

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO*

*Donazione obbligatoria di dare e adempimento traslativo***

Sommario: 1. La pretesa nullità del contratto preliminare di donazione, quale «coazione all'adempimento», che contrasterebbe con il requisito della spontaneità, tipico dell'atto di liberalità. – 2. I tentativi della dottrina di superare il dogma della nullità della promessa di donazione: il contratto con obbligazioni del solo proponente e le donazioni indirette. I dubbi sulla donazione “liberatoria” che, invece, rientra nelle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. – 3. Il c.d. contratto preliminare di donazione quale donazione obbligatoria di dare. – 4. L'adempimento traslativo non donativo, come atto dovuto *solvendi causa*. – 5. L'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni del donante e del donatario. La forma della donazione obbligatoria.

1. - Com'è noto, ed a prescindere da orientamenti ormai datati¹, se v'è una differenza chiara tra gratuità e spirito di liberalità² questa non consiste soltanto nel carattere gratuito dell'attribuzione *ex parte donantis*³ o nel requisito dell'arricchimento del donatario, cui corrisponde il depauperamento del donante, quanto nella volontà di effettuare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo⁴ caratterizzata da spontaneità e,

* Professore ordinario di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Criticati, per tutti, da A. MARINI, *Il “modus” come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 39 ss.

² Sul punto, ora, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002.

³ A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 125, anche in nt. 173.

⁴ Già G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 70 ss.

quindi, dalla regola “nullo iure cogente”⁵. Mentre la dottrina concorda sulla struttura contrattuale della donazione⁶, e tale dato non può essere revocato in dubbio in virtù del preciso riferimento testuale, assai più controversa è la nozione di “spirito di liberalità”, quale «impulso di beneficenza, di generosità, di altruismo», come «libera scelta del donatario da parte del donante»⁷ o, più in generale, quale interesse non patrimoniale del soggetto che dispone di un diritto o che assume un’obbligazione⁸. Quindi, da un lato, l’assunzione di un’obbligazione rientra a pieno titolo nel contratto di donazione; dall’altro, l’area comune tra gratuità e liberalità va intesa soltanto «nel senso che se è vero che tutti gli atti di liberalità sono gratuiti, non è vero il contrario»⁹.

Malgrado in dottrina si sia già da tempo tentato di contestare la nozione di “spirito di liberalità”, affermando che rappresenterebbe ora una superfetazione dottrinale¹⁰, ora una formula di chiusura dell’ordinamento giuridico ormai priva di significato concreto¹¹, ora un dato estraneo allo schema causale della donazione, riducendosi, l’*animus donandi*, ad un fattore squisitamente psicologico che rimarrebbe confinato nell’area dei motivi¹², la giurisprudenza pressoché unanime conviene sull’idea che l’attribuzione debba essere spontanea e, quindi, compiuta *nullo iure cogente*¹³, tant’è che continua a considerare

⁵ Oltre alla *Relazione al codice civile*, n. 144; già A.C. JEMOLO, *Lo spirito di liberalità. Riflessioni su una nozione istituzionale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, p. 980; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, 1982, p. 443.

⁶ Per tutti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 441 ss.; A. MARINI, *Il “modus” come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 16 ss.

⁷ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Donazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 6 ss.

⁸ A. CHECCHINI, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 262 ss.; C. MANZINI, «*Spirito di liberalità*» e controllo giudiziario sull’esistenza della causa donandi, in *Contr. impr.*, 1985, p. 409 ss.

⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed. agg., Napoli, 2009, p. 833.

¹⁰ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, p. 101.

¹¹ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 236.

¹² G. BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 582 s.

¹³ Già Cass., 9 aprile 1980, n. 2273, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Donazione*, c. 748, n. 3; Cass., 3 giugno 1980, n. 3621, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1583, con nota di A. LENER; in dottrina, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 186.

integralmente nullo¹⁴ il contratto «preliminare di donazione, perché incompatibile con lo spirito di liberalità, che è elemento essenziale della donazione; la presenza di un futuro obbligo negoziale a contrarre comporta, in capo al donante, l'obbligo di manifestare in un successivo definitivo atto la propria determinazione alla liberalità che, viceversa, nel contratto di donazione è frutto di una volontà spontaneamente ed istantaneamente manifestata»¹⁵. Quindi la Cassazione, per un verso, ribadisce che la donazione è un *actus legitimus* che non ammette il preliminare; per altro verso, afferma che la «promessa di donazione non è giuridicamente produttiva di obbligo a contrarre, perché la coazione all'adempimento, cui il promittente sarebbe soggetto, contrasta con il requisito della spontaneità della donazione, il quale deve sussistere al momento del contratto»¹⁶. Ma, nella quasi totalità dei casi, la nullità è dichiarata sulla base dell'«assenza dei requisiti di forma richiesti dalla legge», allorché si tratta «di scrittura privata e non di atto pubblico, privo dell'accettazione del donatario e della presenza di due testimoni»¹⁷.

Pur sottacendo la fonte legale, forse perché evidente (ma non sempre) ai più, questo orientamento giurisprudenziale trova il suo fondamento nel comma 3 dell'art. 782 c.c., il quale così recita: «Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione». Ciò significa che, pur ammettendosi, per ipotesi, la legittimità di un preliminare di donazione (che donazione non sia), sia il donante sia i donatari potrebbero revocare, in ogni tempo e *ad nutum* il proprio consenso fin quando la donazione non sia perfetta. Non di inadempimento di un obbligo a contrarre si tratterebbe, ma di una legittima facoltà che la legge riconosce a donante e donatario fino al “perfezionamento” della donazione.

¹⁴ Ad es., Cass., 8 giugno 2017, n. 14262, in *Diritto.it*, 2017.

¹⁵ Di recente, Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, in *DeJure*, che riproduce un indirizzo assolutamente costante della giurisprudenza di legittimità. Cfr., tra le tante, Cass., 12 novembre 1971, n. 3247, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1291; Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 982; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702.

¹⁶ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *DeJure*.

¹⁷ Ancora, Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, cit.

Anche la giurisprudenza più recente, là dove l'accettazione dei donatari non sia contestuale, continua a pronunciarsi con indubbio rigore in ordine alla notifica al donante dell'atto di accettazione dei donatari (art. 782, comma 2, c.c.): oltre alla forma vincolata dell'atto pubblico posteriore, esplicitamente prevista dalla norma, la Cassazione richiede che la notifica debba essere «solo ed esclusivamente quella disciplinata dagli artt. 137 e ss. c.p.c., da compiersi a mezzo di ufficiale giudiziario», essendo del tutto da escludere «che tale incumbente sia sostituito da altre diverse modalità, ancorché idonee a rendere il donante consapevole dell'intervenuta accettazione»¹⁸. La notifica dell'accettazione a mezzo di ufficiale giudiziario sarebbe «l'unico strumento idoneo a garantire la certezza legale in ordine alla conoscenza dell'atto di accettazione *indispensabile per il perfezionamento di un negozio solenne*, permeato di formalismo, quale la donazione»¹⁹.

Tale disciplina può sorprendere, non tanto per quanto riguarda la facoltà di revoca concessa al donante, per le ragioni di spontaneità e incoercibilità della sua manifestazione di volontà, quanto per l'estensione di tale regola anche al donatario, che si arricchisce gratuitamente incrementando il suo patrimonio senza dovere alcun corrispettivo. Secondo la vulgata, infatti, il rigore formale della donazione, a cominciare dal diritto romano classico, è stato giustificato in ragione delle esigenze di tutela del donante, «per evitare che potesse compiere atti particolarmente incisivi sul suo patrimonio senza un'adeguata e ponderata riflessione»²⁰. Mal si comprende, quindi, perché il legislatore abbia voluto estendere uno *ius poenitendi* così ampio ed esteso anche al donatario, il quale, pur obbligandosi ad accettare la donazione, ha la possibilità di frustrare le legittime aspettative del donante, e soprattutto degli altri eventuali donatari, fin quando la donazione non sia perfetta. Probabilmente il legislatore ha voluto intendere la donazione come contratto unitario, istituendo un formalistico “parallelismo” tra i pur divergenti

¹⁸ Cass., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9476, in *DeJure*.

¹⁹ Ancora, Cass., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9476, cit.

²⁰ O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, Camerino-Napoli, 2019, p. 161 s.

interessi che connotano le due diverse dichiarazioni di volontà, così estendendo le caratteristiche di spontaneità e di incoercibilità anche all'accettazione del donatario. Diversamente, soltanto la volontà del donante, in quanto espressione di liberalità, dovrebbe essere spontanea e incoercibile, mentre l'obbligazione del donatario di accettare sarebbe suscettibile di esecuzione in forma specifica.

2. - A fronte di un orientamento così consolidato e pervicace della giurisprudenza, che considera affetto da nullità qualsiasi contratto preliminare di donazione (*recte*, promessa di donazione), pur stipulato nelle forme prescritte dall'art. 782 c.c. - ma questo caso è difficilmente rinvenibile nella prassi, stante il divieto, per il notaio, ai sensi del temibile art. 28 l. not., di rogare atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume e all'ordine pubblico -, pare legittimo chiedersi se sia ragionevole un'interpretazione che pretende di porre nel nulla accordi talvolta difficili, laboriosi e molto spesso equilibrati, per il solo fatto che tra i molteplici atti che le parti si impegnano a compiere vi sia una donazione che, semmai, vede concorde il donante ma non più qualche donatario, che talvolta può utilizzare strumentalmente la disciplina di favore prevista per la donazione al solo fine di rimettere in discussione l'intero assetto d'interessi (le quote della divisione, ad es.) che si era obbligato ad eseguire.

Si pensi, ad esempio, ad un verbale di un procedimento di mediazione, sottoscritto dal mediatore, il quale certifica (autenticandone le sottoscrizioni) la presenza di tutte le parti e dei rispettivi avvocati, dal quale risulti una promessa di donazione di una madre a favore dei suoi figli nonché successive cessioni di quote di proprietà e di nuda proprietà tra i fratelli al fine di poter procedere alla divisione del patrimonio (tra i fratelli), con riserva di usufrutto su alcuni cespiti a favore della donante e previo pagamento di un conguaglio a carico di un donatario a favore degli altri fratelli. Atto, dal quale emerge un collegamento tra più atti giuridici tipici (donazione, cessione di quote di piena e nuda

proprietà al fine della divisione), che tuttavia conservano la loro autonomia tipologica, precedendo la promessa di donazione, logicamente e cronologicamente, la successiva cessione di quote, concordemente e specificamente individuate, in funzione della divisione. In presenza della disponibilità della donante di procedere alla stipula degli atti necessari ad eseguire gli impegni assunti e, viceversa, della sopravvenuta indisponibilità di uno soltanto dei tre fratelli donatari, il quale oppone (forse strumentalmente) il suo dissenso al fine di modificare le quote della divisione a suo vantaggio, pur qualificandosi la promessa di donazione come donazione obbligatoria di dare, la mancata osservanza della forma prescritta per la donazione (atto pubblico con la presenza di due testimoni) determina la nullità dell'intera operazione (e delle clausole penali, forse improvvidamente previste per l'inadempimento). È possibile ritenere, a tutt'oggi, che pur in assenza delle forme prescritte dall'art. 782 c.c., le parti non fossero sufficientemente avvertite degli impegni che stavano assumendo, alla presenza dei loro legali, in sede di mediazione?

Un primo indirizzo²¹ propone di esaminare la questione del c.d. contratto preliminare di donazione alla luce dell'art. 1333 c.c. Il contratto con obbligazioni (o, meglio, con prestazioni)²² del solo proponente consentirebbe di realizzare, previo il “non-rifiuto” del destinatario (art. 1333, comma 2), un'attribuzione spontanea, dunque caratterizzata da spirito di liberalità. Questa attribuzione potrebbe avere ad oggetto anche un diritto reale, se si accede all'opinione – che non sembra controvertibile – che interpreta il termine “obbligazioni” riferito anche all'obbligazione di dare, e quindi ai contratti ad efficacia reale²³. Sotto il profilo della forma, il contratto con obbligazioni del solo proponente, che non sia qualificato come donazione, secondo il comune giudizio,

²¹ A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 207 ss.; B. TASSONE, *Qualche apertura sul preliminare di donazione?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3424.

²² Così, F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005, p. 64 s.

²³ F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, cit., p. 59 ss.

non è soggetto al vincolo dell'atto pubblico, che dovrebbe desumersi dal collegamento tra gli artt. 782 e 1351 c.c.

Tuttavia, «Dai rari approfondimenti che hanno avuto ad oggetto il profilo funzionale del contratto con obbligazioni del solo proponente si ricava decisamente l'impressione che, fino ad oggi, non siano pervenuti a risultati soddisfacenti gli sforzi compiuti dalla dottrina per individuare il criterio in base al quale discernere quando l'assunzione di un impegno da parte di chi abbia intenzione di gravarsene gratuitamente vada ricondotta alla fattispecie contemplata dall'art. 1333 c.c. e non all'area della donazione obbligatoria ex art. 769»²⁴.

Il *discrimen* riguarda, ancora una volta, la distinzione tra liberalità e gratuità²⁵, rappresentando lo “spirito di liberalità” un elemento essenziale che qualifica il tipo riconducibile al contratto di donazione: «il donante non si limita a conferire un diritto al donatario ma giustifica la sua attribuzione come una liberalità»; se «l'attribuzione non ha il significato sociale della liberalità, essa non è una donazione»²⁶. D'altronde il nostro codice esplicitamente (e assai opportunamente) prevede ipotesi che, pur essendo atti di liberalità, non siano donazioni (cc.dd. donazioni indirette: art. 809 c.c.). La norma sulla formazione del contratto mediante mancato rifiuto, quindi, può trovare applicazione solo «relativamente ai contratti a titolo gratuito che non siano donazioni», con esclusione di qualsiasi obbligazione modale a carico del beneficiario²⁷. Vengono ricondotti allo schema dell'art. 1333 c.c. gli atti nei quali «si ha unicità di prestazione e così nel caso, ad esempio, di gratuità del mandato senza rappresentanza o del patto fiduciario, ad iniziativa del mandatario o del fiduciario, di fideiussione [...], accollo, espromissione, prelazione» ecc.²⁸.

²⁴ F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, cit., p. 36 s.

²⁵ Ad es., Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237 ss.

²⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 468.

²⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 263.

²⁸ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XVIII ed. agg., Napoli, 2018, p. 873 s.

Riguardo alla forma, poi, pur ammesso il ricorso all'art. 1333 per il trasferimento di ricchezza immobiliare realizzato gratuitamente da un soggetto in adempimento di una precedente obbligazione²⁹, un consolidato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ritiene necessario un atto rivestito della forma della donazione, affinché si produca l'effetto traslativo (per gli immobili e i beni ad essi equiparati) ogni qualvolta l'attribuzione patrimoniale non sia giustificata da una causa corrispettiva o accompagnata dalla *traditio*³⁰. Così, anche la giurisprudenza che forse non intendeva dichiarare la nullità della promessa di donazione, in concreto ha poi accertato la nullità del contratto per la mancata osservanza delle forme previste dall'art. 782 c.c. Nella specie, la Cassazione ha dichiarato nulla, per difetto di forma, la donazione contenuta in una scrittura privata, denominata "transazione", con cui una parte si era obbligata a versare al beneficiario una determinata somma mensile per tutta la durata della vita di quest'ultimo³¹.

In presenza di tali orientamenti della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza di legittimità, non sembra utile la strada del contratto con obbligazioni del solo proponente. Nei casi giurisprudenziali caratterizzati dal contratto con obbligazioni del solo proponente o da fattispecie di donazione c.d. indiretta, le parti – che ben si guardano dal dichiarare una donazione – pongono in essere atti caratterizzati da un proprio schema tipico (ad es., fideiussione; espromissione cumulativa; rinuncia ad un diritto reale di godimento; remissione del debito; rinuncia all'azione di regresso in caso di espromissione o di adempimento del terzo; acquisto di un bene con intestazione a nome altrui; co-intestazione di un conto corrente bancario con versamenti da parte di un solo soggetto, ecc.) che determina, quale conseguenza ulteriore, «un arricchimento altrui, in termini

²⁹ Così, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.

³⁰ Cfr. M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237 ss., in nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500.

³¹ Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro it.*, 1987, I, c. 805 ss.; alla quale *adde* Trib. Pistoia, 8 maggio 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 307 ss.

economici, giustificato dall'interesse non patrimoniale di chi attribuisce il bene o rinuncia al diritto»³².

La tipizzazione dei modelli di donazione disposta dal nostro codice (art. 769 c.c.: contratto ad effetti reali o ad effetti obbligatori), le differenze strutturali e soprattutto funzionali, evidenti anche sotto il profilo della «minima unità effettuale»³³ tra il contratto di donazione e la c.d. «remissione con funzione di liberalità»³⁴, da ultimo, la considerazione del formalismo donativo – se non come un «relicto storico»³⁵, un «arcaismo legislativo destinato, in quanto tale, ad un più o meno prossimo tramonto»³⁶ (si pensi, ad es., alla necessaria presenza dei due testimoni)³⁷, quanto meno – come una regola dettata per il solo contratto di donazione, inducono a dubitare che nel diritto italiano possa essere rinvenuto, in via d'interpretazione, un terzo tipo di donazione, definita “liberatoria”³⁸, riconducibile direttamente all'art. 769 c.c. piuttosto che alle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. La remissione, infatti, rappresenta una vicenda puramente e semplicemente estintiva del rapporto obbligatorio che, a differenza della donazione, ontologicamente esclude qualsiasi efficacia traslativa o costitutiva³⁹. Diversamente, il “contratto di donazione” rappresenta un modello che il nostro codice ha inteso rigorosamente tipizzare sotto i profili della struttura e della funzione. La specifica previsione di «altri atti di liberalità» «diversi da quelli previsti dall'art. 769» (art. 809 c.c.), cui estendere soltanto specifiche norme previste per le donazioni, ma non le prescrizioni

³² Per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 547.

³³ Considera inammissibile la c.d. donazione liberatoria anche sulla base di questo fattore, G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 164 ss.

³⁴ Per tale espressione, O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., p. 15.

³⁵ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 11 s.

³⁶ A. MARINI, *Il “modus” come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 52.

³⁷ In proposito, v. il caso cit. retro nel § 3, 2° cpv.

³⁸ Così, invece, O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., p. 15 ss., 168 ss.; *contra*, tra i tanti, già A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 219.

³⁹ Lo sottolinea, con decisione, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 168 s.

in tema di forma, da un lato, testimonia la consapevolezza del nostro legislatore circa l'esistenza di ulteriori figure tipiche (o atipiche) caratterizzate non soltanto dalla gratuità ma anche dallo "spirito di liberalità", dall'altro si giustifica proprio al fine di dettare una disciplina generale per questi atti che, pur non essendo donazioni, sono gratuiti e, soprattutto, caratterizzati da finalità di liberalità, a prescindere dalla struttura giuridica impiegata per conseguirla. Proprio la specifica previsione di cui all'art. 809 c.c. impedisce di riconoscere una eccessiva "elasticità" dello schema donativo⁴⁰, all'interno del quale ricomprendere fattispecie che invece il legislatore ha inteso collocare nell'ambito dell'art. 809 c.c.

3. - Non solo per ragioni di *policy*, ma anche sulla base di un saldo fondamento dogmatico⁴¹, è possibile, invece, proporre una diversa ricostruzione del c.d. contratto preliminare di donazione (*recte*, della promessa di donazione), che sia maggiormente appagante della soluzione seguita dall'orientamento che ne afferma apoditticamente la nullità, il quale tralascia di considerare alcuni aspetti essenziali della teoria dell'obbligazione e del contratto, pur riguardando, sotto il profilo casistico-giurisprudenziale, quasi sempre scritture private di dubbio valore, sotto i profili sia del contenuto, sia della forma.

La dottrina italiana, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 e della generalizzazione iscritta nell'art. 1376 c.c. ("contratto con effetti reali"), professando, forse con eccessiva enfasi⁴², l'opposto principio che, depurato da ogni riferimento trascendente al diritto naturale, trova fondamento nella concezione storico positivista del diritto

⁴⁰ *Contra*, A.A. CARRABBA, *Le donazioni*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, t. III, *Le donazioni*, II ed., Napoli, 2015, p. 1421.

⁴¹ L'insegnamento, appunto, di R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, III ed., Torino, 2004, p. 274.

⁴² R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 8.

espressa nella teoria del *Rechtsschein*⁴³, ha attribuito la massima espansione al principio del “consenso traslativo”, ereditato dal diritto francese⁴⁴, dimenticando che il contratto non è altro che una «convenzione mediante la quale una o più persone *si obbligano* [...] a dare, a fare o a non fare qualche cosa» (art. 1101 cod. Nap.), ovvero «l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico» (art. 1098 c.c. 1865) o un «rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 c.c.). Così il codice italiano del 1865, dopo aver dedicato la norma introduttiva (capo I) del titolo IV del libro III alle obbligazioni ed alle loro “cause” (art. 1097: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto»), riferisce, sulla scia del codice d'oltralpe, la causa all'obbligazione e non al contratto, disponendo che «L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita non può avere alcun effetto» (art. 1119 c.c. 1865, che traduce letteralmente l'art. 1131 *code civ.*). Anche a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti, il diritto francese conserva la definizione del contratto come accordo di volontà tra due o più persone destinato a

⁴³ Formidabile, sul punto, il pensiero di R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 355.

⁴⁴ Una illuminante spiegazione è resa proprio da R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1387, per il quale «L'errore dei redattori del Code Napoléon fu quello di aver identificato le piccole regole sulla tradizione finta come elemento naturale della vendita e della donazione con la grande regola giusnaturalistica che lega il passaggio della proprietà al consenso: e di aver poscia enunciato cumulativamente l'una e le altre regole senza scegliere tra di esse con consapevole chiarezza». In argomento v., altresì, G. GORLA, *La “logica-illogica” del consensualismo o dell'incontro di consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss.; R. SACCO, *Modificazione (soggettiva) della proprietà e dissociazione del diritto*, in *Studi Scaduto*, vol. III, Padova, 1970, pp. 115 ss. e 170; ID., *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975, p. 686 ss.; P.G. MONATERI, *La sineddوحة. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, p. 358 ss.; ID., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 227; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 80 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 25 ss. In argomento, per ulteriori svolgimenti, si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “Consenso traslativo” e obbligazione di dare nel trasferimento della proprietà immobiliare, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 231 ss.; e già ID., *Teorie del contratto, pubblicità e apparenza nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in *Annuario dir. comp.*, 2011, p. 382 ss.

creare, modificare, trasmettere «obbligazioni» (art. 1101 *code civ.* nuovo testo)⁴⁵. Questa centralità dell'obbligazione fu chiara al legislatore delle codificazioni, ma anche alla più autorevole dottrina italiana⁴⁶: non a caso il libro IV del nostro codice è intitolato alle “obbligazioni”, mentre il contratto e l'illecito sono considerati (e qualificati) quali mere “fonti” di obbligazioni, al pari delle promesse unilaterali, dei titoli di credito, della gestione di affari, del pagamento dell'indebitato e dell'arricchimento senza causa. Questo collegamento funzionale tra l'obbligazione e la sua fonte è lumeggiato ancor più chiaramente dal codice tedesco il quale, dopo aver conferito l'opportuna centralità al rapporto obbligatorio (nel Libro II), considera il contratto come uno strumento per la costituzione e la modificazione del rapporto obbligatorio (§ 311 BGB)⁴⁷.

Quindi, malgrado la figura del contratto ad effetti reali (art. 1376 c.c.) rappresenti la generalizzazione della disciplina disposta dal codice francese (art. 1583, tutt'oggi vigente) e dal codice civile del 1865 (art. 1448) per la vendita, espressione ultima di un lungo processo storico durante il quale il *modus acquirendi* viene ad incorporarsi nel *titulus*⁴⁸, l'originaria obbligazione di dare non scompare né dalle definizioni generali del contratto, né da talune figure tipiche. Un esempio eloquente è proprio quello rappresentato dall'art. 769 c.c. in tema di donazione, ove si statuisce che la stessa «è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione». Oggetto del contratto di donazione, quindi, può essere sia la disposizione (il trasferimento o la costituzione) di un diritto reale o di credito del donante in favore del donatario, sia l'assunzione di un'obbligazione di dare (o di fare) da parte del donante nei riguardi del donatario (donazione obbligatoria).

⁴⁵ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 22 ss.

⁴⁶ V., infatti, già E. GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1895.

⁴⁷ Per tutti, V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, II, München, 2019, Rdnr. 1.

⁴⁸ In argomento, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, “Consenso traslativo” e obbligazione di dare nel trasferimento della proprietà immobiliare, cit., p. 232 ss.

E se si ammette che il donante, con la stipulazione della donazione, possa obbligarsi a dare, a maggior ragione deve ammettersi che il donatario possa obbligarsi ad accettare. Donante e donatario, «al pari di ogni altro debitore», devono «eseguire le obbligazioni che discendono dal contratto: vuoi consegnando il bene donato, vuoi eseguendo la prestazione dedotta ad oggetto dell'obbligazione contratta *donandi causa*»⁴⁹, vuoi prestando il consenso, in sede di adempimento dell'obbligo a contrarre convenzionalmente assunto. L'evidente differenza tra le posizioni del donante e del donatario in merito all'adempimento delle rispettive promesse è sancita dall'art. 789 c.c., là dove stabilisce che il donante (e soltanto il donante), in caso di inadempimento o di ritardo nell'esecuzione della donazione, è responsabile solo per dolo o per colpa grave. E così, se la cosa donata è difettosa, il donante può essere tenuto alla garanzia per vizi soltanto in caso di dolo (art. 798 c.c.). Del pari, la garanzia per evizione è circoscritta entro limiti ben precisi: la garanzia deve essere stata espressamente promessa; l'evizione deve dipendere da dolo o da fatto personale del donante; nei casi di donazione modale o di donazione remuneratoria, la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante (art. 797).

4. - Non pare discutibile, quindi, che, al fianco di una donazione che produce effetti reali al momento e per effetto del consenso, operando sulla base del principio del "consenso traslativo", il codice ponga una donazione obbligatoria o ad effetti obbligatori, in cui il contratto di donazione si perfeziona con l'assunzione di obbligazioni. Questo dato non è sfuggito a quella dottrina, la quale ritiene «del tutto pacifico» che rientri nel tipo donativo l'assunzione di un'obbligazione di dare, attraverso cui si realizza

⁴⁹ G. BONILINI, *Le donazioni*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1995, p. 289.

l'arricchimento del donatario⁵⁰ e, conseguentemente, l'assunzione, da parte del donatario, dell'obbligo di prestare il consenso affinché, nella fase di attuazione dell'obbligo, si produca l'effetto reale. Nella gran parte dei casi esaminati, trattasi di assunzione di un'obbligazione di dare, ovvero di trasferire la proprietà. Ma ciò non toglie che un'avvertita dottrina abbia esaminato la più dibattuta questione relativa all'assunzione, con il contratto di donazione, delle obbligazioni di fare, propendendo per la soluzione affermativa⁵¹.

Allora, più che di contratto preliminare di donazione, come continua a fare la giurisprudenza, deve parlarsi di un contratto di donazione obbligatoria, concluso validamente sulla base dell'ultimo inciso dell'art. 769 c.c. Il contratto preliminare, infatti, è istituito introdotto dal codice del 1942 al fine di ricreare quella antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, tra effetti obbligatori ed effetti reali, che «astratte idee, totalmente avulse dalla realtà dei traffici commerciali»⁵², avevano contribuito a superare. L'istituto rileva sul solo piano strutturale di un collegamento necessario tra contratti (con il c.d. definitivo), tant'è che l'interesse (generale e astratto) che il preliminare consente di realizzare non ne rappresenta la causa, la quale, invece, «si identifica principalmente nella stessa causa del definitivo»⁵³. Nel diritto francese, ancor oggi, «*la promessa di vendita vale vendita*, allorché vi sia il consenso reciproco delle due parti sulla cosa e sul prezzo» (art. 1589 *code civ.*).

⁵⁰ Per tutti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 436.

⁵¹ Ad es., D. RUBINO, *L'appalto*, II ed., Torino, 1954, p. 109; B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 389 ss.; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 166 ss.; ID., *Donazione e liberalità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, I, Milano, 1998, p. 173; ampiamente, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, cit., p. 45 ss.; in tema di rapporto di lavoro, R. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 219 ss.

⁵² F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, III ed., Torino, 2010, p. 1.

⁵³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 186.

Che non si tratti di un contratto preliminare di donazione, ma di donazione obbligatoria⁵⁴, è affermazione che è confermata dalla più autorevole dottrina. Proprio Rodolfo Sacco⁵⁵, con la chiarezza di pensiero e l'eleganza dello stile che caratterizzano la sua Opera, afferma che «il preliminare di donazione non deve essere dichiarato nullo. Il donante si è obbligato a trasferire in futuro, e deve adempiere. Ma peraltro il negozio, che le parti chiamano contratto definitivo di donazione, merita una riqualificazione: l'intento di donare è caratteristico della donazione, e manca nell'alienazione in questione; ciò che le parti chiamano contratto definitivo di donazione è un normale atto di trasferimento solutorio, come quello con cui il mandatario trasferisce al mandante l'immobile acquisito. In breve: il preliminare di donazione è valido, ma, in sede concettuale, deve essere riqualificato come donazione mediante la quale “una parte arricchisce l'altra ... assumendo verso la stessa una obbligazione” (preleviamo le parole dall'art. 769 c.c. it.)».

L'intuizione del Maestro, fondata sulla approfondita conoscenza sincronica e diacronica degli itinerari percorsi dall'obbligazione di dare nei principali diritti euro-continentali, è seguita dalla più avvertita dottrina. Se, da un lato, nell'affrontare la questione, peraltro in un testo istituzionale, si afferma che deve riconoscersi che «in pratica un preliminare di donazione equivale ad una donazione obbligatoria, perfettamente legittima accanto a quella reale (art. 769)»⁵⁶. Dall'altro, nel ribadire quella dottrina che individuava il dato della spontaneità proprio al momento ed in funzione dell'assunzione della promessa di donare⁵⁷, e proprio sulla scia del pensiero di Rodolfo Sacco, si individua, «in realtà», nel c.d. contratto preliminare di donazione della proprietà una donazione obbligatoria di dare, alla quale segue un (pagamento, *recte*) adempimento

⁵⁴ Un'isolata giurisprudenza distingue le due fattispecie, affermando che vi sarebbe contratto preliminare di donazione allorché, dall'interpretazione del complessivo regolamento contrattuale, emerga la chiara volontà del donante di creare soltanto un vincolo meramente preparatorio, rimandando al futuro la definitiva manifestazione dell'*animus donandi* (Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 2071).

⁵⁵ Ora R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 274.

⁵⁶ A. DI MAJO, *Il contratto preliminare*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, cit., p. 542.

⁵⁷ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, p. 21.

traslativo *solvendi causa*⁵⁸. «Solo assumendo la prospettiva dell'atto dovuto, cioè della funzione solutoria del definitivo», può risolversi il dubbio circa l'ammissibilità della promessa di donazione. Ma «anche in tale caso non appare corretto escludere la possibilità di ravvisare nella vicenda preliminare una donazione, se si considera che l'obbligo a contrarre nasce pur sempre dalla volontà delle parti che liberamente si vincolano»⁵⁹. Anche nell'ipotesi di donazione traslativa, senza dover ricollegare necessariamente gli effetti reali al preliminare ipotizzando la conversione del preliminare nel definitivo⁶⁰, «è sufficiente ricostruire la vicenda secondo lo schema dell'obbligo di dare per risolvere ogni problema di spontaneità: la liberalità va ravvisata nella c.d. promessa, che si configura dunque alla stregua di una donazione obbligatoria di dare, seguita da un atto di adempimento traslativo non donativo, perché dovuto»⁶¹.

Questa soluzione è pienamente appagante «nel caso in cui l'attribuzione finale sia traslativa», ma non nel caso in cui essa sia, nell'intenzione del donante, a carattere obbligatorio. Lo schema dell'obbligo di dare non sarebbe infatti in tal caso utilizzabile ed allora non si potrebbe giustificare una donazione che obbliga a contrarre, seguita dalla conclusione di una successiva donazione con la quale si assumerebbe l'obbligo»⁶².

5. - Così ricostruita la vicenda con riguardo alla donazione obbligatoria di dare, donante e donatari «possono revocare la loro dichiarazione» soltanto «prima che la donazione» obbligatoria «sia perfetta» (art. 782, comma 3, c.c.). Il “perfezionamento” della donazione obbligatoria non può non riguardare la conclusione del contratto, quindi la fattispecie, non certo gli effetti reali, che si produrranno al momento in cui viene posto in

⁵⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 879; ID., *Il contratto preliminare*, cit., p. 89, ove cita, in nt. 340, proprio R. SACCO, in SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 274.

⁵⁹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁶⁰ Così, invece, B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 1007.

⁶¹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89; in giurisprudenza, Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, cit. in nt. 54.

⁶² F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

essere il *modus*, ovvero l'atto di adempimento traslativo non donativo che le parti si sono obbligate a concludere. In caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre da parte del donante o di alcuno dei donatari, la parte non inadempiente potrà senz'altro ottenere la sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Poiché, nella specie, si tratta di un obbligo a contrarre che ha ad oggetto (l'adempimento di) un'obbligazione di dare, lo strumento giuridico più appropriato è quello dettato dall'art. 2932 c.c., rispetto a quello disciplinato dagli artt. 2930 e 2931 c.c., che fanno riferimento ad obbligazioni aventi ad oggetto un consegnare o un *facere fungibile*, a contegni piuttosto che a dichiarazioni di volontà.

A questo punto, però, si pone un problema di forma.

La stessa dottrina che opportunamente ricostruisce il c.d. preliminare di donazione, o meglio la promessa di donazione, come donazione obbligatoria di dare afferma che quest'ultima dovrà osservare la forma dell'atto pubblico, sotto pena di nullità, «non già *per relationem ex art. 1351* in quanto preliminare, ma *ex art. 782* in quanto donazione (definitiva) obbligatoria»⁶³. Al contrario, il successivo atto traslativo, in quanto mero *modus acquirendi*, «dovrà osservare la forma ordinariamente pretesa e quindi quella scritta *ex art. 1350* solo in caso di trasferimenti immobiliari. Conseguenza ovvia se si considera che in tal caso l'attribuzione traslativa è operata *solvendi* e non già *donandi causa*»⁶⁴.

Se è vero che il diritto è anche forma, soprattutto per quei contratti per i quali la legge impone formalità particolarmente complesse e solenni, quasi sempre a tutela degli interessi sostanziali quantomeno di una parte⁶⁵, potrà essere rilevata la nullità d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, per la mancata osservanza della forma richiesta *ad substantiam* per il contratto di donazione, anche là dove lo stesso produca effetti soltanto

⁶³ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁶⁴ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁶⁵ Sul punto, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, pp. 12 ss., 20 e 60. Sulle cc.dd. forme convenzionali, R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994, p. 17 ss. e *passim*.

obbligatori. Anche la giurisprudenza di merito richiede che i requisiti di forma propri del contratto di donazione siano assolti con indubbio rigore. Pur in presenza della redazione del contratto per atto pubblico, si è dichiarata la nullità di una vendita che dissimulava una donazione, a causa dell'assenza dei due testimoni⁶⁶. E ciò conformemente a quanto disposto dalla Cassazione secondo la quale, «se in un negozio di trasferimento [...] non è avvenuto alcun pagamento di prezzo, si configura una vendita dissimulante una donazione e non una donazione indiretta, con conseguente necessità della forma di atto pubblico con la presenza di due testimoni ai fini della validità dell'atto»⁶⁷, giusta il disposto dell'art. 48, comma 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89, come modificato dall'art. 12, comma 1, l. 28 novembre 2005, n. 246.

Abstract

Chiarite le nozioni, pur controverse, di gratuità e di liberalità, si ricostruisce il contratto preliminare di donazione - dichiarato sempre nullo in giurisprudenza, quale «coazione all'adempimento», che contrasterebbe con il requisito della spontaneità, tipico dell'atto di liberalità - come donazione obbligatoria di dare (ai sensi dell'art. 769, ult. inciso, c.c.). Le differenze strutturali e soprattutto funzionali, evidenti anche sotto il profilo della minima unità effettuale, tra il contratto di donazione e la c.d. “remissione con funzione di liberalità” inducono a dubitare che nel diritto italiano possa essere rinvenuto, in via d'interpretazione, un terzo tipo di donazione, definita “liberatoria”, riconducibile direttamente all'art. 769 c.c. piuttosto che alle liberalità non donative di cui

⁶⁶ Trib. Napoli, Sez. VIII, 10 luglio 2019, Camera di cons., in R.G.A.C. n. 36722/2013.

⁶⁷ Cass., Sez. II, 2 luglio 2014, n. 15095, in *DeJure*.

all'art. 809 c.c. Nella donazione obbligatoria di dare il dato della spontaneità deve sussistere al momento ed in funzione dell'assunzione della promessa di donare, la quale è seguita da un atto di adempimento traslativo non donativo, perché dovuto. E in caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre da parte del donante o di alcuno dei donatari, la parte non inadempiente potrà senz'altro ottenere la sentenza (*ex art. 2932 c.c.*) che produca gli effetti del contratto non concluso. Soltanto la promessa di donazione dovrà osservare, sotto pena di nullità, il rigore della forma legale solenne, non già *per relationem ex art. 1351* in quanto preliminare, ma *ex art. 782* in quanto donazione (definitiva) obbligatoria. Al contrario, il successivo atto traslativo, in quanto mero *modus acquirendi*, dovrà osservare la forma ordinariamente prescritta e, quindi, quella scritta *ex art 1350* soltanto in caso di trasferimenti immobiliari.

Once the notions, albeit controversial, of gratuity and liberality are clarified, the preliminary contract of donation is reconstructed - always declared null and void in case law, as a "coercion to perform", which would contrast with the requirement of spontaneity, typical of the act of liberality - as a obligatory donation of giving (pursuant to art. 769, last clause, Civil Code). The structural and, above all, functional differences, which are also evident from the perspective of the minimum effective unity, between the contract of donation and the so-called "remissione con funzione di liberalità" lead to doubts as to whether a third type of donation, defined as "releasing", can be found in Italian law, by way of interpretation, which can be directly ascribed to art. 769 of the Civil Code rather than to the non-donative liberalities referred to in art. 809 of the Civil Code. In the obligatory donation of giving the element of spontaneity must exist at the time and in function of the assumption of the promise to donate, which is followed by an act of non-donative transfer performance, because it is due. In the event of non-performance of the obligation to contract on the part of the donor or any of the donees, the non-

performing party may certainly obtain a judgement (pursuant to Art. 2932 of the Civil Code) that produces the effects of the unfinished contract. Only the promise of donation will have to observe, under penalty of nullity, the rigour of the solemn legal form, not per relationem under Art. 1351 as a preliminary, but under Art. 782 as a (final) obligatory donation. On the contrary, the subsequent deed of transfer, as a mere *modus acquirendi*, will have to observe the ordinary prescribed form and, therefore, the written form under Art. 1350 only in the case of real property transfers.

Keywords

Contratto preliminare di donazione - promessa di donazione - donazione obbligatoria di dare - adempimento traslativo.

Preliminary contract of donation - promise of donation - obligatory donation of giving - non-donative transfer performance.

Napoli, aprile 2024