



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO, ECONOMIA E CULTURE

Nuova serie

Marta Cenini

LIBERALITÀ, SOCIETÀ E TERZO SETTORE

Contributo allo studio dei
negozi traslativi gratuiti e della destinazione



G. Giappichelli Editore

CAPITOLO I

LIBERALITÀ E GRATUITÀ

SOMMARIO: 1. Le liberalità in generale e la donazione come anticipazione della successione. – 2. I costituenti della liberalità: causa, forma e spirito di liberalità. – 3. Il depauperamento. – 4. L'arricchimento. – 5. La forma: donazione solenne, donazione modale, liberalità d'uso e le "altre" donazioni motivate. – 6. Le cd. donazioni indirette. – 7. Donazioni e successione necessaria.

1. *Le liberalità in generale e la donazione come anticipazione della successione*

Come accennato nell'introduzione, il concetto di liberalità è, sia dal punto di vista giuridico che sociale, assai ampio e sfaccettato. Il codice civile italiano disciplina in dettaglio quello che rappresenta l'archetipo degli atti di liberalità, ossia la donazione, compiendo scelte precise che si riverberano poi sull'intera disciplina delle liberalità. Appare dunque opportuno partire da questo negozio, per poi affrontare il tema più generale delle liberalità¹.

¹La bibliografia in tema di donazioni è sterminata e non può essere ricordata interamente in questa sede. Si vedano in particolare: A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1956 (il volume, come noto, è stato recentemente riedito con integrazioni e aggiornamenti a cura di U. Carnevali e A. Mora: A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di U. CARNEVALI-A. MORA, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 2006); B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1961; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in P. RESCIGNO (diretto da) *Trattato Diritto Privato*, vol. VI, 2°, Utet, Torino, 1997; E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, in *Donazioni, Commentario del codice civile e codici collegati a cura di Giorgio de Nova, Libro secondo: Successioni art. 769-809 a cura di Enrico del Prato*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 1 ss.; E. DAMIANI, *Atto gratuito liberale e atto gratuito non liberale*, in *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, opera diretta da Enrico del Prato, Maria Costanza, Paola Manes, Zanichelli, Bologna, 2010, pp. 3 ss.; L. GATT, *La liberalità*, vol. I, in *Studi di diritto privato*, Collana diretta da F.D. Busnelli, S. Patti, V. Scalisi, P. Zatti, Giappichelli, Torino, 2002; ID., *La liberalità*, vol. II, in *Studi di diritto privato*, Collana diretta da F. D. Busnelli, S. Patti, V. Scalisi, P. Zatti, Giappichelli, Torino, 2005; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. Bessone*, Giappichelli, Torino, 2005; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P.

La donazione come noto nel sistema codicistico assume un duplice rilievo in quanto da un lato è qualificata espressamente come contratto dall'art. 769 c.c.² e, dall'altro lato, è collocata nel codice civile nel Libro II, a chiusura della disciplina delle successioni e non, insieme agli altri contratti tipici, nel titolo dedicato a "*I singoli contratti*" del Libro IV³.

L'art. 769 c.c. non individua puntualmente le prestazioni che possono formare oggetto del contratto di donazione ma si riferisce genericamente a tutte quelle ipotesi in cui, per spirito di liberalità "*una parte arricchisce l'altra, disponendo di un proprio diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione*". Quest'ampia formulazione è poi affiancata dalla previsione della possibilità che il risultato donativo sia attuato attraverso "*liberalità*", che siano l'effetto di "*atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c.*" (art. 809 c.c.), andando a individuare la categoria delle cd. donazioni indirette e contribuendo a perimetrare la nozione di causa donativa.

La collocazione nel libro dedicato alle successioni, invece, si giustifica in quanto la donazione è tradizionalmente considerata una sorta di "successione anticipata", un contratto, cioè, con cui il donante dispone *inter vivos* del proprio patrimonio ma con l'intenzione di anticipare gli effetti traslativi a favore dei propri eredi (e/o legittimari) ad un momento

Perlingieri, *ESI*, Napoli, 2009; P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, vol. II, Padova, 1994; G. IACCARINO, *Successioni e donazioni*, Utet giuridica, Milano, 2017; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2000; A. PALAZZO, *I contratti di donazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2009; G. BONILINI (a cura di), *Delle donazioni*, in E. GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 2014. Con riferimento alle opere collettanee si vedano inoltre P. RESCIGNO (diretto da) M. IEVA (coordinato da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Cedam, Padova, 2010; G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009.

² Ricorda Damiani (E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 1) che la qualificazione in termini di contratto non è scontata, dal momento che l'art. 1050 codice civile del 1865 definiva la donazione come "un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta". Dello stesso Autore, si veda anche E. DAMIANI, *Atto gratuito liberale e atto gratuito non liberale*, in *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, opera diretta da Enrico del Prato, Maria Costanza, Paola Manes, Zanichelli, Bologna, 2010, pp. 3 ss. Sul codice ottocentesco, si veda anche S. PICCININI, *Profili della donazione dal codice del 1865 ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1992, pp. 198 ss.

³ Per una sintesi delle ragioni che hanno portato il legislatore a questa collocazione, si veda A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, cit.

Il codice civile tedesco (§ 516) e quello svizzero sulle obbligazioni (§ 239) hanno invece disciplinato la donazione all'interno del titolo dedicato ai contratti tipici. Si noti inoltre che il codice civile del 1865, a differenza del codice civile francese (su cui *supra*) non disciplinava unitamente la donazione e il testamento ma non rescindeva del tutto il legame e prevedeva la normativa sulle donazioni successivamente a quella sulle successioni *mortis causa*, quale "ponte" verso il titolo dedicato ai contratti in generale, che era (a differenza del codice attuale) seguiva quello sulle donazioni. Cfr. U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 442.

antecedente alla sua morte, fermo restando il limite inderogabile del divieto di patto successorio di cui all'art. 458 c.c.⁴.

Il legislatore, infatti, presume che la liberalità effettuata in vita dal *de cuius* sia, per certi effetti, equiparabile a un'anticipazione di ciò che spetterebbe agli eredi, ed in particolare ai legittimari, sulla successione⁵.

Tale presunzione si desume dalle disposizioni di cui agli artt. 737 c.c. in tema di collazione, artt. 552 c.c. e 564, c. 2, c.c., che tratteggiano le caratteristiche dell'imputazione *ex se* delle donazioni alla quota di legittima del donatario-legittimario, e dalla novella del 2005 (L. 14 maggio 2005, n. 80) che ha modificato l'art. 563, c. 4, c.c. consentendo al legittimario di presentare opposizione alla donazione, effettuata dal dante causa, che andrebbe a costituire una lesione della sua quota di legittima⁶. La giurisprudenza⁷, inoltre, ha in un certo senso ampliato la portata della presunzione di anticipazione della successione, rilevando come sia da escludersi che con la liberalità il donante abbia "inteso alterare il trattamento successorio spettante a tutti" i coeredi.

All'art. 737 c.c. è in particolare previsto che gli atti di liberalità, siano essi effettuati mediante donazione diretta o indiretta, di cui abbiano beneficiato il coniuge, i figli e i loro discendenti sono sottoposti a collazione, ossia a quell'operazione da effettuarsi in natura o per imputazione che mira a evitare disparità di trattamento ereditario, a causa proprio delle liberalità realizzate in vita dal *de cuius*.

La presunzione emerge anche dal fatto che non è richiesto, in sede di donazione, la manifestazione della volontà del defunto di obbligare i soggetti a ciò tenuti alla collazione e la regola codicistica di *default* è in questo senso, essendo possibile la manifestazione della volontà contraria (la cd. dispensa dalla collazione) ma tale volontà deve essere espressa. Rimane in questo caso salva la possibilità di agire tramite l'azione revocatoria (art. 2901 e ss. c.c.) per i terzi creditori pregiudicati dalla disposizione donativa⁸, nonché di far valere la lesione di legittima per mezzo dell'azione di riduzione (art. 553 e ss. c.c.).

⁴ Questa impostazione, come si cercherà di dimostrare in questo volume, appare oggi per certi versi riduttiva, dal momento che il codice civile stesso, e poi a seguire la legislazione speciale e la prassi, conoscono svariate forme di liberalità che si allontanano molto dallo schema dell'anticipazione dell'eredità, che pur rimane il nucleo centrale della fattispecie donativa così come disciplinata dal codice civile.

⁵ Sul rapporto tra donazione e successione necessaria si veda anche *infra* § 7.

⁶ Dà conto dei presupposti e gli effetti di questa opposizione Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4523.

⁷ Cfr. Cass. civ., sez. II, 30 maggio 2017, n. 13660.

⁸ Su questo si veda in particolare E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1995; ID., *Azione revocatoria ordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1998, pp. 423 ss.; ID. (a cura di), *La revocatoria ordinaria delle donazioni*, in G. BONILINI (diretto

Con riguardo all'azione di riduzione, come noto, l'art. 555 c.c. prevede che la riduzione delle donazioni sia subordinata al preventivo esaurimento del valore dei beni di cui il *de cuius* abbia disposto per testamento e debba essere eventualmente effettuata secondo l'ordine cronologico previsto all'art. 559 c.c. A questi fini, sono conteggiate, nell'ambito della riunione fittizia (art. 556 c.c.), tutte le donazioni fatte in vita dal defunto.

È interessante notare che, poiché l'azione di riduzione è volta non tanto ad evitare disparità di trattamento tra coeredi, ma a garantire che una porzione di patrimonio ereditario spetti alla famiglia ristretta, in quest'ambito non rilevano le indicazioni contrarie da parte del *de cuius*. A tacitazione delle ragioni dei legittimari, è inoltre prevista la cd. imputazione *ex se* delle donazioni a favore di questi soggetti, ai sensi degli artt. 553 e 564, c. 2, c.c.⁹

Occorre, infine, sottolineare che non solo l'atto di liberalità si interseca con le vicende successorie, ma che, da un punto di vista più strettamente contrattuale, sono propri di questi due negozi (testamento e donazione) delle peculiarità di disciplina, derogatori della normativa generale dei contratti di cui al Libro IV, in ragione del favor che il legislatore riserva al rispetto della *voluntas testandi et donandi*.

Difatti, in contrasto con quanto previsto all'art. 1345 c.c. per gli altri contratti, gli artt. 787 e 788 c.c. danno rilievo al motivo a fondamento dell'atto di liberalità, quando questo emerga dall'atto e sia stato determinante del consenso del donante, sancendo, rispettivamente, l'annullabilità dell'atto per errore sul motivo e la nullità in caso di motivo illecito. Diversamente, l'illiceità del motivo o l'errore sullo stesso lasciano impregiudicati gli effetti dell'atto, se questo non presenti i caratteri descritti. Similmente, l'onere impossibile non comporta la nullità dell'atto, ma si considera come non apposto, se non ne ha costituito il "*solo motivo determinante*", secondo quanto disposto all'art. 794 c.c. La donazione, poi, al pari del testamento è revocabile *ex artt.* 801-803 c.c. per ingratitudine o per sopravvenienza di figli ed inoltre la nullità dell'atto può essere sanata mediante conferma, espressa o tacita, da parte degli eredi del donante (art. 799 c.c.)¹⁰.

da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1171 ss. Si rimanda al Capitolo III per ulteriori approfondimenti.

⁹ Questa impostazione, va rilevato, per certi versi sminuisce l'essenza della donazione e la valenza, anche sociale, delle liberalità: per quanto paradossale possa sembrare, è infatti più facile ridurre una donazione che ottenere la restituzione di un bene consegnato in adempimento di un debito di gioco.

¹⁰ Secondo parte della dottrina, le ragioni di questo dialogo continuo tra la disciplina successoria e donativa è da rinvenirsi anche nel fatto che in entrambi i fenomeni giuridici viene riservata particolare attenzione ad aspetti relativi alla personalità dei soggetti e alla volontà del donante/disponente. V. ROPPO, *Diritto privato*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 985; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Cedam, Padova, 2009, pp. 1225-1226.

Il divieto di patto successorio di cui all'art. 458 c.c., su cui ormai la letteratura è sterminata e di cui non si può dare conto in questa sede, rileva ai fini del presente contributo soprattutto per i casi in cui si utilizzi lo schema donativo per produrre gli effetti vietati dalla stessa norma, quando cioè gli effetti della donazione non si producono immediatamente, ma siano condizionati alla morte di un soggetto¹¹; in questo caso, infatti, il contratto non produce alcun effetto immediato (come dovrebbe essere proprio della donazione) ma mira a produrre unicamente effetti traslativi *post mortem* e a titolo gratuito, esattamente come un testamento ma senza essere revocabile da parte del disponente ed essendo strutturalmente un contratto bilaterale. A riguardo, la controversa e sfuggente categoria dei contratti *inter vivos* con effetti *post mortem*, in cui l'evento morte è considerato solo come un termine o una condizione, ha solo in parte risolto il problema, lasciando ancora molti vuoti di disciplina¹².

2. I costituenti della liberalità: causa, forma e spirito di liberalità

Ai fini dell'individuazione dell'atto di liberalità e della sua distinzione con gli atti gratuiti, che non rilevano in ambito successorio, è necessario partire da un'analisi sistematica degli elementi costitutivi del contratto di donazione.

Dalla lettera dell'art. 769 c.c. si ricavano, in prima battuta, come elementi strutturali della fattispecie donativa, i requisiti dello spirito di liberalità e dell'arricchimento del donatario, il quale implica il correlativo de-

¹¹ Per la parte in cui si analizza in generale la *ratio del* divieto dei patti successori e la validità di quei patti che invece producano effetti immediati si legga Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2021, n. 9948, ma anche, in ambito donativo, Cass. civ., sez. II, 2 agosto 2016, n. 16075. Si veda inoltre, in ambito europeo, la recente sentenza della Corte di Giustizia su un contratto di donazione *mortis causa* qualificato come patto successorio Corte giustizia UE, sez. I, 9 settembre 2021, n. 277.

¹² Per approfondimenti, ci si permette di rimandare a M. CENINI, *Contratti inter vivos con effetti post mortem nella successione dell'impresa*, in *Famiglia*, n. 4, Pacini giuridica, Pisa, settembre-ottobre 2021, pp. 660-663. Si veda anche Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2020, n. 18198, la quale ha ribadito che l'unico negozio *mortis causa* ammesso nel nostro ordinamento è il testamento, negozio in cui l'evento morte incide sia sull'oggetto della disposizione, riguardando il cd. *id quod superest* ovvero sia quello che resterà al momento della morte di un soggetto e considerato in quanto rimanente al momento della morte; sia sul soggetto che beneficerà della disposizione, dal momento che anche costui è considerato in quanto vivente in un momento successivo alla morte del disponente. Il testamento, dunque, quale unico negozio *mortis causa*, considera e rende attuabile una disposizione che riguarda beni e soggetti considerati in quanto superstiti rispetto al disponente. Sul tema si veda inoltre, recentemente, A. SEMPRINI, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, Giappichelli, Torino, 2022.

pauperamento del donante operato attraverso il trasferimento di un proprio diritto o l'assunzione di un'obbligazione.

Per quanto riguarda lo spirito di liberalità, diversi autorevoli autori hanno sottolineato, anche sulla base di quanto affermato nella Relazione al codice civile¹³, che per aversi liberalità è necessario che il donante non sia obbligato giuridicamente a compiere il trasferimento e che egli trasferisca *nullo iure cogente* (sovente anche indicato come il requisito della *spontaneità*)¹⁴: da qui la radicale differenza tra adempimento e liberalità, tema oggetto di una celebre monografia che distingue in particolare tra liberalità e obbligazioni naturali, che sono fondate su un obbligo morale e sociale¹⁵, ma anche tra liberalità e solidarietà, se si considerano i doveri di solidarietà come veri e propri doveri giuridici¹⁶.

La giurisprudenza, soprattutto in passato, nell'ottica del particolare rilievo alla volontà del donante e per la definizione della causa donativa, si allineava a questo indirizzo¹⁷, facendo tuttavia quasi coincidere lo spirito di liberalità o *animus donandi* con i motivi che avevano spinto il donante ad effettuare la liberalità¹⁸.

Questa tesi, e in particolare il riferimento "ai motivi" della liberalità, ha radici antiche e si collega strettamente all'evoluzione della nozione di causa del contratto in generale e alla sua ricezione nei moderni codici civili.

¹³ Si veda la Relazione del Ministro Guardiasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, p. 79, reperibile sul sito del Consiglio nazionale forense https://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici/-/asset_publisher/8DRwCleuASnD/content/relazione-del-ministro-guardiasigilli-grandi-al-codice-civile-del-1942, secondo cui "ho voluto, poi, porre in rilievo l'elemento soggettivo dello spirito di liberalità, e cioè la coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti (*animus donandi*), e l'effetto obiettivo economico dell'arricchimento del donatario con il corrispondente depauperamento del donante. L'essenza della donazione, secondo il concorde insegnamento della dottrina, sta appunto in ciò, che per puro spirito di liberalità una persona opera una diminuzione del proprio patrimonio e un incremento del patrimonio di un'altra".

¹⁴ A.C. JEMOLO, *Lo "spirito di liberalità" (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Utet, Torino, 1960, pp. 973 ss. V. anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., pp. 58-59.

¹⁵ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, Giuffrè, 1947, ora ristampata da ESI, *Ri-stampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri, 2013.

¹⁶ N. LIPARI, *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss.; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 185 ss.

¹⁷ Si veda, a titolo esemplificativo, Trib. Roma, 18 maggio 2003, in *DeJure: "Lo spirito di liberalità di cui all'art. 769 c.c. si realizza nell'ipotesi in cui l'arricchimento del donatario trovi giustificazione causale nella spontanea autodeterminazione del donante e quest'ultimo abbia compiuto l'attribuzione gratuita nullo iure cogente"* e per una breve, ma efficace critica G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Padova, 2009, p. 1226.

¹⁸ Si veda anche A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID., *I contratti di donazione*, cit., p. 46.

Nel diritto romano il nudo patto non era sufficiente a creare un vincolo contrattuale e a rendere azionabile la promessa¹⁹; era infatti necessaria una causa e ciò, in particolare secondo alcuni passi del Digesto e secondo la tradizionale dottrina di Aristone, distingueva il contratto causale, tutelato da un'azione civile, dalla stessa donazione, non fornita di tutela: alla *causa*, dunque, si contrapponeva, almeno fino ad un certo periodo, la *donatio*; così come la *donatio* si contrapponeva al *negotium*²⁰.

Successivamente, con la *Lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a.C., si è superato il concetto di gratuità come sinonimo di attribuzione *sine causa* e così la contrapposizione tra *donare* e il *negotiorum gerere*; le fonti dimostrano che la gratuità, intesa come assenza di correlazione giuridica tra prestazione e controprestazione, “non esclude la rilevanza dei motivi (interessi) oggettivati al fine di garantire l'efficacia giuridica dell'attribuzione”²¹; in questo modo, dunque, si salva la validità della donazione

¹⁹ Come noto, i giuristi classici si esprimevano in termini di azioni concesse dal pretore piuttosto che in termini di diritto sostanziale. In questo sta anche il maggiore formalismo di ordinamenti quale il diritto romano. Si è soliti far riferimento al brocardo: “*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”. L'idea che dai patti nudi non sorgessero obbligazioni rimase a lungo diffusa, anche tra i giuristi medievali. Una parentesi storica peculiare, dove si assiste spesso ad una sovrapposizione tra i concetti di *causa* e *datio*, ma anche di adempimento e prestazione. Un “paradigma” mentale, quest'ultimo, riconducibile alla mancata conoscenza del termine *obligatio*, così come noi abbiamo imparato a concepirlo. Per tale ragione, l'elemento reale viene privilegiato su quello consensuale, come ben ricorda un passaggio della *Summa Trecensis*: “*causam autem dicimus dationem seu factum vel contractum*”. I patti nudi, essendo privi tanto di una struttura formale, quanto di una *datio*, potevano essere interpretati come non vincolanti, lasciando lo stesso l'affidamento dei terzi in balia degli eventi. La scuola della Glossa elaborerà con il tempo la distinzione tra *pacta nuda* e *pacta vestita*. I primi, vennero intesi come accordi consensuali, privi di effettività, dove a dominare era la regola: niente azione, niente protezione. Sul punto, si rimanda a: G.P. MASSETTO-S. PARINI VINCENTI, *Tra libertà e giustizia contrattuale. Dall'obbligazione giuridica all'obbligazione di coscienza. Spunti per uno studio storico*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 330-333. Per ulteriori considerazioni storico-giuridiche: R. VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1-12; A.G. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 16-17.

²⁰ Secondo la dotta e completa ricostruzione di C. ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, in A. GALASSO-S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., p. 144, che riporta anche alcuni passi del Digesto sul tema, “la convenzione produce obbligazione, da cui nasce azione civile, solo se c'è (*subsit tamen*) una causa; al contrario, se ci fosse una *donatio*, occorre rispondere *nullam esse civilem actionem*”. La causa sarebbe lo stesso *negotium* e si caratterizzerebbe per la circostanza che colui che compie una prestazione lo faccia anche per un suo vantaggio: il *negotium*, come atto obbligatorio, a differenza della *donatio*, richiederebbe che l'atto non sia compiuto nell'interesse della controparte ma anche, se non esclusivamente, nel proprio. In una simile prospettiva, la donazione sarebbe un atto *sine causa* o, ancora, una convenzione fatta nell'interesse esclusivo dell'*accipiens*: essendo il consenso “nudo”, ossia non rivestito da causa o da *negotium*, esso non sarebbe vincolante. Per una critica di questa impostazione, tuttavia, si veda A. PALAZZO, *Strutture e funzioni della liberalità*, cit., pp. 203 ss.

²¹ In questo senso, A. PALAZZO, *Strutture e funzioni della liberalità*, cit., pp. 204, 207 ss.

ed emerge, forse compiutamente per la prima volta, la rilevanza dei motivi dell'attribuzione²².

L'evoluzione del diritto romano ha poi progressivamente portato all'affermazione (avvenuta compiutamente con Costantino prima e in epoca giustiniana poi), della donazione come *contractus*: Costantino abolisce di fatto la *Lex Cincia* e stabilizza la concezione della donazione come tipico negozio causale²³, ove gli interessi del donante affiorano nei motivi dell'atto e ove la forma scritta, e soprattutto la registrazione presso i pubblici uffici, servivano in particolare a tutelare gli interessi del fisco²⁴; successivamente, entra in crisi anche il formalismo e si afferma il principio secondo cui alcune donazioni (tra cui, tra l'altro, quelle fatte per beneficenza) sono esentate dalla forma scritta²⁵.

²² Nella *Lex Cincia* si prevedeva un elenco di soggetti nei confronti dei quali non operava il tradizionale divieto di donare: questo divieto era collegato al timore che il donante avesse subito coazioni indebite che lo avessero spinto alla liberalità. L'elenco delle *personae exceptae* (nei confronti delle quali, dunque, non operava il divieto) comprendeva una serie di parenti e affini e altre persone legate al donante da legami di ordine morale e sociale: cognati, sobrini (ossia figli di cugini germani), patrigno e matrigna, figliastro e figliastra, suocero e suocera, genero e nuora, coniuge, fidanzato o fidanzata e ancora proprio pupillo, il proprio *dominus* e patrono. In tutti questi casi, si è riscontrato un interesse del donante, consistente nel garantire l'arricchimento a fini, ad esempio, mantenitori o remuneratori di soggetti, anche economicamente deboli, legati al donante: questo interesse, dunque, è stato considerato causa dell'attribuzione. La rilevanza dei motivi nella donazione, inoltre, rende non necessaria la forma solenne, essendo sufficiente la *nuda voluntas*. Per ulteriori considerazioni sull'importante intervento del 204 a.C., si consenta il rimando a: F. CASAVOLA, *Lex Cincia: contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Jovene, Napoli, 1960; J. DÉNOYEZ, *Delegatio et Lex Cincia*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 7-14; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 482 ss.

²³ La disciplina della donazione delineata dalla riforma di Costantino rende la volontà di trasferire il dominio del bene una forma negoziale autonoma e tipica. Essa si presenta come un negozio a efficacia reale, con una formazione che si articola in tre momenti distinti. In *primis*, è necessario procedere con l'elaborazione di quelle che vengono tecnicamente definite *tabulae scientibus plurimis*. Successivamente, vi è il momento della *corporalis traditio* (con il coinvolgimento di ulteriori soggetti); infine, l'*insinuatio apud acta*. Su quanto appena scritto, vi è un aspetto molto interessante da sottolineare. Nessuno di questi tre momenti, infatti, ha valore se considerato singolarmente, come attività a sé stante. Il perfezionamento e l'effetto traslativo si producono soltanto alla fine dell'*iter* delineato; ogni passaggio rappresenta un tassello necessario – ma da solo non sufficiente – per il risultato finale e la cristallizzazione del negozio. Ulteriori modifiche verranno poi apportate durante il periodo giustiniano, rendendo il negozio ancora più diverso rispetto a quanto delineato dagli interventi del periodo precedente. P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura*, vol. 38, 1987, pp. 72-148.

²⁴ In questo senso, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, p. 588.

²⁵ A. PALAZZO, *Strutture e funzioni della liberalità*, cit., pp. 218-219 e p. 221, ove conclude affermando che “le fonti postclassiche confermano il fatto che la forma solenne non è mai stata, in diritto romano, la “stampella” cui si appoggia una “causa debole” o, ancor peggio, una donazione “astratta”, per la semplice ragione che, tutte le volte in cui i motivi oggettivi acquistavano rilevanza, la donazione è un negozio causale”.

Come rileva Gorla²⁶, solo verso il diciassettesimo secolo²⁷, sotto l'influenza delle scuole di diritto naturale²⁸ e canonico, nacque la teoria secondo la quale il vero fondamento dell'obbligazione si doveva rintracciare nella volontà dell'obbligato, sebbene fosse comunque necessaria anche l'accettazione del promissario. Promessa e accettazione danno luogo al "consenso" e quest'ultimo, secondo il diritto naturale, genererebbe obbligazione senza necessità di *vestmentum*.

Questa tesi sarebbe stata accolta, almeno a livello declamatorio, da Domat²⁹ e avrebbe costituito la base³⁰ delle moderne codificazioni del XIX secolo³¹.

²⁶ G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I (Lineamenti generali), Giuffrè, Milano, 1955, pp. 48 ss.; G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto. Principi, metodi e tecniche del civil law in comparazione con il common law*, 1958 ristampa nella collana SISDIC – Storie dal Fondo 3, raccolte da Pasquale Femia, ESI, 2017, pp. 82 ss. Dello stesso Autore, si vedano anche *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 225 ss.; ID., *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, pp. 923 ss.

²⁷ Secolo fondamentale – tanto quanto quello successivo – nel lungo cammino che porterà ai codici di inizio Ottocento. Riprendendo le considerazioni di uno studioso del calibro di Tarello, giova ricordare come siano stati tre i grandi filoni giuridici ad incidere sulla storia della codificazione. Il primo, è il giusnaturalismo di Samuel von Pufendorf, diffusosi in tutta Europa e penetrato anche nella cultura illuministica francese. Il secondo, sempre di origine germanica, è quello riconducibile alle opere di Gottfried Wilhelm von Leibniz, Christian Wolff, e ai loro seguaci. Infine, il filone di matrice francese, legato a due grandi giuristi: Jean Domat e Robert Joseph Pothier. G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Edizioni scientifiche internazionali, Genova, 1973, pp. 85-87.

²⁸ Così si esprimerà Sir William Blackstone nel primo volume della sua opera più nota, *Commentaries on the Law of England* (pubblicata tra il 1765 e il 1769): "La legge di natura è coeva al genere umano e dettata direttamente da Dio, essa ha ovviamente più autorità di ogni altra legge. Essa è vincolante su tutta la terra, in tutti i paesi e in ogni tempo: nessuna legge umana che abbia validità la contrasta; e tutte le leggi valide derivano la loro forza e tutta la loro autorità, in via mediata o diretta, da questa legge originaria". A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 52.

²⁹ Tra le opere di maggior rilievo di Domat si possono ricordare: *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694); *Le droit public* (1697); *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum scholae et fori* (1701). Per una ricognizione ad ampio spettro: G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle «loix civiles» di Jean Domat*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. II, il Mulino, Bologna, 1972, pp. 125-157; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 356-357; G. PANZARINI, *Diritto naturale quale fonte del diritto. Il realismo-razionalismo giuridico, illuministico, principio e approdo del giusnaturalismo*, Cedam, Padova, 2009. Di recente pubblicazione, inoltre: J. DOMAT, *Trattato delle Leggi. Traduzione e introduzione di Roberto Calvo*, ESI, Napoli, 2020.

³⁰ Domat, in realtà, non parla mai di codificazione del diritto ma piuttosto di razionalizzazione, di ordine nella legislazione. In un certo senso, suggerisce la codificazione, ma non la esplicita.

Tuttavia, in un passaggio delle *Loix civiles*, lo stesso Domat afferma che l'impegno legale deve comunque essere sorretto da un "fondement" che per la donazione è "quelque motif raisonnable et juste"³². In termini non molto dissimili, si esprime Pothier³³, altro "padre"³⁴ del *Code* del 1804. Da qui, l'elaborazione della teoria soggettiva della causa che identifica questo elemento essenziale nello scopo, fine, motivo che spinge la parte a prestare il consenso al contratto³⁵.

³¹ Come ampiamente noto, anche il codice civile del 1942 risente di questa impostazione, sebbene vi siano vistose contraddizioni che, di fatto, finiscono per costituire la regola: per l'art. 1321 c.c. l'"accordo" è sinonimo di contratto, mentre questo è solo uno degli elementi essenziali ai sensi dell'art. 1325; l'art. 1376 c.c. sancisce il principio del consenso traslativo, ampiamente contraddetto dal fatto che il consenso, di per sé, non sicuramente sufficiente a trasferire la proprietà se non è assistito da una causa, non ha un oggetto possibile e lecito, e, in certi casi, non è assistito da una forma particolare; inoltre, anche in presenza di questi requisiti, la proprietà è valida solo *inter partes* e non *erga omnes*, dunque non è una proprietà piena ai sensi dell'art. 832 c.c.: le regole sulla doppia alienazione, infatti, sanciscono che nel conflitto tra più "proprietari" prevale chi abbia acquisito per primo il possesso o abbia, nei casi dei beni immobili, trascritto per primo l'acquisto. Su questo si veda ampiamente R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., *passim*; e, con un occhio particolare alla donazione, C. ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, in A. GALASSO-S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., pp. 129 ss., il quale ricostruisce le norme citate come discendenti direttamente dal diritto romano.

³² Così scriveva anche il giurista di Clermont-Ferrand: "Nelle donazioni e negli altri contratti, né quali uno solo fa o dà, e dove l'altro non fa e non dà nulla, l'accettazione forma convenzione. E l'impegno di colui che dona, ha il suo fondamento in qualche ragionevole e giusto motivo, come un servizio renduto, o qualche altro merito del donatario, o il solo piacere di beneficiare. E questo motivo sta in vece di causa dalla parte di colui che riceve, e non dà cosa alcuna". Si veda *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine opera di G. Domat. Nuova edizione eseguita sulla traduzione stampata in Napoli purgata da molti errori, con discorso e alcune note del Professore A. Padovani*, tomo I, Tipografia di Pietro Bizzoni, Pavia, 1825, p. 243. Sul punto, si veda inoltre, nella dottrina recente: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, 2011, pp. 341 ss.

³³ "Ogni obbligazione dee avere una causa onesta. Né contratti né quali hanno interesse ambe le parti, la causa dell'obbligazione che contrae ciascuna di esse consiste in ciò che l'altra parte le dà o si obbliga di darle, o nel pericolo che essa si assume. Né contratti di beneficenza, la liberalità di cui una delle parti vuole usare verso l'altra è una causa sufficiente dell'obbligazione da essa contratta. [...]". Si veda *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile. Con l'indicazione dei cambiamenti fatti dal Codice civile Francese del Sig. Bernardi ex-legislatore capo della divisione civile al Ministero del Gran Giudice*, vol. I, II ed., Tipografia di Gio. Battista Segnin, Napoli, 1819-1820, p. 45.

³⁴ Pothier è considerato l'altro "père du code civil", non soltanto per la grande produzione scientifica (basterebbe ricordare il *Commentaire de la Coutume d'Orléans*; le *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*; il *Traité des Obligations*, considerato il suo capolavoro e seguito da numerosi altri trattati a continuazione dello stesso), ma anche per la fortuna dello stile chiaro e semplice. La qualità dello stile di Pothier è ricordata anche in: L.G. MICHARD-J.F. MICHARD, *Biografia universale antica e moderna, ossia storia per alfabeto della vita pubblica e privata di tutte le persone che si distinsero per opere, azioni, talenti, virtù e delitti*, vol. XLV, G.B. Missiaglia, Venezia, 1828, pp. 395-396.

³⁵ Sulla causa in generale, nella dottrina contemporanea si vedano, senza pretesa di completezza: R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, Torino, 2016, pp. 781 ss. e, con ri-

Queste affermazioni, tuttavia, trovavano un contraltare da diversi punti di vista e prospettive.

Dal punto di vista storico, la dottrina ha dimostrato che le donazioni e i negozi traslativi gratuiti sono sempre stati riconosciuti solo se assistiti da una forma (la consegna o la forma notarile)³⁶ e che anche per i contratti a titolo oneroso il consenso, anche successivamente all'epoca del diritto romano, non è mai stato di per sé sufficiente a formare il vincolo contrattuale. È sempre stata infatti necessaria la presenza di un altro elemento che sorreggesse la promessa: quest'ultima, in particolare, nei contratti onerosi traslativi o costitutivi di obbligazioni di dare era costituita dal vantaggio patrimoniale od economico valutabile in denaro che compensava, nel pa-

guardo alla donazione, p. 813 e V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica – Zatti*, 2011, pp. 341 ss., i quali si riferiscono agli scritti sul tema di Gino Gorla, oggi ristampati in G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto. Principi, metodi e tecniche del civil law in comparazione con il common law*, 1958, ristampa nella collana SISDIC – Storie dal Fondo 3, raccolte da Pasquale Femia, ESI, 2017, pp. 98 ss. Quest'ultimo, come ampiamente noto, prendendo le mosse dalla teoria secondo cui il nudo patto non genera azione, con riferimento al contratto di donazione propone la suggestiva tesi secondo cui la forma solenne sarebbe il *vestimentum* che sorreggerebbe l'impegno legale, in sostituzione dunque del requisito della causa. Con specifico riguardo al contratto di donazione, per una approfondita analisi delle teorie che si sono avvicendate e per una loro confutazione si vedano: P. GALLO, *La causa e la forma della donazione*, in AA.VV. *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1119 ss.; ID., *La causa della donazione*, in BONILINI (diretto da) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, *Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 369 ss.; E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., pp. 1-19; 39-40 e 44-58 e ivi ulteriori riferimenti; G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Ipsoa, Milano, 2011, pp. 30-32, che tratta specificamente del profilo dell'interesse; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., pp. 51 ss.; richiamano espressamente le tesi di Gorla anche A. GALASSO-S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in ID. (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., pp. 27 ss.; C. ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, *ibidem*, pp. 129 ss.; A. PALAZZO, *Strutture e funzioni della liberalità*, *ibidem*, pp. 203 ss.

³⁶ Sulla forma del contratto di donazione, oltre agli Autori già citati, si veda C. ARGIROFFI, *Il formalismo e la donazione*, in A. GALASSO-S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., pp. 129 ss. e in part. p. 147, secondo cui anche per il nostro sistema civile contemporaneo "la donazione continua ad essere un patto *sine causa*. Lo spirito di liberalità è l'esatto contrario del *negotium*. La vincolatività della donazione, in assenza del requisito della causa, è conseguenza della sua forma solenne". Si veda anche, nello stesso volume, A. PALAZZO, *Strutture e funzioni della liberalità*, p. 203 ss. Lo stesso Pothier, citato poc'anzi, nel suo trattato sui contratti di beneficenza, così scriveva (prendendo in considerazione gli immobili): "*Delle forme delle donazioni tra vivi, e con quali atti debbano essere fatte*". Le forme che le nostre esigono per la validità delle donazioni tra vivi d'immobili sono: 1.° La solennità dell'accettazione. 2.° La tradizione. 3.° L'irrevocabilità. 4.° L'insinuazione. 5.° Appartiene inoltre alla forma delle donazioni che esse non si possono fare se non per atto notarile». Ed ancora: "*Con quali atti le donazioni tra vivi debbano esser fatte*. L'Ordinanza del 1731, art. I, vuole che tutti gli atti che contengono donazioni sieno eretti d'innanzi notaj, e che vi resti minuta sotto pena di nullità. Il motivo di questa legge è d'impedire le frodi [...]". *Trattati dei contratti di beneficenza del signor Pothier. Nuova versione italiana corredata di note indicanti i cambiamenti fatti dal codice francese e dal codice austriaco del D. Francesco Foramiti*, vol. III, Giuseppe Antonelli editore, Venezia, 1836, p. 43 e p. 99.

trimonio del promittente, il bene che quest'ultimo aveva perso con la promessa (dunque il prezzo). La dicotomia tra donazione formale (ove la forma è un "sostituto" della causa o comunque un elemento tipizzante che "salva" il negozio attributivo dall'invalidità) e contratti di scambio, ove la controprestazione giustifica il trasferimento, ha dunque ragioni storiche che superano le concettualizzazioni successive³⁷.

La teoria soggettiva della causa, d'altra parte, è stata poi progressivamente abbandonata e anche con riferimento alla donazione si sono affacciate diverse altre prospettazioni che prescindono dalle motivazioni interiori che possano spingere un soggetto a spogliarsi di un diritto o a caricarsi di un obbligo senza esservi obbligato né giuridicamente né moralmente e senza un corrispettivo³⁸.

Da una parte, infatti, i motivi soggettivi possono essere molto eterogenei e dall'altra possono eventualmente rilevare, oltre al profilo dell'errore e dell'illiceità di cui agli artt. 787 e 788 c.c., a cui si è già accennato, per distinguere diversi sottotipi di liberalità e di contratto di donazione e per collegare, a tali sottotipi, una disciplina specifica derogatoria rispetto alla disciplina generale prevista per la donazione stessa; in tali casi, i motivi sono però "oggettivati" dal codice civile e dunque fuoriescono dall'ambito delle motivazioni interiori e puramente soggettive. Si pensi alle donazioni remunerative e obnuziali (queste ultime, tra l'altro, che non richiedono accettazione), le quali, in considerazione dell'occasione che giustifica la disposizione donativa, non possono essere revocate e sono sorrette da garanzia per l'evizione; ovvero le cd. "liberalità d'uso", per cui non è richiesta la forma solenne³⁹.

I motivi potrebbero, semmai, avere un rilievo nella fenomenologia del dono dal punto di vista delle scienze sociali, nella misura in cui un soggetto potrebbe essere portato a compiere una liberalità nel presupposto che

³⁷ G. GORLA, *Il contratto*, cit., pp. 76 ss. Si veda anche U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, ESI, Napoli, 2010, pp. 45 ss. e p. 61.

³⁸ Si veda anche la linea di pensiero secondo cui un elemento soggettivo non potrebbe coincidere con la causa, poiché quest'ultima è elemento obiettivo comune agli stessi contraenti. Scrive a tal proposito Amenta: "con maggiore coerenza e quindi muovendosi su un piano opposto la liberalità può individuarsi nella prestazione senza corrispettivo, o meglio nell'arricchimento del patrimonio altrui senza corrispettivo". G. AMENTA, *La donazione e la sua struttura contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 100. Si veda inoltre A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 123.

³⁹ Si veda anche N. LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss., e in part. Pp. 5 e 6, secondo cui una società fondata sullo scambio fatica a riconoscere ipotesi di liberalità totalmente disinteressate e immotivate, ossia a cui non si ricollega una convenienza per il donante nemmeno indiretta, per cui distinguere tra spirito di liberalità e motivo soggettivo risulterebbe un artificio dialettico. In tema anche A. PALAZZO, *Donazione pura e donazioni motivate*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, Padova, 1992.

ciò crei una relazione con il donatario che potrebbe (o dovrebbe) portarlo, in un successivo momento, a ricambiare ciò che ha ricevuto. Come accennato nell'introduzione, il dono, infatti, pur essendo il rapporto asimmetrico per eccellenza, di fatto innesca un rapporto reciproco fra due soggetti nel quale si realizza uno "scambio differito" (ed è anche, ma non solo, per questo che è necessaria l'accettazione della donazione o, in altri casi di liberalità e gratuità, il mancato rifiuto)⁴⁰.

La dottrina più recente ha dato dunque una maggiore considerazione agli altri due elementi fondamentali della donazione, ossia l'arricchimento del donatario e il correlativo depauperamento del donante⁴¹. Difatti è solo da una correlazione tra questi elementi speculari (arricchimento/depauperamento), in dialettica con lo spirito di liberalità, che si può cogliere il fondamento della donazione e distinguere anche le donazioni dirette dalle donazioni indirette: solo nel caso delle donazioni dirette, infatti, a differenza delle donazioni indirette, sarebbe necessaria la compresenza dello spirito di liberalità, dell'arricchimento e del depauperamento di chi ha disposto il diritto o assunto l'obbligazione⁴².

In particolare, nelle donazioni dirette lo spirito di liberalità (*animus donandi*) sarebbe dunque inteso come quell'interesse soggettivo⁴³ del donante (secondo altri, la consapevolezza⁴⁴), condiviso e accettato dall'altro contraente⁴⁵, di attribuire a quest'ultimo un vantaggio patrimoniale senza

⁴⁰ In questo senso, S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, cit., pp. 155-156, il quale su questo punto cita in particolare il saggio di F. POUILLON, voce *Dono*, in *Enciclopedia*, Torino, 1978, 1969, pp. 107 ss.

⁴¹ Nella dottrina contemporanea, tra i principali Autori che fanno riferimento al binomio arricchimento/depauperamento vi è A. TORRENTE, *La donazione*, cit., pp. 9 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di U. CARNEVALI-A. MORA, cit., p. 5 ss. La tesi è stata poi seguita da diversi altri studiosi. Si veda, in particolare, E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 20.

⁴² In questo senso, riprendendo anche alcune pronunce della Cassazione, si veda E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 8 e pp. 46 ss. e ivi ampia bibliografia.

⁴³ Sacco in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 812 nel capitolo dedicato alla causa affermano che nel caso della donazione non si è di fronte ad una causa oggettiva ma si è di fronte a un contratto sostenuto da un puro elemento soggettivo, sorretto da un altro elemento, ossia, come suggerito da Gorla, la forma solenne.

⁴⁴ A.C. JEMOLO, "Lo spirito di liberalità" (*riflessioni su una nozione istituzionale*), in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, cit., pp. 973 ss.; A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID., *I contratti di donazione*, cit., p. 45. Si veda E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 46 e riferimenti giurisprudenziali alla nota 135.

⁴⁵ Il contratto di donazione tipico postula il consenso di entrambe le parti, sebbene faccia sorgere obbligazioni solo in capo al proponente. Pertanto, in deroga all'art. 1333 c.c., sono necessari una proposta del donante ed una accettazione espressa del donatario. Cfr. U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 483 e E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 9 e p. 41; S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, in A. GALASSO-S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., pp. 151 ss., il quale rileva in particolare che "nella prospettiva delle scienze sociali, invece, l'accettazione del beneficio e

esservi obbligato⁴⁶ (nemmeno moralmente)⁴⁷ e in assenza di corrispettivo o altro interesse economico⁴⁸; tale interesse (o i motivi oggettivati nel codice⁴⁹) assurgerebbero a causa stessa del contratto e giustificerebbero l'attribuzione patrimoniale⁵⁰.

Nel caso delle donazioni indirette, invece, essendo esse realizzate attraverso contratti (o altri negozi *inter vivos*, anche unilaterali) che hanno una autonoma e distinta causa, lo spirito di liberalità può essere presente, ma non assume, a differenza delle donazioni dirette, rilevanza causale⁵¹.

La riconduzione degli "altri atti diversi dalla donazione" alle liberalità, dunque, viene recuperata sul piano degli effetti⁵² e la nozione di liberalità

la fenomenologia del "dono" sono correlate ad un verso e proprio "sistema di scambi", entro il quale non sembrano prevalere valori giuridici di autonomia negoziale, né di uguaglianza dei soggetti, ma significati e valutazioni di volta in volta riconducibili a ragioni di supremazia, di dominio, di dipendenza, di aspettativa, di doverosità, e, in genere, di qualificata costrizione".

⁴⁶ V. *supra*. In dottrina spesso questo requisito è stato collegato alla "spontaneità" dell'attribuzione patrimoniale, anche sulla suggestione dell'art. 1050 del codice civile del 1865 che definiva la donazione come "un atto di spontanea liberalità".

⁴⁷ L'adempimento di una obbligazione naturale non rientra, secondo la dottrina largamente prevalente, nell'ambito delle liberalità; si vedano U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 439; E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 42; L. GATT, *La liberalità*, I, cit., p. 115. In tema si veda anche la celebre monografia di G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit.

⁴⁸ Si veda in questo in particolare R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 809 e pp. 1437 ss. ove gli Autori contrappongono "liberale" a "interessato". Il tema dei negozi gratuiti interessati sarà affrontato in particolare nell'ambito del capitolo sui trasferimenti gratuiti in ambito societario. Inoltre, si veda la monografia di A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Giuffrè, Milano, 2002, in part. pp. 137 ss., ove l'Autore afferma nettamente che "l'esistenza di un interesse economico nel promittente esclude la donazione" (p. 146) e che "spirito di liberalità significa dunque assenza di interesse economico" (p. 150).

⁴⁹ Nella disciplina delle donazioni si ritrovano altri motivi soggettivi o intenzioni che pare connotino la stessa causa della liberalità: si vedano ad esempio l'intento remuneratorio, l'osservanza dell'uso sociale, ecc.

⁵⁰ Sulla constatazione che lo spirito di liberalità costituisce causa del contratto di donazione, si vedano anche: C.M. BIANCA, *Il contratto*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 495. Sul tema di veda anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., pp. 49 ss. e 59 ss.

⁵¹ L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2005, ristampa 2012, pp. 227 s., la quale nega recisamente che si possa parlare di "doppia causa" nelle ipotesi di donazioni indirette. Si veda anche, della stessa AUTRICE, *La liberalità*, II, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 3 ss. Si veda in particolare il passaggio a p. 160 del primo volume in cui l'Autrice afferma: "Ne discende che, ove si sia in presenza di un contratto (che, a conclusione del procedimento interpretativo, possa essere qualificato) diverso dalla donazione, seppure lo spirito di liberalità (l'interesse liberale consapevolmente e concordemente perseguito) fosse presente (in una o entrambe le parti), non potrebbe comunque acquistare rilevanza giuridica sul piano causale – neanche nella forma di "profilo" della causa non liberale – dato che il contratto, in quanto X (diverso dalla donazione), ha già una sua causa (non liberale) che assorbe ed elimina a priori ogni questione di giustificazione causale degli effetti prodotti".

⁵² La prospettiva effettuale, come noto, è proposta dalla dottrina moderna (si veda in particolare U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., pp. 434 ss. e in part. 446; pp. 532 ss.) e ampia-

in senso oggettivo coincide con la nozione di effetti liberali: questi ultimi sono, in prima approssimazione, effetti equivalenti a quelli che il contratto di donazione produce in via tipica ossia effetti di arricchimento in favore di una delle parti e di depauperamento per l'altra parte, senza alcuna forma, neanche indiretta, di corrispettivo per quest'ultimo⁵³.

3. *Il depauperamento*

Il depauperamento a cui si accennava a conclusione del precedente paragrafo, sia nelle donazioni dirette che nelle donazioni indirette, è stato considerato non come un mero "svantaggio" per il disponente ma è stato ricollegato strettamente alla nozione civilistica⁵⁴ di "patrimo-

mente argomentata nelle monografie di Lucilla Gatt citate alla nota precedente. Questa impostazione è stata anche sposata dalla Cassazione a Sezioni Unite: si veda Cass. civ., SS.UU., 27 luglio 2017, n. 18725, che riprende in particolare la teoria esposta da Lucilla Gatt nel II volume dedicato alle liberalità in merito alle operazioni triangolari. La Cassazione in particolare ha affermato che il contratto, con la sua propria causa, realizza "*in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione*". La pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cercato di dare una collocazione sistematica dei diversi modi in cui una liberalità indiretta può configurarsi, dovendo decidere un caso nel quale la liberalità era stata effettuata mediante un'operazione di giroconto bancario. In tali circostanze, dopo una rassegna delle ipotesi che hanno interessato maggiormente la giurisprudenza, la Corte è arrivata a individuare come donazioni indirette quelle che sono realizzate: "(a) con atti diversi dal contratto (per esempio, negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui)" quando, attraverso di essi, si producano gli effetti di liberalità tipici della donazione. Nelle operazioni triangolari, poi, rilievo determinante per discernere tra donazione diretta o indiretta assume la funzione del terzo nell'economia contrattuale e nei suoi rapporti con il beneficiario. Se questi è mero esecutore di un regolamento contrattuale che interessa donante e donatario, tale per cui al beneficiario non è concessa azione diretta verso di esso per l'adempimento, si è presumibilmente in presenza di una donazione diretta, per cui è richiesta la forma solenne di cui all'art. 783 c.c.

⁵³ U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 436 il quale parla di "arricchimento senza corrispettivo della controparte vivificato dall'*animus donandi*"; L. GATT, *La liberalità*, I, *ibidem* e pp. 167-169 e p. 170 dove si afferma: "da un contratto diverso dalla donazione deve derivare lo stesso ("tipo di") *arricchimento* che deriva dal contratto di donazione e, quindi, in sostanza che l'*effetto liberale* si identifica con l'*effetto di arricchimento* (di "tipo") donativo". E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 43, invece, fa piuttosto leva sulla natura dell'interesse del donante: una donazione, infatti, può anche sottintendere un interesse economico, purché tale interesse non confluisca nella sinallagmaticità e corrispettività.

⁵⁴ Si noti che la nozione di patrimonio "civilistico" risulta differente da quella del patrimonio espropriabile, costituente (anche di fatto) la garanzia dei creditori. Il patrimonio ag-gredibile, infatti, è composto in primo luogo dai beni (in accezione ampia, v. nota ...) al momento del pignoramento di proprietà o nella titolarità del debitore ma anche da alcuni beni inizialmente appartenenti a terzi, ossia dai beni che ritornino nel patrimonio del debi-

nio”⁵⁵ e di “garanzia patrimoniale” del debitore di cui all’art. 2740 c.c.⁵⁶.

Questa interpretazione rafforza anche l’idea, accennata nell’introduzione, che la donazione nell’ordinamento civilistico contemporaneo sia da considerare in relazione alla sua connotazione patrimoniale, piuttosto che come generatore di relazioni e nei suoi aspetti non patrimoniali⁵⁷.

tore in seguito all’esperienza vittoriosa dell’azione revocatoria; dai beni dati dal terzo in pegno o garanzia; e dai beni, gravati da garanzia reale, acquistati da un terzo. A questo insieme di beni si aggiungono, tuttavia, tutti i beni che siano *per presunzione* considerati di titolarità del debitore: l’art. 513 c.p.c. è stato infatti interpretato dalla giurisprudenza, con il sostegno di parte della dottrina processualistica, nel senso che esso pone una presunzione di titolarità in capo al debitore di tutti i beni che si trovano spazialmente collocati nella sua casa e nei luoghi di sua pertinenza. Questa interpretazione, unitamente alla lettura dell’art. 621 c.p.c. che richiede che l’opposizione di terzo, per essere vittoriosa, debba fondarsi sulla prova sia del titolo di acquisto munito di data certa anteriore al pignoramento sia del fatto che i beni si trovavano presso il debitore per un titolo diverso da quello di proprietà, contribuisce chiaramente ad ampliare la nozione di “patrimonio” del debitore. Tali presunzioni operano con maggiore intensità quando sia in corso una procedura di liquidazione giudiziale. In tema si veda, recentemente e per una visione di sintesi, A. TRAVI, *Espropriazione forzata in genere*, in *Digesto/civ.*, VIII, 1992, 25 ss. Ci si permette inoltre di rimandare a M. CENINI, *Garanzie atipiche*, in *Dig. civ. Agg.*, 2013, p. 560.

⁵⁵ La nozione di patrimonio dal punto di vista civilistico è oggetto di analisi fin dai tempi di Gaio, il quale aveva prospettato la differenza tra *res corporales* e *res incorporales* proprio per classificare gli elementi attivi di un patrimonio. Come ricorda tuttavia Gambaro (A. GAMBARO, *La proprietà*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 58) nella tassonomia gaiana l’insieme delle *res corporales* comprendeva solo un elemento, il *dominium*, ossia il diritto di proprietà mentre tutti gli altri diritti patrimoniali, compreso l’usufrutto, l’*hereditas* e l’*obligatio* erano classificati tra le *res incorporales*. Di conseguenza, si contrapponeva il diritto di proprietà a tutti gli altri diritti patrimoniali, compresi appunto i diritti di credito e l’eredità e alle universalità di beni in generale. Questa bipartizione non ha poi storicamente resistito e si è avviata l’evoluzione fino ai giorni nostri. La letteratura su proprietà e beni che affronta anche la nozione di patrimonio è sterminata. Si ricorda inoltre questo celebre volume di André Chastel (1912-1990), celebre storico dell’arte e professore della Sorbona scritto insieme a Jean-Pierre Babelon che affronta il tema della nozione di patrimonio anche in collegamento con la religione, la monarchia, la famiglia, la nazione, la pubblica amministrazione e la scienza: J.P. BABELON-A. CHASTEL, *La notion de patrimoine*, Liana Levi, Paris, 1980, riedito nel 1994.

⁵⁶ Sulla nozione di patrimonio rilevante ai fini dell’art. 2740 c.c., la letteratura è molto vasta. Si vedano in particolare: L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, ESI, Napoli, 1971; ID., *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali*, in P. SCHLESINGER, *Il Cod. civ., comm.*, II ed., Milano, 2010, *sub art.* 2740, p. 1 ss.; G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. civ.*, VIII, 1992, 579 ss.; P. GALLO, *sub art.* 2740, in G. BONILINI-A. CHIZZINI, *Comm. cod. civ.*, a cura di G. Gabrielli, I ed., *Della tutela dei diritti*, 2015, 817 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in P. RESCIGNO, *Tratt. dir. priv.*, II ed., Utet, Torino, 2008, p. 483 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Utet, Torino, 2011, 1 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali, la prescrizione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3 ss.

⁵⁷ Cfr. *supra* nell’Introduzione e S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l’attribuzione*, cit., in part. pp. 161 ss. e in part. 164: “la gratuità, la liberalità e, più in generale, l’attribuzione di un “beneficio”, invece, sono funzioni collegate alla patrimonialità degli atti ed alla volontà costitutiva e/o effettuale del disponente e del beneficiario” e ivi ulteriori riferimenti.

Il depauperamento, dunque, deve consistere in una perdita di un bene⁵⁸ (nell'ampia accezione di cui all'art. 2740 c.c., comprensiva anche dei diritti di credito)⁵⁹ nella titolarità del debitore o nell'assunzione di una obbligazione⁶⁰ che comporti una diminuzione, anche non necessariamente ingente⁶¹ e non immediata⁶², della sua garanzia patrimoniale generica⁶³.

Solo in questa accezione si spiega lo stretto collegamento tra norme a tutela dei legittimari lesi nei loro diritti dall'atto di liberalità⁶⁴, la norma sulla revocatoria ordinaria⁶⁵ e le norme, che pure si riferiscono espressamente alla gratuità e alla liberalità, previste dalla normativa fallimentare (in particolare, l'art. 64 e 67 L.F.⁶⁶), oggi Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza⁶⁷ (artt. 163, 165, e 166)⁶⁸.

⁵⁸ Sulla nozione di bene e di patrimonio, si veda anche A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012; ID., *La proprietà*, cit.

⁵⁹ A. TRAVI, *Espropriazione forzata in genere*, cit., p. 25 ss.

⁶⁰ Come vedremo anche *infra* la tesi prevalente ritiene che nell'ambito del contratto di donazione l'obbligazione assunta dal donante possa essere sono un dare (e non un fare); si conferma così la radicale differenza tra liberalità e contratti a titolo gratuito tipici. Si veda U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., pp. 436-437.

⁶¹ Per aversi liberalità, in ogni caso, la diminuzione del patrimonio del donante deve essere apprezzabile ma non necessariamente consistente (si pensi alle liberalità d'uso come la mancia al fattorino) e questo porta ad osservare che per qualificare un atto come donazione, i termini meramente economici e il "quantum" è irrilevante, mentre questo aspetto può rilevare ai fini della validità dell'atto, essendo la forma solenne richiesta per le donazioni non di modico valore.

⁶² Nel caso di assunzione di obbligazione da parte del donante, che deve comunque consistere in una obbligazione di dare, l'impovertimento non è attuale ma è, solitamente, futuro: cfr. A. TORRENTE (aut.), U. CARNEVALI (cur.), A. MORA (cur.), *La donazione*, cit., p. 8 (che parla di impoverimento "potenziale").

⁶³ Lo stesso A. TORRENTE, *op. ult. cit.*, p. 10 rileva che a causa del depauperamento, l'atto sarebbe più grave per il suo autore e di conseguenza sarebbe sottoposto a regole più rigide dell'atto meramente gratuito in cui l'arricchimento non inciderebbe sul patrimonio del disponente provocando in esso una effettiva perdita. Parzialmente critico E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 21, il quale sposta poi l'attenzione ad una nozione di arricchimento/depauperamento non solo economico ma anche in senso giuridico e soggettivo.

⁶⁴ Anche le norme sulla revoca per sopravvenienza di figli rispondono alla stessa logica, dal momento che i figli, in quanto legittimari, potrebbero successivamente impugnare la donazione per lesione dei loro diritti.

⁶⁵ Su questo si rimanda al Capitolo III.

⁶⁶ R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Sulla nozione di patrimonio rilevante per la revocatoria, si veda il celebre testo di A. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956.

⁶⁷ D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155.

⁶⁸ Questa è anche la tesi proposta in più punti da L. Gatt nei suoi lavori monografici: si veda in particolare, con riferimento alla riconducibilità di alcuni contratti a titolo oneroso a

Collegando inoltre la nozione di “depauperamento” con quella di diminuzione della garanzia patrimoniale generica del debitore si spiega altresì la fondamentale differenza tra liberalità e contratti a titolo gratuito tipici (comodato, mutuo senza interessi, deposito, trasporto e mandato gratuiti): i contratti gratuiti tipici quali quelli citati, infatti, comportano senza dubbio un vantaggio a favore di una delle parti ma non, almeno nella maggioranza dei casi, un “depauperamento” significativo del disponente ai sensi della disciplina della garanzia generica del debitore⁶⁹. È pur comunque vero che, come sottolinea attenta dottrina⁷⁰, in certe ipotesi anche i contratti gratuiti potrebbero realizzare una liberalità, e ciò si realizzerebbe almeno tutte le volte in cui il depauperamento appaia economicamente rilevante⁷¹.

Discorso diverso dovrebbe farsi, come ovvio, se si fosse di fronte ad un contratto oneroso (ad es. locazione) e ad una successiva rinuncia al credito: questa fattispecie senza dubbio rileva in termini di donazione indiretta⁷².

Tuttavia, a riguardo è opportuno ricordare un recente caso deciso dalla Corte di Cassazione⁷³ concernente la vendita di un immobile con contestuale remissione del prezzo. In questa pronuncia, che in realtà concerneva la responsabilità del notaio e il rispetto degli obblighi su di lui gravanti

contratti ad effetti liberali, questo passaggio a p. 188 in cui l’Autrice afferma: “si mira, infatti ad accertare se da un contratto oneroso possa derivare un effetto liberale, che – come si tentato di porre in luce, sebbene non ancora compiutamente – ha carattere incrementativo in senso *economico*, ed è preso in esame dal legislatore in quanto idoneo ad incidere sulla *consistenza dei soli beni che possono costituire oggetto di garanzia patrimoniale*. L’effetto liberale riguarda infatti una certa parte della consistenza economica del patrimonio di un soggetto: quella *aggredibile da terzi*”. In questa prospettiva si veda anche M. SANDULLI, *Gratuità dell’attribuzione e revocatoria fallimentare*, ESI, Napoli, 2012.

⁶⁹ Sostiene in maniera netta la non riconducibilità alle liberalità indirette dei contratti a titolo gratuito tipici anche L. GATT, *La liberalità*, I, cit., pp. 315 ss. e ivi ampia bibliografia; A. TORRENTE (aut.), U. CARNEVALI (cur.), A. MORA (cur.), *La donazione*, cit., p. 11. Dedicative significative pagine, partendo dalla differenza tra contratti a titolo gratuito e contratti a titolo oneroso, alla differenza tra gratuità non liberale e gratuità liberale (o, *tout court*, tra gratuità e liberalità) anche E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., pp. 5 ss. Si veda anche L. GATT, *Ricostruzione dell’asse ereditario e liberalità*, nota a Trib. Napoli, 9 maggio 2005, in *Dir. giur.*, 2007.

⁷⁰ Si veda A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID., *I contratti di donazione*, cit., p. 50, il quale distingue il caso di un comodato della casa di villeggiatura per una sola stagione, che sarebbe ascrivibile tra i contratti a titolo gratuito non donativi, e il “comodato” per tutte le stagioni estive della vita del donante: in questo caso, si sarebbe di fronte ad una donazione indiretta.

⁷¹ Il criterio di distinzione sarebbe dunque economico e non formale.

⁷² Si veda Cass., S.U., 27 luglio 2017, n. 18725.

⁷³ Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2022, n. 13857. Sul tema si veda il commento di G. SICCHIERO, *Notai: vendita con remissione del prezzo?*, disponibile online su: <https://blog.ticosoci.it/blog/148/notai-vendita-con-remissione-del-prezzo>; ID., *La vendita con spese a carico del venditore*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 1091 ss.

ai sensi dell'art. 47 della legge notarile⁷⁴, la Corte ha negato che fosse configurabile una fattispecie di collegamento negoziale tra contratto di vendita e remissione del debito e ha concluso nel senso che l'atto di compravendita fosse simulato⁷⁵.

Ancora, si ritiene che in una ricostruzione rigorosa della nozione di depauperamento rilevante ai fini della definizione della liberalità (diretta e indiretta), possa anche farsi rientrare la differenza – che vedremo essere particolarmente rilevante in ambito societario – tra attribuzioni gratuite “interessate” e “non interessate” (e dunque autenticamente liberali)⁷⁶: tutte le volte infatti in cui il disponente ottiene un vantaggio, anche indiretto, come contropartita dell'attribuzione patrimoniale o comunque sia mosso da un interesse patrimoniale ed economico (come vedremo nella maggior parte dei casi che riguardano le attribuzioni gratuite effettuate dal socio, magari di maggioranza, di una società), non si è di fronte ad un depauperamento rilevante ai fini della qualificazione dell'atto in termini di liberalità.

Non smentisce questa ricostruzione, anzi la rafforza, il dato per cui la donazione può anche consistere nell'assunzione di una obbligazione nei confronti del donatario: secondo la tesi prevalente, sebbene non unani-

⁷⁴ L. 16 febbraio 1913, n. 89. In particolare, il c. 2 dell'art. 47 recita: “Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto”.

⁷⁵ Nel caso di specie, infatti, il notaio aveva rogato circa cinquanta atti di compravendita, in forma pubblica e alla presenza di testimoni, nei quali i contraenti avevano concordato e indicato in atto un prezzo ma la parte venditrice aveva contestualmente dichiarato la remissione del debito a favore della parte acquirente. La presenza dei due testimoni già provava l'intento liberale del venditore ma la Corte d'Appello aveva ritenuto che non vi fossero violazioni degli obblighi derivanti dalla legge notarile dal momento che “la compravendita si è realizzata, con l'avverarsi degli effetti giuridici propri del contratto stipulato, appunto di compravendita, le cui obbligazioni sono distinte rispetto a quelle derivanti dalla, pur contestuale, remissione del debito che rappresenta un diverso negozio unilaterale recettizio, con la conseguenza che lo schema negoziale posto in essere non creerebbe incertezza giuridica”; la Cassazione, invece, riformando la sentenza d'appello, ha ritenuto che “gli atti rogati dal notaio – che pure sottolinea non essere stati medio tempore oggetto di impugnazione – non erano idonei a garantirne la certezza in quanto potenzialmente impugnabili, trattandosi di compravendite ove la volontà delle parti era evidentemente quella di compiere un atto di liberalità, in tal modo esposte ad essere oggetto di impugnative di nullità per simulazione, eventualità che il notaio non ha d'altro canto provato di avere segnalato alle parti”. L'atto rogato avrebbe dunque violato il cd. obbligo di adeguamento che grava ex art. 47, L. n. sul notaio, il quale, infatti, una volta accertata la volontà delle parti, “deve portare al conseguimento di un atto idoneo che garantisca la parte e, al tempo stesso, assicuri la serietà e la certezza degli atti giuridici”; nel caso di specie, invece, si sarebbe di fronte ad una simulazione relativa che, secondo la Corte (ma non secondo la dottrina), comporterebbe la nullità del contratto. Il tema se la simulazione sia riconducibile alla nullità di un contratto è dibattuto in dottrina; sicuramente non riconducibile alla nullità sono tuttavia le fattispecie di nullità relativa. Si veda anche, in questo senso, G. SICCHIERO, *Notai: vendita con remissione del prezzo?*, cit. e ivi ulteriori riferimenti.

⁷⁶ Si sofferma molto sulle attribuzioni interessate o non interessate E. DAMIANI, *Art. 769 c.c.*, cit., p. 11 e *passim*.

me⁷⁷, infatti, è idonea a costituire liberalità solo l'obbligazione di dare e non anche l'assunzione di qualunque obbligazione⁷⁸. Ancora una volta, solo in questo caso, infatti, può dirsi che si è di fronte ad un depauperamento del patrimonio dell'autore della liberalità⁷⁹.

Si noti infine che, secondo una autorevole dottrina⁸⁰, anche ai fini successori e in particolare ai fini della collazione di cui all'art. 737 c.c. si deve avere riguardo al depauperamento del disponente piuttosto che all'arricchimento del beneficiario.

Questa tesi si basa su un argomento sistematico, ossia la presenza nel codice civile dell'art. 1923 c.c. dettato in tema di assicurazione sulla vita, ma anche sui principi generali in materia successoria⁸¹. Questa im-

⁷⁷ Per l'ammissibilità delle donazioni obbligatorie di fare si veda L. GATT, *La liberalità*, I, cit., pp. 41 ss. (e ivi ulteriori riferimenti), sebbene in altri passaggi del volume e in altri scritti, soprattutto quando si esclude dall'area della liberalità i contratti tipici a titolo gratuito, sembra mettersi in discussione tale assunto: si veda, ad esempio, p. 334 ss. e p. 340 e p. 343: "sembra ragionevole sostenere che la prestazione di non fare (cioè di *patti*) – al pari della prestazione di fare – sia di per sé inidonea a tradursi in un risultato di liberalità e non debba essere confusa con la prestazione differita di dare ovvero con la rinuncia a diritti quesiti. Ne consegue, in prima approssimazione ..., la restrizione dell'effetto liberale (a contenuto) obbligatorio all'assunzione di un'obbligazione di dare ovvero a quella di fare che si traduca sostanzialmente in un dare". Inoltre, L. GATT, *Donazione e liberalità nel diritto italiano e tedesco*, in M.V. DE GIORGI-S. DELLE MONACHE-G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, Padova, 2010, pp. 1175 ss.; A. TORRENTE (aut.), U. CARNEVALI (cur.), A. MORA (cur.), *La donazione*, cit., pp. 14 ss. nel paragrafo, a firma di Carnevali e Mora, di aggiornamento rispetto alla prima edizione dell'opera, i quali sembrano comunque propendere per l'opinione secondo cui le obbligazioni di fare non potrebbero né essere oggetto del contratto di donazione né essere ricostruite nei termini di liberalità non donative. Sul tema si veda anche, in ottica civilistica – comparatistica, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, cit., pp. 45 ss.

⁷⁸ Si conferma così inoltre la radicale differenza tra liberalità e contratti a titolo gratuito tipici. Si veda U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 436-7, il quale inoltre sottolinea che si evitano così le difficoltà di procedere ad una stima del valore del *facere* donato qualora ciò si rendesse necessario nei casi di obbligo di restituzione (conseguente alla invalidità o alla inefficacia della donazione) o di collazione, oppure nei casi in cui è rilevante conoscere l'arricchimento del donatario (art. 438, ultimo comma, e 793, c. 2).

⁷⁹ Si veda anche questo passaggio in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1440: "Lavorare, prestare sono un sacrificio, una perdita, un passivo, un elemento negativo in senso giuridico e in senso economico. La peculiarità delle prestazioni di fare sta in altro. Chi adempie esaurisce il proprio sacrificio nel consumo di risorse (tempo, energie intellettuali e lavorative) non sempre destinate ad un utilizzo produttivo, perciò non sempre convertibili in mezzi di pagamento, non aggredibili da terzi creditori, non capaci di pesare in un bilancio come poste attive. Solo in questo senso la vicenda può considerarsi ad alcuni fini in modo diverso da una perdita. Per questo motivo, l'esecuzione di un mero fare non dà luogo a collazione, a revocatoria, non è lesiva del pari trattamento dei creditori.

⁸⁰ A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, cit., p. 76; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 536 il quale ribadisce che l'oggetto della liberalità è il depauperamento subito dall'autore della stessa.

⁸¹ I rimedi successori sono pensati avendo a presupposto il depauperamento del patri-