione obbligatoria valida, e la forma, come sostenuto in dottrina, “salva il contratto”, nella fattispecie considerata, pure in assenza di una causa sufficiente, cioè — essenzialmente — di una controprestazione.

La forma dovrebbe salvare l'accordo gratuito, ma in questo caso l'effetto non dipende dalla sola forma (che — semmai — sostiene l'operazione liberale secondo il modello prefigurato dal codice civile, art. 782 c.c.), perché molto più semplicemente le parti hanno voluto realizzare una speciale liberalità mediante il contratto di donazione. Quindi, in ipotesi, il prestito d'uso, anche se riferibile astrattamente alla prestazione tipica del comodato — ed escluso che integri, per volontà delle parti, una fattispecie diversa costitutiva di un diritto reale limitato — può esser realizzato mediante una donazione obbligatoria (CHECCHINI, 1976, 294, nt. 123); né si può evitare che la concessione in uso del bene possa consentire l'applicazione, quantomeno, della disciplina cd. materiale delle donazioni nel caso si volesse configurare l'attribuzione risultante dalla promessa come una liberalità atipica (o donazione indiretta, PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 51; ID., *Donazione*, 1991, 140 e 141, nt. 10; MANZINI, 1986, 915-917. Cfr., CARRESI, 1957, 27. Cfr. altresì BOZZI, 218, 226, e ARCERI, 513 ss.; CIPRIANI, 207-208). La giurisprudenza da ultimo ha invece escluso che venga integrata la causa della donazione (in luogo di quella del comodato) nell'ipotesi in cui il comodato sia pattuito per un periodo alquanto lungo o in relazione a beni di notevole valore, rilevando la insussistenza dell'*animus donandi* desumibile dalla temporaneità del godimento concesso al comodatario (Cass., 23 novembre 2006, n. 24866), senza valutare, tuttavia, l'impoverimento potenziale del comodante derivante dall'esatta esecuzione del contratto.

In ogni caso, si è ritenuta produrre un effetto liberale, alla stregua di una donazione indiretta (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 9 ss., 52), una promessa di mutuo gratuito avente ad oggetto una cospicua somma di denaro, ove l'impoverimento del donante — nonostante il carattere non definitivo del trasferimento da eseguire — può ravvisarsi nella mancata maturazione degli interessi, risultando il disponente, quanto meno all'atto della restituzione della somma mutuata, impoverito economicamente per avere ricevuto il medesimo valore nominale precedentemente “trasferito”, che non ricostituisce tuttavia il patrimonio privato della sua normale produttività determinando, in ogni caso, l'attribuzione

Forma

Liberalità atipica

Promessa di mutuo

infruttifera della somma di denaro, in adempimento della promessa, un impoverimento potenziale del disponente a titolo gratuito (cfr. BOZZI, 218).

Volontà
delle parti e
gratuità
tipica

Non è sempre vero, allora, che i contratti gratuiti tipici o le promesse di contratti gratuiti, debbano essere legati alla *traditio*, si possono presentare ipotesi diverse, dipende dalla volontà delle parti. Appare, perciò, poco convincente l'idea che la forma suppletiva ad ogni valutazione diretta ad operare il controllo causale dell'accordo, secondo un meccanismo sostitutivo che pone "un rapporto di fungibilità" non previsto ed anzi inammissibile nel nostro ordinamento (BISCONTINI, 1984, 171-172); peraltro, è stato acutamente osservato (CHECCHINI, 1976, 293), risultando così minato il fondamento stesso dell'opinione contraria, che proprio quando sussiste una causa "sufficiente" per eccellenza, cioè nell'ipotesi di compravendita o di permuta di immobili, la qualificazione causale dell'atto (spiegata dalla presenza della "controprestazione") non sarebbe di per sé idonea a rendere valida l'operazione in mancanza di forma prescritta *ad substantiam* ex art. 1350 c.c. Il negozio è salvato dalla nullità "proprio là dove esiste una causa *suffisante*", dunque anche in tali casi la forma salva il contratto?

Occorre, invece, coerentemente al sistema che disciplina la prescrizione di forma per gli atti liberali adeguare i concetti ed elaborazioni dottrinali, condizionati dalla prospettiva comparatistica e storica, alla realtà giuridica rappresentata dalla particolare e comunque chiara disciplina codicistica italiana.

Qualifica-
zione
causale

Va considerata, quindi, la direzione interpretativa data dallo schema formale (tipologico-causale) della donazione che interviene a "sanzionare" il comportamento negoziale delle parti che non hanno agito secondo il modello prefigurato dagli artt. 769-782 c.c. e la cui estensione dipende, come abbiamo osservato, dall'esatta comprensione dell'oggetto della donazione e della natura della causa generale di liberalità posta dal tipo contrattuale donativo. Si ripropone, pertanto, ai fini della qualificazione causale della fattispecie, non sostituibile dalla sola considerazione dell'elemento formale, il tema dell'individuazione dell'interesse a donare che, tuttavia, se inteso alla stregua della nozione di interesse non patrimoniale, sembra sollevare difficoltà spesso insormontabili per il suo efficace utilizzo concreto e non semplicemente asserito a semplice giustificazione, *ex post*, di valutazioni sostanziali e di

stintive della fattispecie negoziale gratuita (cfr. anche BOZZI, 210 ss., spec. 231).

Prendiamo, ad esempio, nuovamente in esame la categoria dei contratti gratuiti tipici e reali che sono in qualche modo realizzati mediante la *traditio* idonea, si dice, a risolvere i conflitti di natura patrimoniale, manifestati dal rapporto negoziale, recependo gli interessi economici che sottendono l'operazione. In realtà, qualche interesse economico può di sovente animare i contraenti che sono sensibili alla reciprocità economica; l'interesse non patrimoniale, tra l'altro, spiegherebbe la donazione pura e quindi la liberalità fatta al solo scopo altruistico o benefico. L'interesse non patrimoniale, per definizione, se si vede assegnato questo ruolo, non può mai essere scalfito o inquinato da un interesse economico. Quindi i contratti gratuiti tipici, quelli previsti e regolati dal Codice civile, sono contratti che richiedono, non di rado, la *traditio* per risolvere il prospettato e fondamentale conflitto d'interessi di natura patrimoniale che dà sanzione all'accordo, ancorché giustificato da un interesse economico del disponente, anche indiretto, all'attribuzione gratuita. Ciò avviene in particolare, anche quando si configurino contratti gratuiti atipici ove la sanzionabilità giuridica dell'obbligazione che grava su di una sola parte non è giustificata da una corrispondenza di sacrifici economici, tipica dell'onerosità, "ma dalla combinazione di interessi economici equivalenti di entrambe le parti, sempre che essi risultino socialmente apprezzabili", dimodoché il promittente risulti in qualche modo compensato da "un vantaggio economicamente apprezzabile" (indipendente dal sacrificio economico, per definizione assente, del beneficiario della prestazione gratuita) da rinvenire anche in un rapporto giuridico preesistente o in uno specifico interesse valutabile in termini economici (come, ad esempio, quello pubblicitario) che giustifichi l'assunzione dell'obbligo (CHECCHINI, 1976, 278-279; cfr. RESCIGNO, 1998, 61 ss.).

Il problema qualificativo, con i limiti che abbiamo già evidenziato, sarebbe, da questo punto di vista, risolto ed anche facilmente.

Ma nell'ipotesi in cui si abbiano promesse aventi ad oggetto contratti gratuiti, cosa avviene? La dottrina appena citata, che ha sostenuto la distinzione tra interesse economico (proprio dei contratti gratuiti) ed interesse non patrimoniale (proprio della donazione), non esclude la configurazione di donazioni obbligatorie per le promesse di adempiere prestazioni oggetto di contratti gra-

Interesse
non
patrimoniale

Promesse di
contratti
gratuiti

tuiti tipici; se sussiste, infatti, un interesse non patrimoniale va applicato lo schema formale voluto dall'art. 769 c.c., ma potrebbero egualmente ipotizzarsi promesse valide e non formali sostenute da una causa meritevole di tutela che costituisce requisito normativo sufficiente *ex art.* 1322 e 1325 c.c. a giustificare l'attribuzione negoziale (cfr. DI MAJO, 33 ss., 41, 46). Questa soluzione potrebbe essere condivisa e pur tuttavia anche l'orientamento qui riportato tende a definire i contratti esaminati come atipici: nel tipo previsto (comodato, mutuo, deposito), infatti, non può rientrare l'accordo riferito (conseguente alla promessa *e*) di carattere preliminare rispetto al perfezionamento del contratto gratuito. Si conferma, allora, la dicotomia asserita e la concreta contiguità di ipotesi tra atipicità gratuita e donazione obbligatoria, dipendente anche dal grado effettivo di elasticità, e compatibilità con interessi ulteriori, della struttura e del fondamento causale assegnato (secondo la sua definizione legislativa e la fattispecie da essa presupposta) ad ogni tipo contrattuale gratuito nominato.

Accordi
preliminari

Sarebbero perciò atipici gli accordi preliminari menzionati, in quanto estranei ai margini di operatività della previsione normativa, ma potrebbero divenire donazioni obbligatorie se qualificate da un intento liberale comune alle parti, nel senso che esso si forma *ex parte donantis* e viene condiviso dal donatario che ne conosce la rilevanza per l'attribuzione gratuita e si pone nella condizione concreta di ricevere il beneficio di natura liberale. Ci troveremmo di fronte, in buona sostanza, a promesse gratuite, aventi ad oggetto contratti reali, capaci di "diventare", proprio in base alla sola distinzione accennata ("interesse patrimoniale — non patrimoniale"), donazioni obbligatorie (CHECCHINI, 1976, 278, 293-294; cfr. PALAZZOLO, 40 ss.) giustificate dalla non patrimonialità dell'intento liberale concreto e comune alle parti. Al contrario, i contratti gratuiti tipici reali, in quanto tali, otterrebbero direttamente dalla *traditio* validità, e la stessa rilevanza economica dell'operazione non intaccherebbe la purezza della definizione legislativa dei tipi che, pertanto, non avrebbero bisogno del requisito della forma per sostenersi, essendo assoluta ogni analoga funzione dalla consegna, veste esteriore sufficiente dell'accordo ed idonea ad assorbire in sé, ed a comunicare in modo percepibile, il consenso sottostante al procedimento reale (in realtà, la *traditio*, nel quadro della rilevanza dell'elemento casuale, potrebbe assumere il carattere di modalità esecutiva del contratto obbligatorio con-

Contratti
gratuiti tipici
reali

cluso. Cfr., CARRESI, 1957, 112 ss.; MAJELLO, 297; NATOLI, 39 ss.; GABRIELLI, 1987, 100; CIPRIANI, 75 ss.).

Le ipotesi accennate tracciano una ulteriore situazione di confine ove l'interesse non patrimoniale può creare dubbi applicativi senza fornire, in modo inequivoco, soluzioni certe. In particolare, nei casi esaminati, emerge nuovamente, ed in modo lampante, l'insufficienza della nozione quando si passa dall'astrattezza della definizione, apparentemente capace di comunicare percepibili criteri distintivi tra gratuità (interesse patrimoniale) e liberalità donativa (interesse non patrimoniale), alla necessaria scelta della disciplina di riferimento applicabile.

Ed infatti per non cadere in simili contraddizioni, anche altri autori (MANZINI, 1985, 409 ss.), nel solco delle argomentazioni della precedente dottrina, hanno ricondotto fattispecie promissorie analoghe alla nozione di donazione indiretta qualificata da un motivo individuale liberale. Anche se, viene egualmente notato, la comunanza dello scopo liberale renderebbe difficile allontanare le stesse fattispecie gratuite atipiche dallo schema della donazione diretta obbligatoria. Certo è alquanto contraddittorio, nelle due prospettive esaminate, ritenere donazioni obbligatorie le promesse di contratti reali gratuiti, perché in realtà considerate atipiche, e dunque assorbite dalla "causa generale" di liberalità posta dall'art. 769 c.c., mentre le medesime operazioni concluse, senza accordo preliminare, direttamente mediante la *traditio* (ancorché con gli stessi effetti finali — rilevante arricchimento gratuito soddisfatto dalla prestazione — e presupposti — intento liberale —), in quanto tipiche, sarebbero da ascrivere solo alle donazioni indirette. Non si comprende poi chiaramente, come possa in tali casi considerarsi, se sussiste la *traditio*, rilevante solo un interesse economico, se sussiste la promessa, seguita dalla consegna, invece rilevante anche un interesse non patrimoniale.

In tal senso, considerare la patrimonialità o meno dell'interesse il *discrimen* tra liberalità e gratuità, appare un modo per attribuire una giustificazione causale ad una prestazione gratuita laddove non soccorre la forma donativa (BOZZI, 231) potendosi riconoscere, invece, all'area della gratuità, riferita alle ipotesi di contratto atipico non donativo, uno spazio più adeguato anche all'interno delle promesse unilaterali il cui carattere vincolante dovrebbe trovare "la propria giustificazione "obiettiva" nella soggettiva utilità (che spetterà all'interprete valutare attentamente), nel-

Il *discrimen*
tra liberalità
e gratuità

l'interesse del promittente, e la propria giustificazione normativa nell'art. 1173 c.c." (BOZZI, 240; cfr., DI MAJO, 33 ss., 41, 43, 46; D'ETTORE, 1996, 176 ss.).

4. Interesse non patrimoniale e fattispecie miste.

Liberalità e
scambio

Analoghi problemi si pongono tra i criteri discretivi dei rapporti tra liberalità e scambio: quando un'operazione economica si presenta onerosa e purtuttavia parzialmente orientata al perseguimento dell'arricchimento volontario e gratuito di uno dei contraenti, come nell'ipotesi più conosciuta del *negotium mixtum cum donatione*, si realizza uno scambio effettivo e reale tra le parti, anche se si vuole conseguire un effetto ulteriore gratuito; in questi casi possono, quindi, coesistere interessi patrimoniali e non patrimoniali concorrenti. Il criterio distintivo fondato sulla natura dell'interesse *valutato ex post* non serve o può non essere utile per identificare, in ogni caso, la disciplina applicabile: bisogna, infatti, stabilire non solo se siamo di fronte, realmente, ad un contratto a prestazioni corrispettive, e non ad un'operazione frutto di procedimenti volti alla simulazione degli effetti negoziali, ma anche se si è prodotto un effetto ulteriore di tipo donativo.

Quale disciplina, allora, applicare nell'ambito del conflitto di norme necessariamente determinato dalla possibile concorrenza delle regole espresse dal titolo oneroso o dal titolo gratuito cui pare anche ascrivibile la fattispecie mista?

L'interesse patrimoniale — non patrimoniale non sembra, da questa angolazione, qualificare l'atto ma solo rilevarne, più propriamente, gli effetti concorrenti; prendiamo, sotto tale profilo, in considerazione l'ipotesi — per verificare ulteriormente l'assunto — di un bene che vale 100 venduto a 50 non per finalità fraudolente, ma al precipuo scopo di conseguire, tra i risultati effettuali realmente voluti (e non condizionati da particolari, e rilevanti, per la legge, ai fini dell'inefficacia dell'operazione negoziale, condizioni psicologiche di debolezza o di bisogno economico dell'attribuente), anche quello dell'arricchimento gratuito di uno dei due contraenti; il bene, si afferma, viene trasferito sia a causa di un interesse patrimoniale che non patrimoniale, ancorché la donazione debba essere qualificata da un motivo di liberalità puro (interesse non patrimoniale). Accessorio e comunque "coessenziale" alla struttura

dell'atto, si rivelerebbe invece l'interesse economico; non si esclude, pertanto, la possibile coesistenza dei due elementi che, per definizione, si elidono a vicenda nella prospettiva della contrapposizione tra interesse patrimoniale e non patrimoniale, facendo sorgere evidenti difficoltà di qualificazione della fattispecie mista.

La sproporzione tra i valori scambiati con l'alienazione oggetto del contratto, può anche dar luogo, secondo la disciplina generale, a particolari conseguenze giuridiche ma solo in casi espressamente previsti: come — ad esempio — il rimedio della rescissione del contratto (artt. 1447 e 1448 c.c.), l'annullamento del contratto concluso da persona incapace di intendere e di volere (artt. 428, 1425, co. 2, c.c.), e per l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare (art. 67 l. fall.). Ma al di là della specifiche esigenze normative, sottese alla *ratio* delle citate disposizioni, la figura del *negotium mixtum cum donatione* viene a caratterizzarsi per la concretizzazione di un oggettivo squilibrio tra le prestazioni reciproche che pone la fattispecie contrattuale ai “confini” tra diversi sistemi di disciplina e richiede un'attenta valutazione degli atti appartenenti ad ambiti periferici rispetto alla centralità delle differenti definizioni tipologiche o dei contenuti di significato dei dispositivi delle singole norme applicabili nel sistema considerato (cfr., in tal senso, CAREDDA, 273 ss.). In particolare, l'equilibrio almeno tendenziale delle prestazioni contrattuali caratterizza i tipi negoziali fondati sulla causa di scambio che presuppone un'intrinseca consistenza economica delle attribuzioni reciproche (D'ETTORE, 2001, 186, 270; GATTI, 424 ss.; LEMME, 367 ss. e BELFIORE, 468 ss.; CERIO, 753).

Equilibrio
economico
delle
prestazioni

La dottrina ha, tuttavia, evidenziato che la semplice sproporzione tra il prezzo ed il valore effettivo del bene acquistato può dipendere da numerose ragioni: ad esempio da errore, o “può essere la conseguenza di una particolare valutazione economica fatta dalla parte, per cui la cosa ha, per l'alienante, un valore diverso da quello corrente”, o, in ultima analisi, “può essere la conseguenza di un intento di liberalità” (PIETROBON, 223-224), colto — aggiungiamo noi — attraverso una specifica e puntuale considerazione dei dati e circostanze emergenti dalla fattispecie che consentono di individuare l'autonomia di una concreta ragione giustificativa concernente parte dell'attribuzione oggetto del negozio oneroso.

Per la donazione mista non pare dunque sufficiente affermare la possibile concorrenza di interessi (patrimoniale e non patrimoniale) di cui uno essenziale alla struttura dell'atto rispetto

a quello ulteriore di natura liberale. Quale sarebbe, infatti, l'interesse essenziale alla struttura dell'atto, se si ritengono concorrenti entrambi gli interessi quando l'attribuzione, sul piano economico, realizza l'arricchimento di una parte comunque tenuta a pagare un corrispettivo della prestazione ricevuta pari, nel caso evidenziato, a metà del suo valore? Entrambi gli interessi, valutati in base ai risultati concreti, sul piano economico, dell'attribuzione, potrebbero giustificare una valutazione di essenzialità. Ed infatti, seguendo un simile criterio, non si rendono distinguibili gli elementi caratterizzanti l'operazione in concreto posta in essere dovendosi, da un lato, fare necessariamente riferimento ad una valutazione economica della fattispecie attributiva, dall'altro, dovendosi ricercare gli effettivi interessi che costituiscono la concreta ragione giustificativa dell'attribuzione, dalla quale può emergere un'astratta valutazione in termini di non patrimonialità (non economicità) dell'interesse causale cui è parzialmente adeguata la disciplina del negozio giuridico adottato dalle parti. È evidente, pertanto, che la ritenuta compresenza di elementi diversi, non farebbe comprendere in base a quali criteri possa decidersi, in concreto, di dare rilevanza ad uno o all'altro scopo (cfr. BOZZI, 220-221). Né vale notare che la fattispecie mista tende a soddisfare un interesse di natura non patrimoniale di uno solo dei contraenti, perché non può escludersi che l'interesse del disponente sia conosciuto e condiviso dall'altra parte divenendo oggetto dell'intento comune delle parti sui cui prevale, tuttavia, la finalità di scambio effettivamente realizzata rispetto alla parziale gratuità dell'attribuzione che, in ipotesi, può anche essere qualificata, ai fini dell'applicazione dell'art. 809 c.c., da un motivo individuale di liberalità, purché "riconoscibile" (cfr. D'ETTORE, 2001, 52-62, 69-71, 93 ss., 108 ss., 168 ss.).

Causa in
concreto

Se si accoglie, viceversa, la nozione di causa in concreto dell'operazione economica può anche spiegarsi la coesistenza tra liberalità e corrispettività e può inoltre tenersi conto dei fini-interessi realmente soddisfatti dall'attribuzione in quanto oggetto delle prestazioni dedotte in contratto (in tal senso, cfr., da ultimo, MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 6, 17, 29 nt. 65, 30-31, che parzialmente si richiama, con riferimento alla nozione di operazione economica ed alla rilevanza della funzione concreta dell'atto, ad altra precedente dottrina: MESSINETTI, 1991, 783 ss.; G.B. FERRI, 1965, 232 ss., 254; ID., 1986, 140 ss., spec. 142, secondo il quale "ogni regola negozia-

le è espressione oggettivata di specifiche finalità soggettive”, lo scopo, colto mediante la concreta valutazione dell’operazione, costituisce “interesse oggettivamente e consapevolmente determinato, oggettivamente e consapevolmente strutturato dalle parti”, “la causa appare dunque l’elemento che tecnicamente collega l’operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori”. Cfr, inoltre, D’ANGELO, 47 ss.; e, in particolare, GABRIELLI, 1997, 705 ss., spec. 718-720; ID., 1990, 131 ss. Per la considerazione dell’operazione concreta qualificata dall’intento liberale, si rinvia a D’ETTORE, 1996, 39 ss.).

La qualificazione dell’operazione dipende da tali interessi e consente di individuare, ad esempio per il *negotium mixtum cum donatione*, la disciplina applicabile riferita essenzialmente alla natura onerosa dell’operazione di scambio e ad un parziale richiamo alle norme definite materiali della donazione, cioè indipendentemente dalla valutazione successiva, rispetto alla considerazione degli effetti economici concorrenti, dell’interesse come patrimoniale o non patrimoniale (D’ETTORE, 1996, 57 ss., 73 ss.; cfr. anche PELLEGRINI, 59 ss.; PALAZZO, 2002, 245).

Questa particolare prospettiva di studio delle nozioni apparentemente inconciliabili di scambio e liberalità può favorire anche una sistemazione della fattispecie mista avvalendosi, come detto, della nozione di operazione economica per individuare gli interessi immediatamente ed effettivamente realizzati con l’attribuzione negoziale, senza tenere conto di tutti i possibili ed ipotetici interessi economici che, in qualche modo, non appaiano sicuramente legati da un nesso di interdipendenza funzionale con l’operazione concreta posta in essere. Alla stregua di tali valutazioni, si ritiene ammissibile, anche nell’area della liberalità, il ricorso alla nozione di causa in concreto riferita all’intento negoziale oggettivato, e conseguentemente allo scopo realmente perseguito dai contraenti nei limiti di rilevanza, cui abbiamo accennato, degli interessi-motivi coesenziali alla natura dell’operazione economica, così come risultante dall’attribuzione gratuita (cfr. G.B. FERRI, 2003, 79, 102, nt. 281).

Come è stato osservato, tale specifica indagine, attenta ad individuare le ragioni giustificative degli spostamenti patrimoniali funzionalmente correlati, o recepiti da uno scopo unilateralmente formato ma condiviso dal beneficiario dell’attribuzione, può realmente consentire di cogliere l’effettiva natura dell’atto nego-

Operazione
economica

Ragioni
giustificative

ziale, senza infingimenti spesso puramente teorici, ma guardando all'operazione economica concretamente posta in essere cui il negozio dà vita secondo la volontà dei soggetti (G.B., FERRI, 1965, 232 ss.; GABRIELLI, 2003, 102 ss. Cfr. ancora G.B. FERRI, 2007, 659 ss.). Su questa linea la giurisprudenza prevalente si avvale della valutazione in concreto della fattispecie causale, in particolare per le operazioni miste a scopo liberale (Cass., 7 giugno 2006, n. 13337; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601; CACCAVALE, 514) ove l'operazione economica nel suo complesso e le circostanze del caso determinano la particolare qualificazione di liberalità della fattispecie; per il che la vendita ad un prezzo inferiore a quello effettivo non realizza, di per sé stessa, un *negotium mixtum cum donatione*, essendo all'uopo altresì necessario non solo che sussista una sproporzione tra le prestazioni ma anche che questa sia d'entità significativa, che la parte alienante sia stata consapevole dell'insufficienza del corrispettivo percepito rispetto al valore del bene ceduto — e ciò nonostante si sia determinata al trasferimento della proprietà — e questo abbia posto in essere allo specifico e voluto fine d'arricchire la controparte acquirente della differenza tra il detto valore e la minore entità del corrispettivo.

5. Donazione mista e donazione indiretta: liberalità e scambio nella giurisprudenza.

Dottrina e giurisprudenza annoverano comunemente fra le donazioni indirette, (anche) la donazione mista o *negotium mixtum cum donatione*, overosia quella fattispecie che ricorre quando in un contratto a prestazioni corrispettive viene innestato uno scopo liberale cosicché nell'ambito della medesima operazione economica concorrano, ad un tempo, due diverse cause, quella gratuita e quella onerosa (CARNEVALI, 1997, 570; v. anche *supra*, § 3).

Il *negotium mixtum cum donatione* viene quindi ricondotto alla più generale categoria del negozio indiretto, connotato, come abbiamo in precedenza osservato, dalla utilizzazione di un negozio tipico in vista della realizzazione di uno scopo ulteriore e diverso rispetto a quello proprio del negozio posto in essere e, conseguentemente, si afferma che la forma del contratto deve essere quella richiesta per il negozio adottato e non quella del negozio tipico previsto dall'ordinamento per la realizzazione della causa

liberale, al cui perseguimento è stata piegata la funzione dell'atto concretamente posto in essere (cfr. D'ETTORE, 2001, 149 ss. ed ivi ulteriori riferimenti).

Si tratta, in altri termini, di un atto unitario caratterizzato dal concorso della causa onerosa con l'*animus donandi*, dove il negozio commutativo viene posto in essere dai contraenti per addivinare, in via indiretta, attraverso una voluta sproporzione delle prestazioni corrispettive, ad una finalità ulteriore e diversa rispetto a quella di scambio rappresentata dall'arricchimento, per mero spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore (Cass., 27 febbraio 1986, n. 1286; Id., 7 febbraio 1998, n. 5410; CACCAVALE, 514. Cfr. altresì Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass., 7 giugno 2006, n. 13337; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601).

Secondo il citato orientamento giurisprudenziale la disciplina applicabile a queste forme di liberalità è quella delle donazioni, ma limitatamente alla disciplina della revocazione (artt. 800 ss. c.c.), a quella della riduzione *ex art.* 555 c.c. (per reintegrare la quota dei legittimari lesi) ed alla collazione *ex art.* 737 c.c., mentre, come già accennato, per quanto attiene al regime formale, si sottraggono al requisito dell'atto pubblico.

L'art. 809 c.c., che prevede quali norme, appartenenti alla cosiddetta disciplina materiale della donazione, sono applicabili alle liberalità che risultino da atti diversi, riceve, a tale proposito, un'interpretazione restrittiva, nel senso che alle anzidette liberalità non si applicano tutte le altre norme da esso non richiamate (cfr. D'ETTORE, 2001, 270 ss.; per la giurisprudenza v., in questo senso, pure Cass., 12 novembre 1992, n. 12181, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 114; cfr., altresì, per la dottrina anche VECCHIO, 394). La giurisprudenza citata ha, inoltre, precisato che la mera sproporzione nel sinallagma non realizza, di per sé, un *negotium mixtum cum donatione*, dovendo l'insufficienza del corrispettivo essere devoluta ed orientata al fine di arricchire la parte avvantaggiata; occorre cioè un controllo dell'esistenza dell'elemento soggettivo caratterizzante l'atto liberale, e ciò, soprattutto, al fine di distinguere la donazione mista da altre fattispecie che presentano, rispetto ad essa, elementi di affinità. Ad esempio si è rivelato, talvolta, arduo distinguere lo scopo di liberalità concorrente con un'apparente scopo oneroso, e la medesima "finalità" del riconoscimento di particolari meriti del beneficiario, con ovvie differenti conseguen-

Disciplina applicabile

Controllo causale e scopo negoziale

ze nell'ipotesi di qualificazione della fattispecie come *negotium mixtum cum donatione* ovvero alla stregua di una donazione remuneratoria (cfr., Cass., 21 febbraio 1991, n. 1931, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 2). In senso diverso, GATT, 2003, 655, spec. 664-665, la quale, in modo peraltro non chiaro, distingue la causa non liberale dal risultato di liberalità per poi affermare, dando rilievo all'intento comune — e non equivoco — dei contraenti, che “tale effetto deve essere, tuttavia, parte integrante del complesso effettuale consapevolmente perseguito dalle parti con il contratto posto in essere”. Sulla scorta di questi argomenti che non sembrano particolarmente solidi, l'A. ritiene realizzato “sul piano giuridico” l'interesse liberale solo per la donazione formale mentre, pur rilevando l'arricchimento intenzionale altrui, il contratto a causa non liberale (donazione indiretta *ex art.* 809 c.c.) non sarebbe posto in essere a “titolo” di liberalità “perché in questa espressione il termine liberalità possiede un'accezione causale e non effettuale” (GATT, 2003, 665); in questa prospettiva sarebbe sufficiente, ai fini dell'applicazione della disciplina prevista per la donazione indiretta, l'equivalenza effettuale con il risultato di liberalità derivante da contratti non donativi peraltro qualificati da una volontà, non equivoca, volta a perseguire l'arricchimento altrui tipico della funzione liberale (in tal senso già, invero, BISCONTINI, 1984, 144 ss., 162). È proprio l'art. 809 che, tuttavia, utilizza il termine liberalità nel suo significato più ampio con riguardo alle norme sulle donazioni applicabili “ad altri atti di liberalità”, cioè compiuti anche a titolo di liberalità, da cui deriva l'arricchimento ricevuto dal donatario (direttamente o) indirettamente ma pur sempre “per donazione” come precisa, tra l'altro, l'art. 737 c.c. L'art. 809 c.c. si limita, infatti, a parlare di atti diversi riferendosi ad un termine di raffronto dato dagli atti previsti dall'art. 769 c.c. Dunque, il contratto che è donazione non è “liberalità diversa”, e la diversità va valutata in rapporto alla considerazione normativa degli atti di cui all'art. 769 c.c. (“... quelli previsti ...”) rispetto agli altri atti di liberalità che producono l'arricchimento gratuito. Occorre, quindi, accertare che risulti una diversità rispetto a tali atti, senza dimenticare che atti di liberalità sono anche quelli di cui all'art. 769 c.c. (“atti diversi da quelli ...”).

Effetto
liberale

Criterio
della
prevalenza

La giurisprudenza, in questo quadro sistematico, ha nuovamente affrontato la questione centrale del controllo causale dell'operazione negoziale caratterizzata dalla commistione dei rap-

porti, oneroso e liberale, individuando la disciplina applicabile al *negotium mixtum cum donatione* in forza del criterio della prevalenza. In particolare, secondo il criterio suddetto, non sarebbe richiesta la forma solenne, soltanto qualora risulti la prevalenza dell'attribuzione patrimoniale effettuata in funzione di corrispettivo, o in adempimento di una obbligazione derivante dalla legge o, infine in esecuzione di un'obbligazione naturale (cfr. Cass., 29 maggio 1999, n. 5265, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1219; Cass., 10 aprile 1999, n. 3499, in *Giur. it.*, 1999, I, 2017).

Questa differente soluzione offerta dalla giurisprudenza pare, del resto, maggiormente compatibile con le critiche mosse, da più parti e sotto diversi profili, alla riconduzione del *negotium mixtum cum donatione*, nella fattispecie del negozio indiretto.

Si è infatti osservato che, a ben vedere, se la donazione mista ricorre soltanto qualora l'accordo, sia pure implicito, sull'intento liberale entri a far parte del contenuto, e cioè si inserisca nella struttura del negozio, si deve allora concludere che tale figura non rientra nella categoria della donazione indiretta la quale, al contrario, esclude necessariamente che l'intento di liberalità faccia ingresso nella struttura contrattuale, in guisa da caratterizzarne la funzione (CATAUDELLA, 1970, 16; CARNEVALI, 1997, 502).

Sotto un differente profilo si è poi evidenziato che la stessa donazione indiretta, costituirebbe un facile strumento per aggirare la prescrizione di forma imposta, a pena di nullità, per gli atti di donazione, potendo risultare sufficiente la pattuizione di un corrispettivo irrisorio per poter disapplicare la disposizione dell'art. 782 c.c. (CATAUDELLA, 1970, 159).

In definitiva, si può affermare che la diversità della donazione mista, rispetto agli atti previsti dall'art. 769 c.c., che presuppongono l'assenza di qualsivoglia corrispettivo, non dipende dalla sussumibilità della fattispecie nello schema del negozio indiretto, che sarebbe richiamato dalla definizione delle liberalità atipiche previste dall'art. 809 c.c., ma viene ad emergere dal controllo, caso per caso, della sussistenza di uno scambio effettivo che, pur nella sua parziale gratuità (SCALFI, 1962, 75 ss.; CAREDDA, 273, nt. 62, 278), tenda a conservare il carattere precipuo dell'operazione economica, fondamentalmente non liberale, diretta a produrre effetti sostanziali tendenzialmente riferibili ad un equilibrio contrattuale sufficiente a giustificare proprio l'operatività della funzione sociale ed economica del contratto di scambio (cfr. D'ETTORE, 2001,

Parziale
gratuità

171 ss., ed ivi ulteriori riferimenti). Ne consegue che, considerata la rilevanza di una causa sufficiente di scambio che presuppone una tendenziale equivalenza economica delle prestazioni, la compravendita ad un prezzo inferiore a quello effettivo non integra, di per sé stessa, un *negotium mixtum cum donatione*, essendo, all'uo-
po, altresì necessario non solo la sussistenza di una sproporzione tra prestazioni, ma anche la significativa entità di tale sproporzione, oltre alla indispensabile consapevolezza, da parte dell'alienante, dell'insufficienza del corrispettivo ricevuto rispetto al valore del bene ceduto, funzionale all'arricchimento di controparte acquirente della differenza tra il valore reale del bene e la minore entità del corrispettivo (Cass., 29 settembre 2004, n. 19601. In tal senso "una finalità liberale può assumere le vesti di un contratto, non sembri un paradosso, oneroso", G.B. FERRI, 2003, 83).

Negozi
simulato

Ed infatti, è proprio la differenza tra il prezzo effettivo e il valore di mercato del bene trasferito, consapevolmente voluta, che rappresenta la misura e l'oggetto della liberalità in un contratto unitario di carattere esclusivamente oneroso (Cass., 27 gennaio 2003, n. 1153; Cass., 7 giugno 2006, n. 13337). Si ha, invece, negozio simulato nel caso di contratto apparente diverso dalla volontà delle parti, che intendono in realtà porre in essere un rapporto gratuito, adottando la forma di un contratto oneroso (cfr. anche Cass., 22 giugno 1963, n. 1685; Trib. Napoli, 17 aprile 2007, in *Notariato*, 2007, 4, 379).

6. Corrispettività economica dello scambio e liberalità.

Profilo
economico
del negozio
e funzione
dell'atto

Con riguardo alla donazione mista, la qualificazione della fattispecie attributiva è dunque unitaria, in quanto l'applicazione di un determinato sistema di regole si fonda sulla valutazione di onerosità, che presuppone una specifica indagine sul profilo economico dell'atto, alla quale è legata tuttavia la considerazione funzionale del rapporto che richiede un particolare adeguamento della disciplina prevista in tema di contratto a prestazioni corrispettive. Se si analizza la figura in esame nel concreto svolgersi dell'operazione economica, la compresenza degli elementi di liberalità e di scambio può spiegarsi e dare disciplina al rapporto solo quando si riesce ad individuare una reale controprestazione che giustifica l'attribuzione corrispettiva. La valutazione di corrispettività, in tal caso,

non può non essere condizionata dalla rilevanza concreta del collegamento tra vantaggi e sacrifici, e dalla normale percezione sociale della finalità dell'operazione, che può far assumere, sul piano economico, la funzione di corrispettivo alle reciproche prestazioni palesando un nesso reale di interdipendenza tra le stesse. Lo scambio tra prestazioni che caratterizza la corrispettività, rispetto all'onerosità che ha un più ampio ambito di applicazione, diviene funzione dell'atto che si definisce *negotium mixtum cum donatione* una volta verificata la consistenza economica della controprestazione che si considera corrispettivo dell'attribuzione parzialmente gratuita. Se tale scambio, valutato in base alla nozione di onerosità, non si realizza pienamente sul piano economico, appare chiaro che l'attribuzione di maggior valore non può ritenersi legata da un nesso di interdipendenza alla controprestazione, che non assume quindi la funzione di corrispettivo, per cui occorre verificare, in concreto, se la gratuità dell'attribuzione è solo apparentemente parziale, o invece la sproporzione di valori è tale che la gratuità oggettiva dell'atto non permette alcuna valutazione di corrispettività dell'operazione negoziale realizzata dalle parti.

È agevole intendere che, in tale ordine di idee, la sufficienza dello scambio a fondare l'attribuzione patrimoniale solo parzialmente gratuita, consente di applicare la disciplina dettata dall'onerosità dell'atto (cfr. CATAUDELLA, 1970, 131 ss.), seppur adeguata dalla concorrente applicazione della disciplina prevista per gli atti diversi dal contratto di donazione, potendo trovare la liberalità "diversa" fondamento anche in un contratto a prestazioni corrispettive, non definendo l'art. 809 c.c. un tipo negoziale da contrapporre ad altri schemi tipici.

Non si dovrebbe, pertanto, necessariamente porre un conflitto di norme ricavabili dallo schema negoziale oneroso e da quello donativo, da risolvere mediante il ricorso al criterio della prevalenza in tutti i casi in cui le norme dell'uno e dell'altro "tipo" si dimostrino inconciliabili, anche se tale criterio potrebbe apparire utile quando il concorso di norme non giustifichi un'applicazione riservata di una parte della disciplina ad uno degli elementi della fattispecie (così impedendosi il completo adeguamento della disciplina effettuale all'operazione economica descritta dal tipo).

Se non si pone una contrapposizione tra tipi, il possibile conflitto di norme appare prospettabile solo in ipotesi marginali, e comunque deve risolversi dando prevalenza ad una o all'altra schie-

Nucleo
essenziale di
norme
applicabili

ra di disposizioni, tenuto conto del nucleo essenziale di norme che si applicano alle liberalità comunque realizzate. Non possono, in questa prospettiva, essere trattate in modo diverso fattispecie identiche con riferimento agli aspetti dell'operazione che risultano coincidenti e pongono le medesime esigenze di tutela, in particolare quando deve trovare applicazione un nucleo essenziale di norme che caratterizzano gli atti di liberalità diversi dal contratto di donazione. Lo stesso principio di coerenza sistematica richiede, una volta riconosciuta l'ammissibilità della figura negoziale in esame, quale che sia la configurazione della fattispecie, di dare rilevanza agli elementi tipici che appaiono coincidenti, nella struttura complessa dell'operazione, rispetto agli effetti perseguiti mediante il tipo negoziale che costituisce il modello di liberalità. Dare coerenza al trattamento giuridico dell'operazione negoziale, significa prevenire l'insorgere di antinomie o conflitti tra norme, escludendo dal campo di applicazione di una norma fattispecie che sono già disciplinate in modo incompatibile da altre norme, ovvero includendo in una specifica previsione, fattispecie che mostrano tratti distintivi comuni, tenuti presenti dalla norma a fondamento della sua *ratio* applicativa generale che non consente di far ricorso ad una disposizione confliggente apparentemente applicabile. L'atto, infatti, realizza in parte un assetto di interessi voluto dai contraenti che presenta aspetti perfettamente assimilabili alla fattispecie concreta che viene regolata, da un lato, da alcune norme caratterizzanti il tipo donativo, dall'altro, da particolari disposizioni che disciplinano le liberalità diverse, ponendosi esigenze di tutela oggetto di una disciplina imperativa che il ricorso ad uno schema tipico diverso dal modello contrattuale di liberalità (art. 769 c.c.) non consente di eludere. Così i singoli aspetti devono essere regolati tenendo conto delle norme da applicare, necessariamente, anche in funzione della loro *ratio* generale (*ex art.* 809 c.c.), e delle norme che si rivelano, per altro verso, essenziali nel concorso con altre disposizioni, e ciò in base alle esigenze di tutela ad esse sottese che devono trovare prevalente considerazione per garantire un trattamento giuridico, reso coerente, ed essenzialmente eguale a quello previsto per le fattispecie che producono, per volontà delle parti, seppur con modalità attuative diverse, i medesimi effetti (in questo senso anche GATT, 2003, 664, 686 ss.; SICCHIERO, 128). Si assegna alla disposizione dell'art. 809 c.c., adeguabile agli effetti della liberalità mista, un ambito limitato all'ap-

Coerenza
del
trattamento
giuridico

Disciplina
dell'effetto
liberale

plicazione delle norme in essa contenute e richiamate concernenti la revocazione e riduzione delle donazioni cui si aggiunge l'obbligo di collazione previsto dall'art. 737 e senza necessità del requisito formale previsto dall'art. 782 c.c. per la donazione tipica. Le altre disposizioni che rispondono alla *ratio* generale di tutela dell'art. 809 c.c. e si rivelano di applicazione necessaria, sono quelle in tema di incapacità a ricevere per donazione (C. SCOGNAMILGIO, *La capacità di disporre*, 1994, 255 ss.; Id., *La capacità di ricevere*, 1994, 291 ss.), che rientrano tra le norme cd. materiali che impediscono altrimenti facili frodi alla legge, mentre per quelle concernenti la capacità di disporre, va detto che il criterio della prevalenza dovrebbe consentire, in taluni casi, l'applicazione dello stesso art. 775 c.c. anche per la liberalità realizzata mediante il contratto a prestazioni corrispettive, determinandosi l'annullamento dell'atto senza richiedere i rigorosi requisiti (grave pregiudizio negli atti unilaterali, ma pregiudizio e malafede per i contratti) dettati dall'art. 428, co. 2, c.c. (e dall'art. 1425 c.c.). Anche il disposto dell'art. 777 c.c., che vieta le donazioni fatte da rappresentanti di persone incapaci, appare applicabile alle liberalità diverse dal contratto di donazione, per impedire che mediante l'uso di schemi tipici, funzionalmente strumentali ad impoverire il patrimonio del rappresentato, si raggiungano finalità identiche a quelle colpite dalla norma imperativa con riferimento alle "donazioni" e comunque venga realizzata la "liberalità", escluse quelle fatte, con le forme abilitative richieste, in occasione di nozze a favore dei discendenti dell'interdetto o dell'inabilitato (art. 777, co. 2, c.c.). Di applicazione necessaria si rivela la stessa disposizione di cui all'art. 437 c.c., che impone soggettivamente al "donatario", qualunque sia la fonte della liberalità, l'obbligo di prestare gli alimenti al donante nei limiti previsti dall'art. 438, co. 3, c.c. trovando del resto giustificazione l'obbligazione nel "diritto alla vita dell'alimentando", espressione del dovere inderogabile di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost. (BISCONTINI, 1984, 194). Gli atti di liberalità con qualsiasi mezzo attuati devono, inoltre, essere assoggettati alle disposizioni in tema di revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) e possono essere ritenuti inefficaci se ricorrono le condizioni previste dall'art. 64 l. fall. (TORRENTE, 1956, 66; cfr., in argomento, Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in *Fallimento*, 2008, 6, 716), tenendo presente che nel caso di applicazione dell'art. 2901 c.c., se il negozio misto con donazione è caratterizzato dall'onerosità, la revocatoria è pos-

Il disposto
dell'art.
777 c.c.

sibile solo una volta dimostrato il *consilium fraudis* (art. 2901, co. 1, n. 2) (NICOLÒ, 239. Cfr., D'ERCOLE, 158; BISCONTINI, 1984, 198 ss.; cfr. Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325).

Le norme applicabili

Si tratta, in altri termini, di verificare in concreto, secondo i criteri sopra accennati, nel delicato equilibrio emergente dall'analisi della disciplina degli atti donativi, quali norme si applicano in via riservata e necessaria alla fattispecie che mediante prestazioni corrispettive realizza una finalità liberale come risultato di una libera scelta delle parti — voluta nell'ambito dell'esercizio dei loro poteri di autonomia, comunque limitati dal giudizio di compatibilità di alcune finalità dell'atto, strumentalmente perseguibili, con la disciplina delle liberalità —, e quali norme invece seguono la descrizione legale del tipo, che appare adeguato a disciplinare il negozio concretamente posto in essere secondo una struttura del tutto diversa, riferibile ad una reale funzione di scambio (D'ETTORE, 2001, 185 ss.; VILLANI, 2019. Cfr. PALAZZO, 2002, 245; RESCIGNO, 1998, 61; TRINGALI, 2004; PALAZZOLO, 2004, 32 ss.; CACCAVALE, 514; ALCARO, 1059).

7. Le norme applicabili in funzione del titolo oneroso dell'attribuzione.

La schiera di disposizioni applicabili ai contratti onerosi è invece caratterizzata dall'esigenza di risolvere particolari problemi normativi posti dalla presenza di correlativi vantaggi e sacrifici economici. La distinzione degli atti gratuiti da quelli onerosi in particolare rileva: *a*) per delimitare la tutela accordata al terzo acquirente e per risolvere il conflitto tra soggetti che vantano diritti incompatibili su una medesimo bene o per risolvere il conflitto tra creditori e acquirenti del debitore (artt. 534, 1445, 2038, 2652 n. 5-6-8, 2690, n. 3-5, 2901 c.c.; artt. 64 e 67 l. fall.; artt. 192 e 193 c.p.); *b*) per determinare i limiti di responsabilità o di garanzia tra le parti e la specifica disciplina del rapporto (artt. 789, 797, 798, 1266, 1710, 1725, 1681, co. 3, 1768, co. 2, 1812, 1816, 1821, co. 2, 1862, 1877, 1881, 2866 c.c.; art. 413 c. nav.); *c*) per la rilevanza dei motivi o per la disciplina dell'errore (artt. 800, 801, 809, 787, 788, 1428, 1429, 1431 c.c.); *d*) per la scelta del criterio interpretativo (art. 1371 c.c.). La qualificazione del negozio come contratto a prestazioni corrispettive, che costituisce una specie

dell'atto a titolo oneroso, comporta, inoltre, l'applicazione "in dipendenza della sua particolare struttura e pertanto in linea esclusiva, della normativa dettata in tema di cessione del contratto (art. 1406 ss.), risoluzione per inadempimento (art. 1453 ss.), per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 ss.), per eccessiva onerosità (art. 1467), eccezione di inadempimento (art. 1460, cfr. anche art. 1461), rescissione del contratto (art. 1447)" (CATAUDELLA, 1991, 138-139. Cfr. BISCONTINI, 1984, 62).

Con riguardo alla donazione mista, si è perciò prospettata la potenziale applicabilità della normativa sia del titolo oneroso che del titolo gratuito; in particolare potrebbero essere estese a tale liberalità indiretta tutte le disposizioni dettate per la donazione salvo il caso in cui si prospetti un conflitto con norme previste "per i contratti a prestazioni corrispettive, la cui risoluzione porti a far prevalere queste ultime" (CATAUDELLA, 2005, 63-64. In argomento vedi *supra*, § 6).

8. Opposizione alla donazione e liberalità atipiche.

A seguito della legge di conversione del cosiddetto "decreto legge sulla competitività" (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80) è stato introdotto (art. 2, co. 4-*novies*, del d.l. 35/2005) un nuovo comma (che diventa il quarto e ultimo comma) nell'art. 563 c.c., che introduce nel nostro ordinamento il nuovo istituto dell'atto stragiudiziale di opposizione alla donazione notificato e trascritto nei confronti del donatario al fine di sospendere il decorso del termine di venti anni dall'eseguita donazione oltre il quale il legittimario perde il diritto di agire con azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti degli immobili donati, aventi causa dal donatario (o dall'erede o loro aventi causa) quando sia stata pronunciata, contro il donatario, la riduzione per reintegrare la quota riservata ai legittimari e sia stato escusso inutilmente il patrimonio del donatario medesimo. È da ritenere che, stante il disposto dell'art. 809 c.c., l'opposizione alla donazione, fatta dal coniuge e dai parenti in linea retta, nei confronti del donatario possa riguardare anche le donazioni indirette e le donazioni miste, anche se dovendosi trascrivere l'opposizione nei registri immobiliari relativamente ad una "donazione" in precedenza trascritta, occorre prima procedere giudizialmente — sia che si tratti di donazione indiretta, che di liberalità mista o

Atto stragiudiziale di opposizione

Donazione indiretta e mista: accertamento giudiziale

simulata — a far accertare la natura gratuita, ancorché parziale, dell'attribuzione negoziale che non risulta, in base alla trascrizione, avere carattere direttamente donativo. Ration per cui l'azione giudiziale potrebbe essere esperita mentre è ancora in vita il donante avendo quale sua finalità non tanto la proposizione dell'azione di riduzione (proponibile dopo la morte del donante) quanto invece la possibilità di trascrivere l'atto di opposizione rivolto contro un negozio sostanzialmente donativo. Potrebbe, in tal senso, farsi ricorso alla norma di cui al co. 1 dell'art. 1415 c.c., che dichiara l'inopponibilità della simulazione (nel nostro caso anche della donazione indiretta) ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione fatta per consentire la successiva trascrizione dell'atto di opposizione alla donazione (Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5809/C, *L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.)*, approvato dalla Commissione studi civilistici il 21 luglio 2005, http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti; cfr., altresì, BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione*, 2006, 13, secondo il quale la questione da approfondire è "se la 'opposizione' sia proponibile anche contro le donazioni 'indirette' o 'dissimulate' — 'dietro' un atto non donativo — e quindi, conseguentemente, di verificare il tema della trascrivibilità di una tale 'opposizione' nei Registri Immobiliari"); anche se pare sufficiente procedere con un'azione di mero accertamento della sostanza dell'atto trascritto ad esempio dal venditore mediante contratto oneroso parzialmente gratuito, considerato l'interesse ad agire da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante ai fini della valida opposizione *ex art. 563, co. 4, c.c.* (ma cfr. in argomento, DELLE MONACHE, *Liberalità*, 2006, 1 ss.; ID., *Tutela*, 2006, 295 ss.; ID., 2008, 48 ss., 103 ss.; IEVA, 165 ss.).

Accertamento della parziale gratuità

L'opposizione, infatti, deve riguardare una donazione vera e propria e non può trasciversi avverso un atto oneroso se non previo accertamento almeno della sua parziale gratuità in senso liberale, e ciò al fine precipuo, idoneo a legittimare la preliminare azione di accertamento della donazione indiretta, di sospendere il termine ventennale trascorso il quale il legittimario, leso nella sua quota di legittima ed escusso inutilmente il patrimonio del donatario, non può più agire con l'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario o dall'erede (o loro aventi causa).

Peraltro l'azione giudiziale di accertamento, specialmente volta ad acclarare il carattere donativo dell'attribuzione, potrebbe essere proposta contestualmente all'opposizione alla donazione e con il medesimo atto introduttivo del giudizio di accertamento, in quanto pur qualificando l'art. 563, co. 4, c.c. come stragiudiziale l'atto di opposizione non vi sono ragioni che ostano alla comunicazione della volontà dell'opponente mediante la notificazione della domanda giudiziale di accertamento che consente di raggiungere i medesimi effetti sostanziali di natura sospensiva con riguardo ad una controversia avente ad oggetto la preliminare verifica della natura dell'atto trascritto dal presunto donatario.

Tuttavia, il ricorso cui si accennava all'art. 1415, co. 1, c.c. per la declaratoria della simulazione avrebbe, in questa sede, una sua giustificazione quale ausilio richiesto per ottenere il pieno accertamento della natura sostanziale dell'atto trascritto oggetto dell'opposizione di cui all'art. 563, co. ult.: si sottolinea, infatti, la notevole difficoltà, sul piano pratico, di distinguere la donazione indiretta dalla simulazione relativa al punto che alcuni autori avevano già evidenziato un'analogia strutturale tra i due fenomeni, una loro affinità sul piano genetico che non consentirebbe una rigida separazione concettuale tra negozio simulato e negozio indiretto (PUGLIATTI, 254, 256, 259; BETTI, 328; AURICCHIO, 162 ss.; sulla distinzione e per ulteriori riferimenti anche bibliografici, si veda D'ETTORE, 1996, 142 ss.; cfr., GRANELLI, 393 ss.). Ed anzi proprio l'introduzione della nuova figura dell'opposizione alla donazione potrebbe favorire o accentuare condotte elusive dirette ad impedire al coniuge ed ai parenti in linea retta del donante di avvalersi degli effetti sospensivi di cui all'art. 563, co. 4, c.c. Anche la giurisprudenza, con riguardo alla donazione indiretta, ha stabilito, ancorché in una fattispecie particolare, che incombe alla parte che intenda far valere in giudizio la simulazione relativa, "nella quale si tradurrebbe il *negotium mixtum cum donatione*", l'onere di provare sia la sussistenza di una sproporzione di significativa entità tra le prestazioni, sia la consapevolezza di essa e la sua volontaria accettazione da parte dell'alienante in quanto indotto al trasferimento del bene a tali condizioni dall'*animus donandi* nei confronti dell'acquirente (Cass., 29 settembre 2004, n. 19601). Per ogni diversa ipotesi di liberalità atipica (non donativa) negoziale, può altresì configurarsi l'ammissibilità della domanda di accertamento della causa liberale "sottesa allo strumento negoziale

Natura
dell'atto
trascritto
oggetto di
opposizione

Liberalità
atipica/non
donativa

atipico” esperita “al solo fine di proporre l’opposizione (*id est*: a fondare l’interesse ad agire in tal senso)” nei confronti della donazione indiretta (AMADIO, 2008, 19).

Per quanto concerne la forma dell’opposizione la norma in esame non contiene una specifica prescrizione, ma dovendo l’atto essere notificato, ed in particolare trascritto, è da ritenersi che sia richiesta la forma scritta per la sua validità, ed ai fini della trascrizione la forma idonea allo scopo, cioè quella della scrittura privata autenticata o dell’atto pubblico (art. 2657 c.c.).

È da notare che l’opposizione alla donazione produce il medesimo effetto sospensivo del termine ventennale di cui all’art. 561 c.c. con riguardo all’efficacia dei pesi ed ipoteche di cui il donatario ha gravato gli immobili.

L’opposizione perde effetto se non è rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione. Per tutte le donazioni, sia anteriori sia successive all’entrata in vigore della l. 80/2005 (15 maggio 2005), la stabilità dei diritti dei terzi sarebbe pienamente tutelata una volta decorsi i venti anni dalla donazione stessa (o, ai fini dell’art. 561 c.c., sua trascrizione); cfr., in argomento, BUSANI, *L’atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4º, cod. civ.)*, 2006, 255.

Il diritto all’opposizione è comunque personale e rinunciabile (art. 563, co. 4, c.c.; BUSANI, 2007, 13).

9. L’obbligazione modale e l’attribuzione corrispettiva ad effetti liberali.

La dottrina ha da tempo messo in luce la rilevanza, sul piano della qualificazione della fattispecie negoziale, del rapporto che può porsi tra intento di scambio ed intento di liberalità in tutti quei casi ove la funzione economica dell’atto risulta condizionata da specifiche determinazioni volitive dirette a comporre, in modo complesso, gli effetti finali dell’operazione contrattuale. In particolare, nel caso di controprestazione di carattere tipicamente economico, si ritiene oneroso l’atto quando il valore oggettivo delle due prestazioni è pressoché uguale, viceversa, l’eventuale eccessiva sproporzione tra le prestazioni, nonostante l’intento di scambio, imporrebbe la qualifica di donazione e la relativa forma (cfr., GORLA, 109-110).

Nella valutazione del rapporto tra donazione modale e corrispettività, si distingue invece lo scambio quale requisito per il riconoscimento giuridico dell'accordo (cioè del nudo patto sostenuto dal c.d. *vestimentum* dato da una "*cause suffisante*"), e lo scambio quale realizzazione di uno scopo negoziale concreto (CARNEVALI, 1969, 184 ss.). La forma della donazione, in questa prospettiva, darebbe fondamento al patto in quanto lo schema formale-causale della liberalità tipica, anche con riferimento alla donazione modale, non farebbe assurgere in concreto lo scambio a *cause suffisante*, mentre sarebbe la corrispettività eventuale della donazione *cum onere* a far emergere l'effettivo scambio tra le prestazioni del donante e dell'onerato. Si osserva, tuttavia, che "se le parti vogliono che gli effetti del negozio siano in funzione gli uni degli altri non si spiega perché, di là da una soluzione precostituita, questo scambio, a contenuto necessariamente patrimoniale, non sia sufficiente a dare un *vestimentum* adeguato sì da superare lo schema formale-causale della donazione" (BISCONTINI, 1984, 96-97). La stessa donazione modale, per la quale è prevista dalle parti la risoluzione per inadempimento quale clausola espressa dell'atto di donazione (art. 793, co. 4, c.c.), se viene comunque considerata per definizione gratuita (CARNEVALI, 1969, 186), non sembra poter sfuggire alla concreta valutazione della rilevanza qualificativa degli scopi in concreto perseguiti rispetto allo schema formale-causale adottato.

Donazione modale e corrispettività

L'effettività di un'operazione economica di scambio, colta mediante la valutazione legale della funzione dell'intero negozio (G.B. FERRI, 1965, 167), non consente la differenziazione tra scambio soggettivamente ed oggettivamente idoneo a giustificare, da un lato, l'accordo sulla corrispettività delle attribuzioni reciproche, e, dall'altro, la corrispettività perseguita quale scopo di un contraente che determina uno scambio economico-giuridico "compreso" e definito da uno schema formale-causale, come quello donativo, inconciliabile con la corrispettività, ma ritenuto sufficiente a fondare l'attribuzione liberale. Se l'intento delle parti è solo quello di scambio, e ad esso si vuole fare riferimento per assegnare un ruolo qualificativo alle concrete ragioni dell'attribuzione patrimoniale, allora l'inconciliabilità tra donazione modale e corrispettività dovrebbe giustificare la valutazione della controprestazione sul piano della sua specifica influenza per la fattispecie causale, assegnando all'operazione economica, effettivamente

Intento delle parti: rilevanza

realizzata, il *vestimentum* sufficiente ad escludere il necessario formalismo dell'attività negoziale puramente liberale.

Lo stesso intento liberale può ritenersi escluso dall'effettività dello scambio nell'ipotesi di eccedenza del valore dell'attribuzione, direttamente o indirettamente, posta a carico del beneficiario della prestazione gratuita ritenuta principale. Se, pertanto, in via generale, l'adempimento della controprestazione, pur essendo stata la ragione unica e determinante dell'attribuzione principale (arg. *ex art.* 793 c.c.), consista ad es. in un onere non superiore per valore alla disposizione gratuita, la sussistenza della liberalità (donazione modale) va desunta alla stregua dell'*animus donandi*. In tal senso, si ritiene (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 33-34) che la gratuità od onerosità del negozio dipenda, rispettivamente, dall'accessorietà o meno della prestazione richiesta al beneficiario dell'attribuzione c.d. principale; per cui sarà gratuito il titolo della donazione modale ed oneroso, invece, quello del c.d. *negotium mixtum cum donatione*. Occorre, comunque, tener conto del dato economico che “deve essere considerato dall'interprete come rivelatore del programma effettivamente voluto dai soggetti” (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 29, nt. 65), per verificare “l'oggettiva sproporzione tra l'attribuzione del donante e l'entità economica dell'onere imposto al donatario” (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 30), da cui dipende la qualificazione stessa di accessorietà o meno della prestazione a carico del beneficiario dell'attribuzione, *prima facie*, ritenuta “principale”. Può dunque risultare difficile, nel caso che l'adempimento del *modus* vincoli il donatario all'esecuzione di prestazioni di valore pari al beneficio ricevuto, sostenere la gratuità dell'atto e la rilevanza dell'intento liberale, in quanto la reciprocità dei vantaggi porta ad attribuire carattere di onerosità all'atto, tenuto conto della corrispondenza oggettiva dei valori che tende ad escludere la gratuità della disposizione principale (D'ETTORE, 1996, 94), privando di effettività l'intento liberale dichiarato a fondamento dell'attribuzione (cfr., PALAZZO, *Donazione*, 1991, 151, e, sempre dello stesso Autore, *Le donazioni*, 1991, 36-37).

Accessorietà
della
prestazione

Valore
dell'onere

“Se il valore dell'onere è contenuto entro quello del bene trasferito (art. 793, co. 3) o dell'obbligo assunto dall'obligato principale, caso analogo ma non espressamente previsto dall'art. 794, si può far ricorso alla (donazione) modale, se viceversa il valore del bene trasferito sia inferiore al sacrificio che comporta l'onere, senza peraltro cadere nella lesione, è necessario ricorre-

re a congegni contrattuali diversi dalla donazione” (PALAZZO, *Atti gratuiti*, 2000, 146-147). L’accessorietà del *modus* viene, infatti, colta nella presenza di un “peso economico di segno contrario all’attribuzione donativa ma decisamente contenuto e non comparabile su di un piano di equivalenza oggettiva a quest’ultima”, per cui è da ritenersi che anche il *negotium mixtum cum donatione* concretizzi un oggettivo squilibrio delle prestazioni (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 30-31; cfr. CARNEVALI, 1997, 508), come del resto avviene per la stessa donazione modale, seppur a favore, in questo caso, della liberalità non comparabile al *modus* in base alla sproporzione di valori palesata dall’utilizzo di criteri di valutazione rimessi al giudizio di equivalenza oggettiva.

La non accessorietà, in questa prospettiva, è pertanto ricostruibile, sempre in base a parametri oggettivi, anche se non è facile comprendere quando il peso economico sia da considerare decisamente contenuto e, quindi, qualificabile come *modus* accessorio, e quando invece possa ritenersi economicamente tale da giustificare una qualificazione di onerosità, dovendosi, in entrambi i casi (donazione modale e *n.m.d.*), a fronte di una sproporzione di valori, considerare non equivalenti, su un piano oggettivo, le prestazioni eseguite. A tal riguardo non ci si può sostanzialmente affidare alla sola valutazione dell’entità economica della prestazione — richiesta al beneficiario dell’attribuzione che si presume “gratuita” e principale — ai fini della qualificazione di accessorietà, da cui dipenderebbe la presenza di un *modus* ovvero di un contratto oneroso qualificabile come negozio misto. In realtà occorre, di volta in volta, accertare se l’imposizione di un peso al beneficiario assuma la funzione di corrispettivo o costituisca, invece, una mera modalità di attribuzione del beneficio che limita la liberalità imponendo l’onere come causa “secondaria” (MARINI, 81 ss.), o ancora se possa ravvisarsi, nella singola fattispecie, una simulazione parziale del prezzo.

Non è tuttavia facile verificare, al di là delle affermazioni volte a ricercare astrattamente criteri distintivi, la sussistenza di un “nesso necessario — obbligatorio o condizionale — tra l’attribuzione disposta a favore di altri ed una prestazione di ritorno” (MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 25) che qualificerebbe gli atti onerosi (sempre che non riveli, al contrario, la “prestazione di ritorno” un carattere meramente accessorio ponendosi quale elemento accidentale di negozi che rimangono gratuiti). In concreto, l’accessorietà valutata

Parametri
oggettivi

Funzione
economica
dell'atto

sul piano economico delle conseguenze dell'esecuzione della prestazione, oltre a continuare a riproporre il rapporto tra criteri di equivalenza soggettiva ed oggettiva tra le attribuzioni, consente diverse opzioni qualificative confermando la necessità di verificare le concrete ragioni giustificative delle differenti fattispecie negoziali, tenendo conto della reale funzione economica e dei caratteri specifici dello scambio giuridico realizzato dai contraenti che spesso si avvalgono di varie, ed alternative, tecniche stipulatorie (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 13 ss., 34 ss., 38 ss.), e di strumenti negoziali ove la compresenza di numerosi e divergenti elementi caratterizzanti non fornisce sicuri criteri distintivi riferibili a rigidi schemi di identificazione tipologica della fattispecie.

Si tende perciò a dare rilevanza al profilo economico per la stessa qualificazione delle fattispecie di natura mista diversamente realizzate in base a tecniche negoziali anche complesse. D'altra parte, quando emerge un interesse economico incompatibile con l'intento liberale che si realizza quale atto di adempimento, in quanto oggetto di un *modus* apposto alla donazione, occorrerà verificare la sola accessorietà della clausola e la mancanza di equivalenza e di correlazione tra le attribuzioni, avendo la donazione modale una struttura caratterizzata da una fondamentale causa di liberalità (Cass., 24 febbraio 1968, n. 632).

La considerazione del valore dell'onere può essere dunque utile al fine di stabilire se si è in presenza di una donazione modale, o se la fattispecie ritenuta mista debba essere ricondotta ad altro schema legale caratterizzato dalla corrispettività, anche se l'onere può eguagliare o addirittura superare il valore del bene donato (art. 793 c.c.), o costituire il solo motivo determinante dell'attribuzione, per cui la qualificazione di contratto a prestazioni corrispettive potrebbe essere riconosciuta anche alle liberalità *cum onere* (cfr. CARNEVALI, 1969, 121 ss., 142 ss. *Contra*, CATAUDELLA, 2005, 119, per il quale la donazione modale è contratto bilaterale "cioè con prestazioni a carico di entrambe le parti, ma non contratto a prestazioni corrispettive"). La dottrina appena citata distingue, in ogni caso, l'ipotesi ove l'adempimento del *modus* costituisca l'unico motivo determinante del trasferimento, che consentirebbe di qualificare la donazione modale come contratto a prestazioni corrispettive assoggettabile alla disciplina della risoluzione *ex art.* 1453 c.c, dalla diversa situazione che emerge quando l'intento di arricchire abbia natura preminente e l'adempimento

Modus:
unico
motivo
determi-
nante

dell'onere, invece, carattere accessorio quale prestazione secondaria e marginale la cui risoluzione dipenderebbe esclusivamente dall'espressa previsione di una clausola risolutiva in caso di inadempimento *ex art. 793, co. 4, c.c.* (cfr. anche PALAZZO, *Atti gratuiti*, 2000, 145. *Contra*, da ultimo, MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 26, nt. 62; BISCONTINI, 1984, 78, invece, afferma "l'autonomia del contratto a prestazioni corrispettive rispetto alla donazione modale, e ciò anche allorché il *modus* sia l'unico motivo determinante dell'attribuzione"; v. altresì, MARINI, 271 ss.). Il ricorso alla donazione modale, in tale prospettiva, "comporta che nell'ipotesi di onere gravoso, ma contenuto ai sensi dell'art. 793, sia necessaria la previsione della clausola risolutiva o che risulti dall'atto che l'adempimento dell'onere sia la ragione principale dell'attribuzione. Previsione che non è necessaria nel caso di onere inferiore per valore all'entità dell'attribuzione principale" (PALAZZO, *Atti gratuiti*, 2000, 147).

Lo stesso art. 793 c.c. fornisce indici di valutazione rilevanti, in quanto il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata (art. 793, co. 2), e perciò l'eventuale sproporzione non impone al "donatario" l'esecuzione, dovendosi verificare — tenute presenti le due ipotesi prospettabili in base alla disposizione qui citata — per poter eventualmente escludere, in concreto, il carattere modale dell'attribuzione ritenuta secondaria, la compatibilità dell'intento liberale con l'equivalenza oggettiva delle prestazioni o con la permanenza di un intento di scambio che lega la possibile sproporzione di valori ad una controprestazione pecuniaria di minore contenuto (appunto ad un corrispettivo inferiore all'effettiva valenza economica del bene trasferito).

Questa impostazione del problema consente altresì di determinare alcuni criteri distintivi tra donazione mista e donazione modale. Appare opportuno, peraltro, differenziare una serie di possibili ipotesi, che vanno dalla presenza di una sproporzione rilevante tra le attribuzioni o di essenziale equivalenza fra le stesse, fino ai casi nei quali la donazione si definisce modale ed è caratterizzata dall'espressa previsione della risoluzione per inadempimento dell'onere, ovvero connotata dal fatto che il *modus* costituisca il motivo determinante del contratto. L'accessorietà del *modus*, quale congegno scelto dalle parti per realizzare i possibili motivi dell'attribuzione (PALAZZO, *Atti gratuiti*, 2000, 145 ss., 239

Criteri
distintivi

ss., 256 ss., 264 ss.), può rendersi più evidente nell'ipotesi di rilevante sproporzione ove appare prevalente l'attribuzione fatta per spirito di liberalità, rispetto a quella considerata secondaria e diretta a limitare il beneficio ricevuto, palesandosi un nesso di dipendenza unilaterale dell'onere rispetto all'attribuzione liberale (BETTI, 72-73. Cfr., in senso analogo, TORRENTE, 1956, 278. *Contra*, PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 389).

L'eventuale equivalenza oggettiva pone, invece, particolari problemi di precisa individuazione della fattispecie causale rilevante, considerando che il donatario può essere tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti di valore della cosa donata (art. 793, co. 2, c.c.), anche se occorre fare riferimento all'effettiva ragione giustificativa dell'attribuzione per verificare la compatibilità tra il presunto intento liberale ed il perseguimento di finalità di scambio effettivamente realizzate mediante reciproche attribuzioni. La stessa fattispecie prevista dall'art. 793, co. 4, c.c., che concerne la previsione nell'atto di donazione della risoluzione per inadempimento dell'onere, potrebbe portare tale ipotesi fuori dall'ambito della donazione, in quanto ciascuna attribuzione sarebbe causa dell'altra (BISCONTINI, 1984, 92), ma anche qui occorre valutare, in concreto, l'accessorietà del *modus* nel suo rapporto con la stessa rilevanza economica della prestazione ritenuta principale (cfr., seppur con diversi percorsi argomentativi, CARNEVALI, 1969, 186; MARINI, 81 ss., 257 ss.). Se le parti intendono porre in essere una liberalità, affidando all'onere il carattere di causa secondaria dell'attribuzione (GORLA, 107 ss.), appare evidente che la valutazione di compatibilità dell'intento liberale con il concreto adempimento (anche sul piano delle conseguenze economiche) del *modus* rispetto alla rilevanza dell'attribuzione donativa, non resta esclusa da una eventuale finalità ulteriore di ritorno economico che utilizza, per realizzarsi, il mezzo tecnico dell'obbligazione modale.

L'accettazione del *modus* apposto alla donazione (cfr. PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 383) può infatti essere qualificata da un interesse, patrimoniale o non patrimoniale (art. 1174 c.c.), dello stesso donatario che si compone nell'accordo sulla gratuità dell'attribuzione liberale (cfr. CATAUDELLA, 2005, 118-119) che rimane prevalente con riguardo all'adempimento dell'onere che grava sulla donazione (cfr. GRASSI, 109, il quale altresì non esclude che il *modus* possa consistere in una liberalità del donatario a favore

Accordo
sulla gratuità

del beneficiario dello stesso onere). Laddove, infine, il *modus* costituisce motivo determinante del contratto, non per questo la valutazione normativa deve essere quella riconosciuta ad analoga prestazione che si ponga in funzione di corrispettivo (BISCONTINI, 1984, 175-176). In tal senso, tenendo comunque conto del profilo economico della fattispecie, può dirsi che la donazione mista, intesa come compravendita con intento di liberalità, costituisce contratto di scambio caratterizzato dalla corrispettività che manca invece nella donazione modale (BISCONTINI, 1984, 176, che richiama una tesi già sostenuta da SCALFI, 1962, 75). Questo indirizzo è stato in parte seguito dalla giurisprudenza che ha utilizzato criteri specifici di valutazione globale della disposizione modale (cfr. Cass., 22 giugno 1994, n. 5983, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1294, con nota di DE MICHEL, ed in *Giust. civ.*, 1995, I, 2805, con nota di MARTUCCELLI), distinguendo il profilo della corrispettività dal motivo unico e determinante dell'attribuzione gratuita (Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, in *Foro it.*, 1983, I, 756) che non snatura il carattere liberale dell'atto, e dunque la consistenza stessa dell'attribuzione che realizza l'arricchimento, ma si compone nell'accordo sulla gratuità dell'attribuzione principale senza mutare la funzione, economica e giuridica, immediata della donazione. Né ci pare che possa in contrario sostenersi la sinallagmaticità delle prestazioni e, quindi, l'applicabilità dell'art. 1453 c.c., quando il *modus* costituisca l'unico motivo determinante dell'attribuzione (CARNEVALI, 1969, 120 ss.; GRASSETTI, 77 ss.; cfr. PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 366-367, il quale tuttavia aderisce, successivamente, alla tesi dell'autonomia del *modus*, PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 391-392).

L'art. 794 c.c. deve infatti coordinarsi con la norma di cui all'art. 793, co. 4, in quanto la semplice rilevanza di un motivo determinante non comporta la risoluzione del contratto se la stessa non è stata espressamente prevista nell'atto di donazione (cfr. MARINI, 271 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 26, nt. 62; CATADELLA, 2005, 119-120). Si tratta di specifiche disposizioni che individuano ambiti normativi diversi, disciplinando, appunto, in modo differente fattispecie non eguali: nell'un caso si richiede per l'esperibilità, in via eccezionale, del rimedio risolutivo previsto per i contratti a prestazioni corrispettive, una specifica clausola oggetto della convenzione delle parti inserita nell'atto di donazione (art. 793, co. 4, c.c.), nell'altro, si disciplina l'onere illecito o impossibile, dal quale si desume la rilevanza del moti-

Artt. 793, co.
4, 794, c.c.:
Ambiti
applicativi

vo unico determinante costituito dall'adempimento del modo (art. 794 c.c.). In questa prospettiva non pare possibile — utilizzando argomenti interpretativi che tendono ad ampliare la portata applicativa delle due norme — creare, sostanzialmente, una norma implicita trattando in modo eguale due fattispecie diverse, per applicare ad esse ora l'una, ora l'altra delle due disposizioni, con ulteriori due conseguenze: di ritenere solo marginali i casi di risoluzione espressamente previsti secondo l'art. 793, co. 4, c.c., nonostante l'espressa intenzione del donante di legare l'attribuzione liberale all'adempimento del *modus* (cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, 1998, 26, nt. 62), e di considerare causa accessoria e secondaria la previsione del *modus* che non costituisca motivo unico determinante anche se, di fatto, la funzione oggettiva dell'arricchimento venga ad essere contraddetta da una sostanziale corrispettività dell'obbligazione modale (cfr., sul punto, PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 390). Né pare poter confutare la tesi dell'accessorietà dell'onere, l'osservazione che se esso costituisce motivo unico determinante rende nulla la donazione contraddicendosi, in tal modo, il principio *vitiatur sed non vitiat* caratterizzante, invece, l'invalidità degli elementi accessori del negozio giuridico. A parte il rilievo, non secondario, che tale norma si inquadra nell'ambito dello speciale trattamento riservato, nel sistema, ai negozi liberali — volto a dare rilevanza a tutti gli elementi attraverso i quali si esprimono, nell'atto, i motivi individuali (RESCIGNO, 1996, 309, 356, 615) —, appare chiaro che la considerazione della specifica causa dell'attribuzione è qui spiegata dalla necessità di preservare o meno, in due ipotesi espressamente previste, l'effettività della volontà dispositiva del donante se inficiata dall'illiceità del motivo o dall'impossibilità dell'onere, ma solamente quando questi elementi abbiano costituito l'unica ragione determinante della donazione. Si tratta di un'ipotesi appunto speciale di nullità del negozio, che non pare consentire ulteriori interpretazioni che dovrebbero attribuire una valenza più generale all'onere (non impossibile, né illecito) costituente motivo unico determinante, onde applicare, in ogni caso, il rimedio della risoluzione per inadempimento all'atto che per tale ragione sarebbe contratto a prestazioni corrispettive, nonostante il disposto dell'art. 793, co. 4, c.c. che legittima, invece, il donante a tale tutela solo nel caso di espressa pattuizione.

Anche sulla scorta di queste argomentazioni vi è chi (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 390-39; CAPOZZI, 826 ss.) ritiene la donazione e il *modus* “negozi diversi, distinti ed autonomi, l’uno dall’altro, e tuttavia collegati al fine del raggiungimento dello scopo perseguito dal donante”, da cui deriverebbe la distinzione tra donazione modale e contratto a prestazioni corrispettive: solo nella prima ipotesi si avrebbe duplicità dei negozi, mentre nella seconda il negozio posto in essere dalle parti sarebbe uno solo (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 391).

Negozi
distinti ma
collegati

Questa stessa dottrina, pur intendendo la corrispettività come non equivalenza economica, dà grande rilievo alla funzione oggettiva del tipo prescelto e all’oggettivazione di qualificati motivi, in particolare quando, anche sul piano economico, occorre valutare se la donazione continui a sussistere qualora il vantaggio patrimoniale ricevuto dal donatario risulti completamente assorbito dal valore dell’onere, dovendosi distinguere lo schema della liberalità da quello della corrispettività, in quanto è coesistente alla donazione modale una causa di arricchimento a differenza sia del “contratto gratuito gravato da onere ma non a prestazioni corrispettive”, che del “contratto oneroso ed a prestazioni corrispettive” (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 378-379). La distinzione non è certo facile ed è comunque rimessa ad un’indagine di fatto, attinente all’interpretazione del negozio che si reputa donativo, per verificare, in concreto, l’effettiva natura della prestazione a carico del “donatario” ed il carattere gratuito ovvero oneroso della fattispecie (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 389, 391); indagine questa che, in ultima analisi, sembra dover comunque considerare, al di là delle varie ricostruzioni proposte in astratto della qualificazione giuridica del rapporto, anche gli elementi che connotano la funzione economica immediata dell’atto posto in essere al fine di spiegarne la reale ragione pratica.

Modus e
causa di
arricchimento

10. Donazione, *modus* e fenomeno fiduciario.

Si è ritenuta ammissibile in dottrina la configurazione di peculiari fattispecie di negozi gratuiti gravati da disposizioni modali o di vere e proprie donazioni modali capaci di raggiungere risultati attributivi complessi, anche di natura remuneratoria o latamente corrispettiva o, ancora, prettamente fiduciaria.

Modus ed attribuzioni negoziali complesse

La possibilità di perseguire simili risultati si ha sia nel caso in cui il *modus* donativo venga qualificato come negozio autonomo, ancorché collegato alla donazione stessa ma capace di rivestire anche una forma diversa da quella prevista dall'art. 782 c.c., sia volendo qualificare l'onere donativo come elemento accidentale ed accessorio del negozio giuridico, al pari del termine e della condizione, e, dunque, sottoposto agli stessi vincoli formali ma purtuttavia utile alla realizzazione di scopi ulteriori. Si avrebbe, così, in particolare se il *modus* è posto a favore di un terzo beneficiario, un collegamento tra diversi negozi giuridici posti in essere mediante un'operazione complessa di molteplice contenuto giuridico-economico, nella quale si possono combinare, secondo la sintesi di più schemi negoziali, anche una funzione di scambio con una funzione prettamente liberale. È dunque possibile che si realizzi, tramite la donazione modale, un contratto misto (PINO, Padova, 1952, 41).

Beneficio gratuito a favore del terzo

Altra dottrina ritiene che laddove il modo risulti apposto a beneficio del terzo la donazione modale rientri nella categoria del contratto a favore di terzi: il terzo, se riceve a titolo di liberalità, risulterebbe beneficiario di una donazione indiretta (CARNEVALI, 1969, 15 e 48; MARINI, 195 ss. e 232 ss.). Tuttavia, quando l'unico fine fosse quello di favorire il terzo mediante l'imposizione del modo al "donatario", si avrebbe mandato ad alienare (BIANCA, *Il contratto*, 1984, 469), anche se in tali casi sarebbe, più esattamente, configurabile un mandato (senza rappresentanza) a donare disciplinato nei limiti di cui all'art. 778 c.c.

Donazione e pactum fiduciae

Per altri, invece, potrebbe prospettarsi una donazione fiduciaria qualificata come una *species* del più ampio *genus* "donazione modale", così da ridurre il *pactum fiduciae* ad un *modus* apposto al contratto tipico di donazione, inidoneo ad alterarne la causa ed integrante un caso di fiducia legale (GRASSETTI, 9 ss., 17 ss., 21 ss., 40, 48 ss., 57 ss., 86 ss.).

In senso contrario si è puntualmente osservato che appare inammissibile la configurazione di una donazione fiduciaria, per mancanza dell'elemento essenziale dell'arricchimento materiale dell'acquirente che si impegna, mediante un patto interno, a donare al terzo, assolvendo il fiduciario alla funzione di semplice mandatario (CARIOTA FERRARA, 159 ss., spec. 167-169). Mancando un arricchimento effettivo e reale del donatario, la donazione sarebbe nulla per mancanza di causa, e, dunque, solo in via di con-

versione, potrebbe configurarsi un mandato a donare a persona determinata (art. 778 c.c.). Quando, al contrario, la donazione non impone al donatario l'adempimento di un modo a favore del terzo, pur prevedendo un'attribuzione che beneficia quest'ultimo, il negozio è da considerarsi donazione diretta anche nei confronti del terzo, con la conseguenza che la liberalità potrebbe perfezionarsi con un successivo atto di accettazione notificato dal terzo al donante *ex art. 782, co. 2, c.c.* (Cass., 27 agosto 1957, n. 3413, in *Foro it.*, 1958, I, 56, con nota di BIONDI). Sarebbe, ad esempio, questo il caso della riserva di usufrutto a favore del terzo contenuta, quale proposta, in un atto di donazione della nuda proprietà al donatario (cfr. TORRENTE, 1956, 228 ss.; ID., 1955, 589; SALVI, 1951, 385 ss.).

Riserva di usufrutto

Se, d'altronde, sussiste una finalità liberale, seppur diversa da quella di arricchire l'altra parte, va verificata l'eventuale configurabilità di una *donatio ob causam futuram*, ove l'attribuzione patrimoniale è fatta con l'obbligo di erogarla completamente per un determinato scopo liberale (o latamente benefico): in tal caso, il negozio realizzato sarebbe qualificabile alla stregua di un contratto atipico a prestazioni corrispettive del tipo *do ut facias* o *do ut des* (TORRENTE, 1956, 285; ma cfr., sul punto, già STOLFI, 1918, 9 ss.). Il *modus* va comunque distinto dal patto fiduciario, in quanto con la donazione modale il donante intende innanzitutto arricchire il donatario e soltanto in via ulteriore e subordinata il terzo beneficiario del *modus*, mentre con la donazione fiduciaria si tende, in via principale, proprio ad arricchire quest'ultimo, dimodoché tale effetto potrebbe prodursi solo mediante lo schema del negozio indiretto (TORRENTE, 1956, 284-285; cfr., Cass., 16 marzo 2004, n. 5333).

Donatio ob causam futuram

Appare, tuttavia, inconcepibile sia una donazione a scopo di garanzia, data l'evidente inconciliabilità tra *causa donandi* e *causa cavendi* (*fiducia cum creditore*), sia una donazione impiegata al fine di raggiungere gli effetti tipici di un mandato avente ad oggetto l'ulteriore trasferimento al terzo (*fiducia cum amico*) considerata la prevalenza della scelta del donante fatta per spirito di liberalità e non per scopi diversi che ne possano elidere gli effetti diretti e propri dell'attribuzione liberale (cfr. RUBINO, 99 e 176), ovvero volti a piegare la trasmissione fiduciaria della cosa (mediante donazione) ad eventi legati a vicende personali del donante dalle quali fare dipendere la non definitività dell'acquisto del donata-

Fiducia cum amico ed effetti liberali

rio (si fa l'esempio della donazione *mortis causa*, nell'accezione accolta dal diritto romano classico e specialmente collegata alla fiducia *cum amico*, ove la proprietà veniva acquistata immediatamente dal donatario "ma con l'intesa che dovesse tornare al trasmettente una volta scampato il pericolo in occasione del quale l'atto si compiva", ARANGIO RUIZ, 583). Esattamente è stato osservato, a tale proposito, che a differenza della donazione modale, nella donazione fiduciaria "il negozio interno tra donante e fiduciario ha efficacia solo per questi soggetti, senza alcuna possibilità per qualsiasi terzo di agire per l'adempimento degli obblighi che da esso derivano" (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 405 ss., spec. 407-408). Ciò nonostante, la giurisprudenza tende a ritenere che non sia configurabile nel diritto italiano vigente la c.d. proprietà fiduciaria intesa come vincolo di destinazione imposto al bene con carattere reale (Cass., 26 maggio 1999, n. 5122, cit.), per cui viene spesso utilizzata, come mezzo tecnico alternativo, la clausola modale per soddisfare talune esigenze dell'autonomia privata rispetto all'insufficienza dei mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico per realizzare gli scopi che, *naturaliter*, anche lo strumento della proprietà fiduciaria consentirebbe, in particolari condizioni, di conseguire (cfr. GELATO, 388; COSTANZO, 1990, 3).

11. La promessa di donazione.

*Animus
donandi e
promessa
liberale*

È opinione prevalente che la donazione non ammetta preventiva promessa (TORRENTE, 1956, 242; CHIANALE, *Contratto*, 1989, 285) di per sé idonea ad elidere l'*animus donandi* svuotando di contenuto la rilevanza della liberalità in senso psicologico. Vi sarebbe, infatti, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, una incompatibilità logica fra l'obbligo a donare, scaturente dalla convenzione preliminare, e la spontaneità che caratterizza fundamentalmente le liberalità donative che devono essere compiute *nullo iure cogente*.

Preliminare
di
donazione:
questioni

Il contratto preliminare di donazione sarebbe dunque affetto da nullità (Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, 1702; Cass., sez. un., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1913; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Contratti*, 1997, 460 ss., con nota di BONILINI; CARNEVALI, 1997, 443). In giurisprudenza non è tuttavia mancata qualche decisione favorevole al-

l'ammissibilità del preliminare di donazione ove risulti che il donante abbia inteso dare vita ad un vincolo meramente preparatorio, rinviando al futuro la definitiva manifestazione dell'*animus donandi* (Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, 2, 2071, con nota di DIMARTINO) e dandosi rilievo al profilo causale della fattispecie concreta fondata sulla negoziazione preparatoria all'attribuzione anche di natura gratuita.

La valutazione dell'aspetto causale consente invero diverse soluzioni in termini di qualificazione della promessa. Il preliminare potrebbe concepirsi come contratto a causa variabile: esso muta di volta in volta la causa del contratto finale. Cosicché, in tema di donazione, è a livello di preliminare che va apprezzato lo spirito di liberalità. Il negozio definitivo, invece, pur se ancora rientrante nel tipo legale donazione, non avrebbe più una causa interna; unica sua ragione sarebbe quella di adempiere all'obbligo di contrarre (la donazione) assunto col preliminare, e dunque si limiterebbe ad attuare un'attribuzione patrimoniale *solvendi causa*. Da questo angolo di visuale nulla osterebbe alla configurabilità del preliminare di donazione, perché il definitivo non partecipa dello spirito di liberalità, e dunque non presuppone l'assenza di un previo vincolo. Tuttavia una precisa interpretazione della volontà contrattuale può consentire anche una diversa qualificazione della fattispecie concreta: in termini, ad esempio, di preliminare di donazione ad effetti reali o di contratto definitivo di donazione obbligatoria.

Pur ritenendosi configurabile una promessa di donazione quale mero vincolo preliminare rispetto alla donazione definitiva, altro orientamento giurisprudenziale ha ritenuto l'invalidità del contratto quando sia mancata, in concreto, la forma dell'atto pubblico imposta dall'art. 782 c.c. e richiesta anche per il preliminare di donazione in forza del disposto dell'art. 1351 c.c. (Cass., 29 novembre 1986, n. 7064; Trib. Verona, 27 giugno 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 3424).

Parte della dottrina afferma, invece, l'ammissibilità della promessa di donazione (BIONDI, 1961, 1006, il quale considera invalida la promessa, solo se assume la forma unilaterale; MESSINEO, 21; SACCO, in SACCO-DE NOVA, 268) concependo il preliminare di donazione (traslativa) quale donazione obbligatoria di dare, e ravvisando nel successivo definitivo un atto esecutivo, cioè un adempimento traslativo solutorio — non quindi effettuato *donandi causa*

— dell'obbligazione precedentemente assunta; l'adempimento traslativo *solvendi causa* sarebbe vestito con le forme ordinarie, non già con l'atto pubblico richiesto, invece, per la validità della promessa di donazione (GAZZONI, 2000, 827).

La validità del preliminare di donazione passa infatti attraverso una riqualificazione concettuale dello stesso, in termini di donazione obbligatoria: il contratto definitivo di donazione, cioè, altro non sarebbe che un normale atto di trasferimento solutorio dell'obbligazione già assunta (in senso analogo, GAZZONI, 1998, 84-87).

Liberalità:
atto
esecutivo
"solvendi
causa"

In base a questo orientamento, la liberalità, con riguardo alla donazione traslativa, va ravvisata nella c.d. promessa che costituisce una donazione obbligatoria di dare "seguita da atto di adempimento traslativo non donativo, perché dovuto"; l'attribuzione traslativa è dunque operata *solvendi causa* e non già *donandi causa* (GAZZONI, 1998, 85). Conseguentemente, la donazione promissoria richiederà, per la sua validità, la forma *ex art. 782 c.c.* e l'atto di adempimento potrà costituire semplice comportamento solutorio, appunto atto esecutivo e non contratto definitivo.

Eseguibilità
della
promessa

In altri termini, è già definitiva la donazione con l'assunzione dell'obbligo *ex art. 769 c.c.* e, pertanto, la proposta liberale, avente ad oggetto una specifica promessa di dare, è da considerare valida in quanto anche tale donazione è perfetta con l'accettazione fatta secondo lo schema prefigurato dall'*art. 782 c.c.* (BIONDI, 1961, 472; D'ETTORE, 1996, 198. Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Foro it.*, 1979, I, 935 e Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1913; Cass., 8 luglio 1983, n. 4618). È da ritenersi, peraltro, che non possa porsi — a confutazione di tale tesi — il problema dell'eseguibilità della donazione obbligatoria, perché l'obbligo di cui all'*art. 769 c.c.* è un obbligo perfetto assistito da azione. Non vi è, infatti, alcuna espressa previsione (*ex art. 2034, co. 2, c.c.*) che non accordi azione e prescriva la sola irripetibilità di ciò che è stato spontaneamente pagato, né pare fondatamente configurabile l'obbligo scaturente dalla donazione contrattuale alla stregua di un'obbligazione imperfetta. Parte della dottrina ritiene, al contrario, che l'inadempimento della donazione, oltre alla tutela data dal rimedio generale del risarcimento del danno secondo l'*art. 1218 c.c.*, legittimi l'azione *ex art. 2932 c.c.* del donatario. "Il rimedio dell'*art. 2932* non si può considerare contrario alla tutela della spontaneità del donante che ha già espressamente compiuto l'attribuzione, perché l'attribuzione si è perfezionata con il carattere della sponta-

neità. Viceversa è la tutela dell'affidamento del donatario che si presenta, ora, pienamente meritevole di tutela ed esige proprio il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c." (PALAZZO, *Le donazioni*, 1991, 211; cfr. BISCONTINI, 1987, 592; e sulla coercibilità dell'obbligo del donante, assunto mediante un atto che abbia i requisiti di forma della donazione, BERTUSI NANNI, 123, e DI LALLA, 1702; v., inoltre, LENZI, 1990, 938-939, secondo il quale la promessa di donazione non cadrebbe sotto il divieto di cui all'art. 771 c.c. in quanto essa "ha per oggetto una futura donazione di beni presenti e non futuri, ed implica l'attribuzione d'una *res* presente — il diritto di credito a ricevere la donazione". Sull'ammissibilità della donazione obbligatoria di fare e, quindi, di una donazione traslativa di cosa futura o di cosa altrui, BISCONTINI, 1987, 584-585; GAZZONI, 1998, 86).

La donazione è perciò eseguibile, anche se il donante in caso di inadempimento o ritardo nell'eseguire la donazione è responsabile, *sub specie damni*, solo per dolo o colpa grave (art. 789 c.c.). Si tratta di un temperamento della responsabilità del donante, in funzione della valutazione dell'elemento soggettivo qualificante il comportamento inadempiente, che non esclude, secondo una corretta interpretazione dell'art. 789, l'eseguibilità — anche *ex art.* 2932 c.c. — dell'obbligo donativo (cfr. LENZI, 1990, 221-222). Si spiega, in questo contesto, quanto sopra riferito con riguardo all'attuazione spontanea dell'obbligo di dare assunto con la donazione obbligatoria, per la quale non occorre — evidentemente — un altro atto di donazione (CHIANALE, *Obbligazione*, 1989, 233 ss., spec. 244 ss.), dovendosi eseguire la liberalità mediante atto traslativo anche unilaterale che menzioni la *causa solvendi*. In tal senso, appare condivisibile la tesi di chi esclude la necessità, per l'attuazione dell'obbligo di dare contrattualmente assunto — anche se avente ad oggetto beni immobili — della stipula di un successivo e necessario contratto "esecutivo" di natura traslativa (CHIANALE, *Obbligazione*, 1989, 246 e 250; ID., 1990). Altra dottrina (SACCO, in SACCO-DE NOVA, I, 1, 682-683; GAZZONI, 1998, 12) tuttavia, discute la configurabilità di un atto solutorio traslativo nel sistema italiano affermando, in particolare, che la consegna non è da sola modo di trasferimento del diritto e che, talvolta, "l'atto solutorio non è una consegna, un comportamento materiale; ma invece una vera e propria dichiarazione di alienazione" di natura negoziale, che avrebbe bisogno, per esistere giuridicamente, della causa *ex art.* 1325 c.c. L'a-

Attuazione
dell'obbligo
di dare

Alienazione
di natura
negoziale

alienazione sarebbe, infatti, consensuale anche se la causa fosse solutoria.

In siffatto quadro, si inserisce in maniera autonoma la donazione obbligatoria, in quanto l'assunzione per spirito di liberalità dell'obbligo di dare — secondo la specifica previsione normativa dell'art. 769 c.c. — costituisce di per sé donazione contrattuale, e ciò anche in omaggio al principio che nessuno può essere arricchito contro la sua volontà e con particolare riferimento alla necessaria configurazione della donazione, sia essa ad effetti reali od obbligatori, come un contratto consensuale in base al principio *invito beneficium non datur* (KOLLHOSSER, Rdnr. 9, 989; D'ETTORE, 1996, *passim*; CHECCHINI, 1976, 297; MAROI, 731).

Causa
dell'aliena-
zione

Sulla scorta delle precedenti considerazioni può, in conclusione, dirsi che l'assunzione *animo donandi* — nelle forme di cui agli artt. 769 e 782 c.c. — dell'obbligo di dare, in quanto miri consensualmente all'alienazione, non richiede per la sua esecuzione che una dichiarazione negoziale, anche unilaterale, che espressamente menzioni la causa del trasferimento, appunto la liberalità oggetto della donazione obbligatoria eseguita. Solutorio sarebbe, infatti, l'atto di esecuzione ma la causa dell'alienazione, che giustifica il trasferimento, va rinvenuta nell'accordo sulla gratuità dell'attribuzione che costituisce il contratto di donazione validamente stipulato.

Non è dunque possibile considerare sempre necessario un atto solutorio consensuale che “ripeta” il consenso all'alienazione già prestato mediante la donazione obbligatoria. Atto quest'ultimo che non costituisce contratto preliminare, come sopra osservato, ma liberalità già perfetta nel senso che essa è di per sé sufficiente a produrre l'effetto donativo, la cui attuazione non richiede, ed anzi sembrerebbe escludere, la conclusione di altro e successivo contratto di donazione a fini “solutori”. Potrebbe a tal fine configurarsi, nella dichiarazione negoziale esecutiva dell'obbligo di dare, un atto perfezionabile *ex art. 1333 c.c.*, sempre che si consideri applicabile detta norma anche alle fattispecie negoziali produttive di effetti reali (DONISI, 285 ss. e 302; MARICONDA, *Il pagamento*, 1988, 735; SCIARRONE ALIBRANDI, 673 ss.; RAVAZZONI, 351; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, con nota di MARICONDA, Art. 1333, 1988, 1237, con nota critica di COSTANZA; cfr. anche GAZZONI, *Babbo natale*, 1991, 2896 e spec. 2900, il quale tuttavia esclude che l'atto solutorio, appunto il pagamento che costi-

Dichiarazione
negoziale
esecutiva
dell'obbligo
di dare

tuisce atto traslativo di attribuzione patrimoniale, di cui potrà essere discussa la negoziabilità, debba perfezionarsi secondo lo schema previsto dall'art. 1333 c.c.; cfr. CARINGELLA (nota a Cass., 20 novembre 1992, n. 12401) 1506, spec. 1519 ss. *Contra*, sull'efficacia obbligatoria del contratto concluso ex art. 1333 c.c., CARRESI, 1987, 90; ID., 1974, 393 ss.; GRAZIANI, 629 ss.; ROPPO, *passim*; SACCO, 1993, 74 e 80-81, il quale però non sembra escludere la configurabilità di un atto traslativo solutorio non accettato, ma perfezionabile ex art. 1333 c.c., in particolare quando “già sussiste il consenso dell'acquirente all'appropriazione, o, più latamente, se sussiste un interesse precostituito e tipico dell'oblato all'appropriazione” cui segue l'atto solutorio formale. “L'art. 1333 dispensa dall'accettazione in quei casi in cui non vi è presumibilmente motivo di credere che l'acquisto nuoccia all'oblato” (SACCO, 1993, 80), per cui “se Tizio è creditore di una prestazione di dare e ne è consapevole ... la proposta traslativa di Caio rivolta a Tizio è regolata dall'art. 1333”, 81).

È da ritenersi, una volta accolta la tesi esposta, che pur volendo qualificare come negozio unilaterale rifiutabile la fattispecie emergente dall'art. 1333 c.c. (GAZZONI, 1991, 365; ID., 2000, 815-816), si potrebbe in ogni caso conciliare l'esigenza meramente esecutiva che scaturisce dall'attuazione dell'obbligo di dare, con la necessità, riaffermata da parte della dottrina, della negoziabilità dell'attribuzione con effetti traslativi (cfr. PORTALE, 913, spec. 932 ss.; BIANCA, 1995, 5 ss., per il quale però sarebbe sempre necessario l'accordo delle parti per la produzione degli effetti traslativi; nello stesso senso anche DI MAJO, 47; STOLFI, 1977, 1 ss.; VETTORI, 18 ss.; CHIANALE, *Contratto*, 1989, 278 ss.).

Si noti, peraltro, che la formazione unilaterale del contratto, non impedisce, secondo la previsione normativa, la qualificazione della fattispecie negoziale disciplinata dall'art. 1333 c.c. in senso unicamente contrattuale (SACCO, 1993, 60-61, 65, 80-81; ID., 1965, 953 ss.; cfr., altresì, DONISI, 130; VITUCCI, 35. Anche le liberalità non donative potrebbero, in tal senso, trovare fondamento in una struttura negoziale perfezionata nelle forme dell'art. 1333 c.c. qualificando l'intento di arricchire — cui si accompagna, almeno, un mancato rifiuto del beneficiario — “una vicenda attributiva, altrimenti neutra”, G. ROMANO, 34 ss., spec. 42).

L'alienazione sarebbe comunque attuata consensualmente, potendo essere ricondotto l'effetto reale ad un consenso legitti-

La
formazione
unilaterale
del contratto

mamente manifestato in sede di assunzione dell'obbligo e di sua conseguente attuazione negoziale.

In ogni caso, le promesse liberali alle quali parte della dottrina ritiene di poter applicare l'art. 1333 c.c., richiedono che la proposta contrattuale rivesta la forma pubblica di cui all'art. 782 c.c. (SACCO, 1999, 73 ss.; cfr., D'ETTORE, 1996, 198 ss.).

La giurisprudenza più recente ritiene, infine, ammissibile anche un contratto preliminare, ad effetti parzialmente liberali, avente ad oggetto un *negotium mixtum cum donatione* per il quale è sufficiente la forma prescritta per il tipo di negozio adottato dalle parti e non è necessaria, invece, quella prevista per la donazione diretta; ciò avviene — ad esempio — nel caso in cui il contratto preliminare sia concluso allo scopo di arricchire il promissario acquirente ed il promittente venditore — consapevolmente — si obblighi a vendere un immobile per un prezzo pari al solo valore catastale (Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955). L'eventuale trasferimento di un bene può infatti realizzarsi — trattandosi di vendita mista a donazione — mediante la conclusione del successivo contratto definitivo ad effetti parzialmente gratuiti. Se la fattispecie negoziale esaminata può ritenersi sostenuta da una causa onerosa, specificamente fondata sulla promessa del pagamento di un prezzo non meramente simbolico ma serio — diversamente il contratto sarebbe nullo per mancanza di un elemento essenziale ex artt. 1418 e 1470 c.c. (Cass., 28 agosto 1993, n. 9144) — il contratto preliminare non confligge, neppure sul piano effettuale, con il concorrente intento di liberalità che si realizza proprio mediante l'attribuzione traslativa oggetto del contratto di scambio. Anche in una simile fattispecie non può considerarsi assunto un semplice obbligo a donare, qualora le parti abbiano voluto la vendita, seppur ad un prezzo inferiore al reale valore di scambio del bene promesso. Può qui ripetersi che l'accordo sulla corrispettività delle attribuzioni reciproche fonda lo spostamento patrimoniale ed estranea la fattispecie dalla rigidità della previsione tipologica di cui all'art. 769 c.c. (cfr. D'ETTORE, 2001, 242, 247 ss.).

Contratto
preliminare
ad effetti
parzial-
mente
liberali