

Studio n. 293-2012/C

Divieto di donazione di beni futuri e donazioni indirette

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 20 luglio 2012

È ormai trascorso un ventennio da quando un famoso *revirement* della giurisprudenza di legittimità a proposito della individuazione dell'oggetto delle donazioni indirette, dal clamore non ancora sopito, ha regalato - non si sa quanto consapevolmente - una rinnovata attualità al tema del divieto di donazione di beni futuri, trsguardato nell'ottica del tutto peculiare del suo rapporto con la donazione indiretta ⁽¹⁾.

Tale ritrovato interesse per la disposizione dell'art. 771 cod. civ. si accresce ulteriormente ed esponenzialmente al cospetto della recente riaffermazione, sempre nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, della equiparazione tra donazione di beni futuri e donazione di beni altrui ⁽²⁾, che la dottrina assolutamente prevalente invece non aveva mai smesso di sostenere ⁽³⁾.

Il tema esaminato nel presente scritto, conseguentemente, non riguarda soltanto le donazioni indirette aventi ad oggetto beni futuri, quali l'acquisto di bene futuro a favore di terzo o la permuta, sempre a favore di terzo, di cosa presente con cosa futura ⁽⁴⁾. È in gioco, più in generale, l'intero fenomeno della intestazione del bene a nome altrui, posto che, se l'oggetto della liberalità indiretta deve identificarsi con il bene del quale si è arricchito il beneficiario anziché con il denaro impiegato per l'acquisto, come statuisce la corrente giurisprudenza, dovrà anche concludersi che l'oggetto della liberalità indiretta non fa mai parte - per definizione - del patrimonio del disponente.

L'approccio tradizionale al tema del rapporto tra divieto di donazione di beni futuri e liberalità indirette si è consumato *tout court*, per lo più, tra il riconoscimento (o il disconoscimento) della natura eccezionale del divieto di cui all'art. 771 cod. civ. ⁽⁵⁾ e, sotto altro collegato profilo, tra l'affermazione (o la negazione) della tassatività dell'elenco di norme applicabili alle liberalità indirette contenuto nell'art. 809 cod. civ.

Il riferimento è, ad esempio, al lavoro di G. CAPOZZI ⁽⁶⁾ nel quale, premessa la distinzione nell'ambito della disciplina delle donazioni indirette tra norme relative alla forma – riguardanti il negozio diretto o negozio-mezzo - e norme relative alla sostanza (cd norme materiali), applicabili invece al negozio indiretto o negozio-fine, si accomunano alle norme materiali indicate nell'art. 809, le disposizioni in materia di collazione e di imputazione *ex se*, e tra diverse altre, il divieto di donazione di beni futuri di cui all'art. 771 cod. civ, “per una evidente applicazione estensiva del citato art. 809”.

A proposito di detta impostazione, deve comunque farsi rilevare che la disposizione dell'art. 782 cod. civ. – generalmente ritenuta inapplicabile alle donazioni indirette - è norma “formale” in quanto è norma regolatrice della forma dell'atto, ma obbedisce pur sempre, sul piano “materiale”, ad un preciso obiettivo di politica legislativa – prevenire, attraverso la solennità della forma pubblica, le prodigalità non sufficientemente ponderate – comune, secondo una autorevole dottrina di seguito esaminata, agli obiettivi perseguiti dalla disposizione dell'art. 771 cod. civ.

La giurisprudenza di legittimità si è occupata più volte della portata dell'art. 809 cod. civ. per escludere che l'elenco di norme ivi dettate per le donazioni indirette debba essere integrato con la disposizione dell'art. 782 cod. civ. che impone, per la donazione diretta, la forma dell'atto pubblico ⁽⁷⁾.

In particolare, la Corte di Cassazione ⁽⁸⁾, nel ricondurre la fattispecie del *negotium mixtum cum donazione* nel novero dei negozi indiretti, connotati dalla utilizzazione di un negozio tipico in vista della realizzazione di uno scopo ulteriore o diverso rispetto a quello del negozio posto in essere, ha affermato il principio che, costituendo il negozio indiretto una delle espressioni dell'autonomia privata, la forma negoziale, in linea di principio, non può che essere quella del negozio concretamente adottato.

Nell'ottica del presente studio, è interessante osservare che la Corte Suprema, nel fare applicazione di tale principio alle donazioni indirette:

- 1) ha tratto conferma della propria conclusione dalla circostanza che l'art. 809 cod. civ. non richiama tra le norme applicabili alle donazioni indirette quella che prescrive la specifica forma dell'atto pubblico, in questo modo assegnando evidentemente all'art. 809 cod. civ. il carattere di norma di stretta interpretazione ⁽⁹⁾;
- 2) ha fatto rilevare che, facendo parte la norma sulla forma della donazione di quelle disposizioni volte a realizzare (per evitare che lo spirito di liberalità possa trasformarsi in un pregiudizio del donante) la tutela del medesimo (di regola con strumenti che operano in modo preventivo), essa, a differenza delle norme che assicurano la tutela dei terzi, non può essere estesa a quei negozi che perseguono l'intento di liberalità con schemi negoziali

previsti per il raggiungimento di finalità di altro genere: troppo radicale sarebbe infatti in tal caso il sacrificio dell'autonomia privata alla quale si deve ricondurre il potere delle parti di avvalersi delle figure negoziali per perseguire finalità lecite e, come tali, atte a trovare nell'ordinamento il loro riconoscimento.

Tale rilievo è centrale anche nelle riflessioni di Andrea TORRENTE ⁽¹⁰⁾, che ha osservato che l'intento liberale, pur obbedendo a una funzione sociale, presenta la particolarità di portare in sé, accanto al risultato socialmente utile, il germe di un risultato dannoso al donante o ai terzi: a lasciarlo del tutto libero – continua l'illustre autore - lo spirito di liberalità si può trasformare in uno strumento di pregiudizio per il donante stesso o per i terzi. La tutela non è identica, ma varia secondo i soggetti a cui è rivolta. E, posto che nei riguardi del donante questa tutela – cui è preordinata anche la disposizione dell'art. 771 cod. civ. – ha, di regola, natura preventiva e mira a proteggerlo dall'inesperienza, dall'inavvedutezza, dalla prodigalità, detta tutela preventiva non può che essere legata al mezzo impiegato. L'ordinamento non può estenderla a qualsiasi negozio dal quale possa risultare indirettamente una donazione se non sopprimendo o limitando l'autonomia privata, e cioè cagionando un inconveniente peggiore del male ⁽¹¹⁾.

Non è un azzardo immaginare che la scarsa, e a volte superficiale, attenzione con la quale è stato esaminato il tema del rapporto tra divieto di donazione di beni futuri e donazione indiretta sia da porre in relazione alla tradizionale impostazione della questione dell'individuazione dell'oggetto delle donazioni indirette.

Una voce pressoché unanime in dottrina e in giurisprudenza, al cospetto della varietà delle articolazioni negoziali nelle quali potevano concretamente atteggiarsi le fattispecie di donazioni indirette, vedeva sempre nel denaro, o comunque nel bene uscito dal patrimonio del donante indiretto nel caso liberalità attuata mediante permuta a favore di terzo, l'oggetto della liberalità ⁽¹²⁾.

Il denaro, in quanto cosa generica, è bene distante dai concetti di futurità e di altruità ⁽¹³⁾: conseguentemente la tesi dell'inapplicabilità del divieto alle donazioni indirette finiva con l'apparire una mera affermazione di scuola, per la difficoltà di individuare nella pratica – almeno in quella notarile – fattispecie di donazioni indirette aventi ad oggetto beni futuri o beni altrui e dunque sottratte a detto divieto. Correlativamente, la opposta convinzione dell'applicabilità del divieto alle donazioni indirette rischiava, da un canto, di infrangersi contro l'ovvietà – ché tanto era il denaro a formare oggetto della liberalità e, dall'altro, di apparire incoerente, nei casi, forse un po' più rari ma non inconcepibili, in cui il donante indiretto – volendo arricchire il proprio donatario del bene presente di proprietà di un terzo o della somma di denaro ricavanda da una

vendita, avesse rivestito il ruolo di permutante (lui) della cosa futura o altrui, nel caso di permuta, o di venditore di cosa futura o altrui, nel caso di vendita.

Nell'anno 1992, preceduta da due pronunce di sezione semplice, irrompe – come detto - la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 9282 che, ribaltando l'orientamento precedente, consolidato in dottrina come in giurisprudenza, stabilisce che *“nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, con la sua adesione, la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, e, quindi, integra donazione indiretta del bene stesso, non del denaro. Pertanto, in caso di collazione, secondo le previsioni dell'art. 737 cod. civ., il conferimento deve avere ad oggetto l'immobile, non il denaro impiegato per il suo acquisto”*.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle ragioni che hanno condotto a tale cambio di indirizzo né per enucleare tutte le fattispecie nelle quali si realizzi una donazione indiretta (adempimento dell'altrui obbligo di pagare il prezzo, contratto preliminare per persona da nominare con pagamento del prezzo da parte del disponente e *electio* a favore del beneficiario, contratto a favore del terzo nella forma di vendita o di permuta a favore del terzo, ecc.)⁽¹⁴⁾: resta il fatto che, se l'oggetto dell'attribuzione della quale il disponente intenda beneficiare, in modo indiretto e per spirito di liberalità, il proprio donatario sia una cosa futura, non si sfugge a un'alternativa:

- o la donazione indiretta diventa propriamente lo strumento (lecito) per attuare una donazione di bene futuro⁽¹⁵⁾;

- o la donazione indiretta, che abbia per oggetto beni futuri destinati al beneficiario della liberalità, è sanzionata con la nullità di cui all'art. 771 cod. civ.

La seconda alternativa presenta una relevantissima aggravante: che, posto che la donazione di bene altrui è stata anche di recente equiparata alla donazione di bene futuro, la sanzione della nullità riguarderebbe praticamente tutti i casi in cui il disponente voglia beneficiare, in una delle forme indirette sopra accennate, il suo donatario di un bene che non faccia parte del proprio patrimonio.

Si può muovere, per scongiurare tale grave conseguenza, da un argomento di scarso – o nullo – spessore scientifico, ma non poco rassicurante sul piano empirico: che, cioè, la questione in termini così impietosi non è mai stata sollevata nella pur cospicua elaborazione giurisprudenziale in materia di intestazione del bene a nome altrui.

A parte questo rilievo empirico, deve più seriamente osservarsi che è proprio un passaggio della motivazione della giurisprudenza che - per così dire - ha creato il problema, a fornire la chiave metodologica per una sua più convincente, ad avviso di chi scrive, soluzione.

Il riferimento, nella motivazione di Cass., 5 agosto 1992, n. 9282, sopra citata, è al passaggio in cui si spiega che, se per donazione indiretta deve intendersi un negozio che, pur non avendo la forma della donazione, sia mosso da fine di liberalità ed abbia lo scopo e l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario, l'arricchimento del beneficiario ben può essere effetto di un negozio che questi ha concluso con un terzo: nel caso ivi esaminato, con il venditore, rientrando in tale caso la vendita nel complesso procedimento di attuazione della donazione indiretta.

Dunque, una corrispondenza tra il bene uscito dal patrimonio del donante e il bene entrato nel patrimonio del beneficiario si riscontra nella donazione diretta del bene, mentre nella donazione indiretta tale corrispondenza è esclusa, tenuto anche conto che - come la Cassazione ricorda richiamando un'osservazione della dottrina - *“non deve farsi confusione tra l'arricchimento, che è una nozione economica, e il trasferimento, che è una nozione giuridica. Non è detto che l'arricchimento possa essere soltanto il risultato del trasferimento dal donante al donatario, perché, nella donazione indiretta, il donante può procurarlo anche ottenendo a favore del donatario il trasferimento da parte di un terzo”*.

La non coincidenza tra depauperamento e arricchimento - che costituisce la regola nelle donazioni indirette - conduce, per quanto qui interessa, a due importanti conclusioni:

- 1) deve ritenersi del tutto legittima, e anzi necessaria, al riparo da qualsiasi censura di incoerenza, la frammentazione della disciplina della donazione indiretta: si vuol dire che è possibile che, nell'ambito della disciplina della medesima donazione indiretta, una norma guardi all'arricchimento - essendo interessata alla posizione del donatario, ad esempio, nei suoi rapporti con gli altri coeredi (v. art. 737), e un'altra guardi al donante e a ciò di cui lo stesso si spogli, essendo invece interessata a tutelare l'integrità del patrimonio di questi dall'eccesso di prodigalità;
- 2) è ben possibile, se depauperamento del donante e arricchimento del donatario non coincidono, che la prestazione della cosa futura (o altrui) riguardi la prospettiva del donatario, che si arricchisca di essa, ma anche, in alternativa, la prospettiva donante, che pretenda di impoverirsi di una cosa futura o altrui.

Si converrà, conseguentemente, che l'applicazione del divieto di cui all'art. 771 cod. civ. alle donazioni indirette non può essere sempre esclusa *in toto*, né sempre *in toto* affermata, dovendo invece fondarsi, oltre che su una preliminare individuazione della *ratio* della disposizione, sull'analisi delle singole fattispecie concrete.

La individuazione delle ragioni giustificatrici del divieto di donazione di beni futuri ha rappresentato una prova difficile per la dottrina, tanto che, come ha notato A. PALAZZO ⁽¹⁶⁾, a volte si è perfino rinunciato ad individuarla. Ecco, in rapida rassegna, i risultati di tale elaborazione.

I)

Secondo una prima tesi, sostenuta da B. BIONDI ⁽¹⁷⁾, la ragione del divieto va correlata al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 cod. civ. e all'esigenza di tutelare la libertà di testare e di rimarcare la esclusività del testamento quale unico atto di disposizione a causa di morte.

Detta conclusione muove da una ricostruzione storica del divieto, la cui origine si colloca nel diritto consuetudinario francese per riprodursi successivamente, attraverso la codificazione francese, prima nel nostro codice abrogato e quindi, con invariata formulazione letterale, nel codice vigente. Fin dal diritto consuetudinario francese, infatti, il divieto in discorso era concepito in funzione della donazione di tutti i beni presenti e futuri (*donatio omnium bonorum*) e inizialmente la donazione si dichiarava nulla anche rispetto ai beni presenti.

Il nostro legislatore ha adottato una diversa soluzione, circoscrivendo la nullità ai soli beni futuri, ma avendo a mente anch'egli – esattamente come nel diritto consuetudinario francese – la donazione di un complesso di beni presenti e futuri. Come nota BIONDI ⁽¹⁸⁾, l'affermazione normativa per cui la donazione, “se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi” sarebbe oziosa, se il divieto si riferisse alla donazione di singoli e determinati beni futuri, non compresi cioè nella donazione universale. Donare un complesso di beni, tra cui anche i beni futuri, significa infatti disporre di quella *universitas* presente e futura, che forma oggetto di successione ereditaria, e che non può essere oggetto di disposizione, ai sensi dell'art. 458 cod. civ., se non con lo strumento testamentario. Coerentemente, secondo la tesi in discorso, sarebbe invece consentita la donazione di singoli e determinati beni futuri ⁽¹⁹⁾.

II)

Per la più antica dottrina italiana ⁽²⁰⁾, il divieto sarebbe espressione del principio *donner et retenir ne vaut*: il bene futuro non potrebbe essere oggetto di tradizione e, se fatto oggetto di donazione, ne comprometterebbe l'irrevocabilità. La tesi è stata largamente avversata: quanto alla necessità della traditio, si fa notare che essa è un elemento che attiene all'esecuzione piuttosto che all'esistenza della donazione e comunque, quand'anche la si voglia considerare elemento perfezionativo della fattispecie in deroga al principio consensualistico dettato in materia di contratti dall'art. 1376 cod. civ., ciò varrebbe per le sole donazioni di modico valore. L'irrevocabilità del contratto, del resto, non è legata alla circostanza che il contratto abbia per oggetto un bene presente, ma rappresenta un principio generale in materia di contratti,

efficacemente espresso, attraverso un richiamo alla “forza di legge”, dall’art. 1372 cod. civ., ed applicabile anche ai negozi a consenso anticipato⁽²¹⁾.

III)

Per altra dottrina⁽²²⁾, infine, è una ragione di politica legislativa che si riconduce alle direttive fondamentali seguite nella disciplina della donazione che giustifica il divieto di donazione di cosa futura: tale ragione consiste nell’intento di frenare la prodigalità. Spiega tale autorevole dottrina che nel campo dei rapporti onerosi, per le necessità stesse della vita degli affari, “le contrattazioni sui beni futuri rispondono alla funzione di alimentare il commercio, di provvedere al domani, di assicurare il ritmo della produzione”. Questa esigenza non si presenta rispetto alla donazione, operando invece in senso contrario la necessità di frenare la prodigalità. Sul piano tecnico-legislativo, questa concezione si traduce in un limite posto, per ragioni di ordine pubblico, al potere di impoverimento proprio, per arricchire altri, che l’ordinamento riconosce a ciascun soggetto. Significative, poi, nello stesso ordine di idee, le parole di altro illustre autore⁽²³⁾: “La nullità della donazione di cose future, che colpisce anche l’eventuale donazione di cosa altrui, costituisce un opportuno freno. La donazione di cose future esporrebbe al pericolo di compromettere le future possibilità economiche. E’ utile poi che il donante senta concretamente il peso del sacrificio che incontra con la sua liberalità.”

Tale ricostruzione, pur molto seguita, non è stata esente da rilievi critici, apparendo da altri non compatibile con la scelta legislativa di consentire la c.d. donazione universale avente ad oggetto tutti i beni presenti del donante⁽²⁴⁾.

Passate in rassegna le diverse ipotesi di individuazione del fondamento del divieto di donazione di beni futuri⁽²⁵⁾, si converrà che, indipendentemente dalla intrinseca forza di convincimento propria di ciascuna di esse, nessuna delle ragioni sopra illustrate sembra operare in tutti i casi - statisticamente i più numerosi - in cui il donante indiretto, adottando uno qualsiasi degli schemi procedurali dell’intestazione del bene a nome altrui o ricorrendo al contratto a favore di terzi, effettui un pagamento in denaro o ceda in permuta un proprio bene presente per far conseguire al beneficiario la proprietà di una cosa futura o di una cosa altrui⁽²⁶⁾.

Non certamente la preoccupazione della salvaguardia della libertà di testare, che si è detto essere collegata alla donazione universale di tutti i beni presenti e futuri, ma nemmeno lo spettro della revocabilità della donazione in assenza – qui non ricorrente a seguito dell’obiettivo “consumazione” della vicenda negoziale dal lato del disponente – di *traditio* e di attualità dello spoglio del donante indiretto. Tale ultima conclusione non sembra affatto inficiata dalla possibilità, offerta allo stipulante dal secondo comma dell’art. 1411 cod. civ., di revocare o modificare la

stipulazione a favore del terzo finché quest'ultimo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. La dichiarazione del terzo, obbedendo al principio generale di intangibilità dell'altrui patrimonio, ha una funzione sostanzialmente corrispondente (anche se giuridicamente non coincidente), da tale peculiare punto di vista, a quella dell'accettazione della donazione diretta, nelle more della quale, parimenti, è consentito al donante di revocare l'offerta di donazione (cfr. art. 782, terzo comma, cod. civ.).

La stessa osservazione per cui il pagamento del prezzo da parte del disponente, o la cessione in permuta di un proprio bene presente, esauriscono la prestazione del donante indiretto consente di escludere, in tali fattispecie, ogni rischio di eccessi di prodigalità, così rendendosi inoperante in concreto anche quella scelta di politica legislativa che, secondo una delle dottrine sopra citate, rappresenta la ragione giustificatrice del divieto di donazione di beni futuri.

La conclusione, cui si perviene attraverso l'esame delle diverse ipotesi di ratio offerte dall'elaborazione dottrina, della inapplicabilità del divieto di cui all'art. 771 cod. civ. alle donazioni indirette vale però, come già accennato, in tutti i casi in cui il disponente esaurisca la propria prestazione al momento del perfezionamento del negozio mezzo, assumendo alternativamente il ruolo di chi paghi il prezzo di acquisto del bene da donare, in via indiretta, al beneficiario, o di chi ceda in permuta, quale corrispettivo del bene da donare, un proprio bene presente.

Alla opposta conclusione dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 771 cod. civ. deve invece pervenirsi nelle fattispecie di donazione indiretta, certamente più rare ma non inconcepibili, in cui sia il disponente ad assumere, nel negozio mezzo, il ruolo di colui che ceda la cosa futura o la cosa altrui, quale corrispettivo di una somma di denaro o di un altro bene del quale si intenda arricchire il beneficiario.

Si facciano i seguenti esempi: I) Tizio, volendo arricchire Caio della disponibilità di una somma di denaro, vende a terzi non un bene presente nel proprio patrimonio, ma un bene futuro, o un bene altrui, con l'intesa che l'acquirente versi la somma dovuta a titolo di prezzo al beneficiario Caio. II) Lo stesso Tizio, volendo arricchire Caio del bene di proprietà di un terzo, cede in permuta a quest'ultimo un bene futuro, o un bene altrui, con l'intesa che l'attribuzione del bene del terzo venga effettuata, a titolo di liberalità, a favore di Caio.

In tali fattispecie, la posizione del disponente non è sostanzialmente diversa, anzi si direbbe identica a quella del donante diretto di cosa futura o di cosa altrui: quale che sia la ragione giustificatrice del divieto, si ritiene che esso debba applicarsi anche a tali ipotesi, se è vero che il donante indiretto, anche in tali ipotesi, dispone di un'attribuzione patrimoniale, che non corrisponde all'arricchimento del donatario, ma della cui effettiva consistenza economica, a

motivo della futurità o dell'altruità della cosa da cedere, potrebbe non necessariamente e compiutamente avvedersi.

Ciro De Lorenzo

-
- 1) Ci si riferisce all'orientamento giurisprudenziale inaugurato, dopo un paio di pronunce di sezione semplice, da Cass., Sez. Un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, 373, n. REGINE; *Foro it.*, 1993, I, 1544, n. DE LORENZO; *Riv. not.*, 1993, 144. L'orientamento è stato da ultimo confermato in Cass., Sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, Fasc. 5, Pag. 508, n. G. IACCARINO.
L'espressione "donazione indiretta" viene utilizzata nel presente scritto per riferirsi a quella serie di atti diversi dalla donazione contrattuale, molti dei quali risultano disciplinati tipicamente da autonome fattispecie, che possono essere impiegati per attuare in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione. Tali atti eterogenei sogliono essere ricompresi tutti, proprio perché hanno in comune questo particolare profilo, in un'unica categoria e contraddistinti con l'etichetta "donazioni indirette". Così CARNEVALI, *Le donazioni*, in Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno, II, Torino, 1982, p. 446 e ss. – il quale precisa trattarsi di una terminologia di comodo, che non intende costruire una categoria giuridica unitaria (in questo senso CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 134 e ss.). Per approfondimenti sul tema si segnalano G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, Atti del Convegno della Fondazione Italiana per il Notariato, Anno XI, n. 1/2008, nonché F. ALCARO, *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 1991, 1059. Per una rassegna delle diverse fattispecie con le quali può concretamente atteggiarsi il fenomeno delle donazioni indirette, si vedano, oltre a CARNEVALI, sopra citato, A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, 2009, p. 771 e ss.; A. FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, in corso di pubblicazione sulla rivista *Obbligazioni e Contratti*, Utet, dove la disposizione portante il divieto dell'art. 771 c.c. non è ricompresa nell'elenco delle disposizioni sostanziali applicabili alle liberalità non donative.
Le riflessioni che seguono, peraltro, si indirizzano specificamente alle fattispecie negoziali di donazione indiretta di più frequente ricorrenza nell'attività notarile (e nei repertori di giurisprudenza), quali il contratto a favore di terzo stipulato a titolo di liberalità e l'intestazione del bene a nome altrui: tale ultima espressione, a sua volta, designa più che un procedimento determinato, un risultato al quale si può pervenire attraverso varie vie: si pensi all'ipotesi in cui l'autore della liberalità consegni al beneficiario il denaro occorrente per l'acquisto del bene del quale intenda arricchirlo, al caso in cui il donante indiretto provveda direttamente al pagamento del prezzo secondo lo schema dell'art. 1180 cod. civ., ovvero, dopo aver stipulato un contratto preliminare di acquisto per persona da nominare e aver pagato l'intero prezzo di acquisto, proceda alla *electio amici* in favore della persona che intenda beneficiare.
 - 2) Cass., Sez. II, 5 maggio 2009, n. 10356, in *Foro It.*, 2010, I, 160, n. PARDOLESI, e in *Notariato*, 2009, Fasc.5, p. 486, n. MAGLIULO. In giurisprudenza la tesi della nullità era già stata espressa da Cass., Sez. II, 20 dicembre 1985, n. 6544, secondo la quale la donazione di un bene altrui (non esistente nel patrimonio del disponente al tempo della donazione) è nulla ex art. 771 cod. civ., e in quanto tale non genera a carico del disponente *non dominus* alcun obbligo di procurare l'acquisto al donatario, come invece accade nella vendita di cosa altrui. In questo senso anche Cass., Sez. I, 18 dicembre 1996, n. 11311, la cui statuizione di nullità si riferiva a una donazione, da parte di una pubblica amministrazione, di un'area che la stessa si era impegnata ad espropriare. Con sentenza n. 1596 del 5 febbraio 2001, la seconda sezione della Cassazione ha preferito un diverso orientamento: la donazione di un bene che le parti considerano del donante, ma che in realtà appartiene a un terzo, non è nulla ma semplicemente inefficace in considerazione della ristretta portata letterale dell'art. 771 cod. civ., della natura eccezionale del divieto di donare beni futuri, atteso il riferimento alla disciplina della vendita di cosa altrui, nonché della circostanza che la vendita di cosa futura e la vendita di cosa altrui sono trattate separatamente dal legislatore.
 - 3) Cfr. G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, Milano, 2009, pag. 444; A. PALAZZO, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, p. 343, e L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, pag. 375 e ss., (A. TORRENTE, *La donazione*, pag. 411), F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, pag. 17, secondo il quale, nel silenzio della legge, al divieto di donazione di beni futuri deve essere riconnesso quello di cosa altrui, in quanto, come per la donazione di cosa futura, mancano, nella donazione di cosa altrui, i caratteri dell'attualità e della irrevocabilità. In tal senso anche G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, pag. 861, nota 44.

- 4) L'applicabilità dell'art. 771 cod. civ. al contratto di permuta di cosa presente con cosa futura a favore di terzo era già stata oggetto di una "risposta a quesito", n. 525-2011/C, dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, a firma Daniela BOGGIALI e ANTONIO RUOTOLO, dopo che lo studio CNN n. 711-2008/C sulla mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore, a firma di CRISTIANI, LABRIOLA, SIDERI, nel presentare il problema in termini dubitativi, aveva suggerito di procedere con prudenza in tutti i casi di intestazione del bene a nome altrui e, se possibile, di ricorrere a soluzioni alternative (a seconda dei casi: donazione diretta del denaro, intestazione del terreno, stipula contratto di appalto).
- 5) Cfr. G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, op. cit., pag. 439: "Non v'è dubbio: quella norma codifica un divieto di ordine pubblico, derogando alla norma generale consegnata all'art. 1348 cod. civ.", anche se poi, nell'ambito della stessa opera editoriale, M. TAMPONI, *La nullità del contratto di donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, pag. 1091, precisa che "il divieto di donazione di beni futuri (nonché quello, inespresso, di donazione di beni altrui) deve estendersi anche alle donazioni indirette, in ossequio a quelle esigenze di protezione del disponente che, considerate espressamente con riguardo alla donazione, non possono non venire in evidenza anche in riferimento al donante indiretto". È interessante osservare come lo stesso autore, dopo aver proposto una interpretazione estensiva dell'art. 771 cod. civ., propende invece (pag. 1092) per una interpretazione restrittiva dell'art. 809 cod. civ., nel senso che alle liberalità in esso contemplate non si applicano le regole non espressamente richiamate.
- Nel senso di Bonilini anche F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, pag. 17. In giurisprudenza, la natura eccezionale della disposizione dell'art. 771 cod. civ. è stata affermata per escludere la nullità della donazione di beni altrui da Cass., Sez. II, 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Notariato*, 2001, 454, n. LOMONACO, successivamente contraddetta, con la riaffermazione della sanzione della nullità anche per tale fattispecie, da Cass., Sez. II, 5 maggio 2009, n. 10356.
- 6) G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza edizione interamente rivista e aggiornata a cura di Annamaria Ferrucci e Carmine Ferrentino, 2009, Milano, p. 1671 e ss. In tal senso anche A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, p. 51. In giurisprudenza si registra una pronuncia di merito che, occupandosi specificamente del regime formale di una donazione indiretta, ha incluso la disposizione dell'art. 771 cod. civ. nell'elenco delle norme c.d. materiali applicabili alla donazione indiretta: cfr. Trib. Torino, 15 luglio 2004, in *Foro pad.*, 2006, I, 677.
- 7) Così anche C. IACOVINO, V. TAVASSI, T. CASSANDRO, *La donazione*, Milano, 1996, pag. 102.
- 8) Cfr. Cass., sez. II, 10 febbraio 1997, n. 1214, in motivazione, in *Riv. not.*, 1997, 422, ripresa in senso conforme da Cass., sez. II, 3 novembre 2009, n. 23297.
- 9) Del resto, in precedenza, Cass., Sez. II, 12 novembre 1992, n. 12181, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 114 aveva statuito che l'art. 809 cod. civ. è generalmente interpretato restrittivamente, nel senso che alle liberalità indirette non si applicano tutte le altre norme da esso non richiamate. Ne consegue che l'art. 778 cod. civ., che detta limiti al mandato a donare, non essendo richiamato dal citato art. 809, non è applicabile al mandato a stipulare un "*negotium mixtum cum donatione*" (nella specie, vendita il cui prezzo era stato stabilito in misura notevolmente superiore a quello di mercato). In dottrina, cfr. B. BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, pag. 933: "all'infuori della revoca, riduzione e collazione, per cui abbiamo precise disposizioni, nessuno dei principi propri del contratto di donazione è applicabile alle liberalità atipiche, le quali sono regolate dalla disciplina propria di ciascun atto nel quadro generale degli atti e fatti giuridici".
- 10) A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1956, pag. 65 e ss. Nello stesso senso F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 547, che ritiene che la disciplina propria delle donazioni possa essere mutuata solo per quanto espressamente previsto dall'art. 809 cod. civ. Condividono la natura eccezionale della norma G. BALBI, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 195, e G. VECCHIO, *Liberalità atipiche*, Torino, 2006, 37.
- 11) Occorre precisare che tale riflessione non è stata riprodotta nella recente riedizione del testo di Torrente, aggiornata da U. CARNEVALI e A. MORA, *La donazione*, Milano, 2006, ancorché – va soggiunto – né si è in alcun modo motivato l'emendamento né l'art. 771 cod. civ. è stato espressamente giudicato applicabile alle donazioni indirette.
- 12) Sia consentito di rinviare, per una ricognizione, a C. DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della Cassazione si consolida*, nota a Cass., Sez. Un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Foro it.*, 1993, I, 1548.
- 13) Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., pag. 1546 e ss., che ricorda che la cosa generica non rientra nel concetto di cosa futura in quanto la futurità ha rilievo soltanto nella sfera della specificità, per cui di cosa futura può utilmente parlarsi solo nei confronti di cosa già individuata.
- 14) Lo sforzo, del resto, potrebbe avere poco senso: cfr., molto recentemente, Cass., Sez. II, 29 febbraio 2012, n. 3134: "*La donazione indiretta è caratterizzata dal fine perseguito di realizzare una liberalità, e non già dal mezzo, che può essere il più vario, nei limiti consentiti dall'ordinamento, ivi compresi più negozi tra loro collegati, come nel caso in cui un soggetto, stipulato un contratto di compravendita, paghi o si impegni a*

pagare il relativo prezzo e, essendosene riservata la facoltà nel momento della conclusione del contratto, provveda ad effettuare la dichiarazione di nomina, sostituendo a sé, come destinatario degli effetti negoziali, il beneficiario della liberalità, così consentendo a quest'ultimo di rendersi acquirente del bene ed intestatario dello stesso. Né la configurabilità della donazione indiretta è impedita dalla circostanza che la compravendita sia stata stipulata con riserva della proprietà in favore del venditore fino al pagamento dell'ultima rata di prezzo, giacché quel che rileva è che lo stipulante abbia pagato, in unica soluzione o a rate, il corrispettivo, oppure abbia messo a disposizione del beneficiario i mezzi per il relativo pagamento.”

- 15) Questa è la conclusione cui si è pervenuti nel commento a Cass., Sez. II Civile, 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Foro it.*, 1995, I, 614 n. DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente*, posto che la futurità riguarda solo l'arricchimento del beneficiario e non invece il depauperamento del disponente, che si concreta e si esaurisce nel medesimo contesto temporale nel quale si perfeziona l'atto di liberalità. La sentenza si legge anche in *Riv. not.*, 1995, II, 643. Nello stesso senso A. PALAZZO, *Le Donazioni*, in Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1991, pag. 88.
- 16) A. PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 1991, pag. 91,
- 17) B. BIONDI, *Le donazioni*, in Trattato Vassalli, Torino, 1961, pag. 335 e ss.
- 18) B. BIONDI, *op. cit.*, pag. 337-338.
- 19) BIONDI, *op. cit.*, pag. 338, nt. 6, richiama a sostegno della propria affermazione Cass., Sez. I, 24 aprile 1957, n. 1398, in *Mass. Foro it.*, , 1957, n. 1398, la cui massima, però, sembrerebbe sul punto di diverso tenore, limitandosi a sancire che “...l'art. 771 cod. civ. non esclude che, di fatto, anche l'attribuzione di beni futuri possa essere compresa nell'oggetto di una donazione, ma si limita a sancire la nullità della donazione stessa per quanto attiene ai predetti beni futuri”.
- 20) A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, pag. 203; la tesi è ripresa da C. GIANNATTASIO, *Delle Successioni – Divisione Donazione*, in Commentario al Codice Civile, Torino, pag. 214.
- 21) Così RUBINO, *La compravendita*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1952, pag. 149, ripreso da TORRENTE, *La donazione*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1956, pag. 406.
- 22) TORRENTE, *La donazione*, *op. cit.*, pag. 407, che cita la relazione MAROI al progetto della Commissione reale, III, pag. 94.); CARNEVALI, *La donazione*, *op. cit.*, pag. 469 e ss., secondo il quale “la *ratio* dell'esclusione, più che nel contrasto con l'asserito principio dello spoglio attuale, è stata esattamente individuata nello sfavore con il quale l'ordinamento considera le attribuzioni a titolo gratuito e nello scopo di porre un freno a liberalità avventate.
- 23) A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1960, p. 896.
- 24) Così G. BONILINI, *Le donazioni*, *op. cit.*, pag. 440.
- 25) Per la verità andrebbe registrata una ulteriore tesi, riferita e criticata da CARRABBA, *op. cit.*, pag. 383-384, che collegherebbe il fondamento del divieto in esame alla funzione di arricchimento (del donatario) e impoverimento (del donante) propria della donazione, che risulterebbe incompatibile con la futurità dell'oggetto. La tesi, che sembra ignorare completamente il momento esecutivo del rapporto, non tiene conto inoltre che, se davvero il requisito dell'attualità dello spoglio, inteso come impoverimento del donante, fosse un requisito essenziale, la sua mancanza inficerebbe le donazioni a termine iniziale o sospensivamente condizionate della cui ammissibilità nessuno dubita. Cfr. P. PERLINGIERI, *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su “beni futuri”*, in....., pag. 274. La tesi riferita peraltro è stata espressamente sconfessata dalla recente Cass., Sez. II Civile, 29 febbraio 2012, n. 3134, sopra citata, per la quale la configurabilità della donazione indiretta e la validità della stessa non sono impedita dalla circostanza che la compravendita del complesso aziendale fosse stata stipulata con riserva della proprietà a favore del venditore fino al pagamento dell'ultima rata di prezzo.
- 26) Alle medesime conclusioni giunge M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, pag. 738, la quale mostra di propendere per l'applicabilità del divieto alle donazioni indirette, pur facendo salva la validità dell'atto di acquisto di bene futuro a favore di terzo, effettuato a titolo di liberalità, “perché la futurità deve essere riferita non al patrimonio del promittente, ma al patrimonio dello stipulante-donante il quale trasferisce denaro, ossia un bene per il quale l'eventuale futurità non rileva”. Risulta rispettata anche per quest'autrice, invero con qualche dubbio, la *ratio* del divieto di cui all'art. 771 cod. civ., identificata sia nella necessità dello spoglio attuale da parte del donante, sia nell'intenzione del legislatore di porre un freno a liberalità avventate.

(Riproduzione riservata)