

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE – CICLO XVII

TESI IN
DIRITTO CIVILE

LE LIBERALITÀ NON NEGOZIALI

COORDINATORE
PROF. ENRICO QUADRI

DOTTORANDO
FERNANDO ROSARIO GIAMPIETRO

ANNO ACCADEMICO 2005 – 2006

INDICE

Indice	2
--------	---

CAPITOLO PRIMO GLI ATTI DI LIBERALITÀ

1. Liberalità contrattuali	5
1.2. Causa della Donazione	12
1.3. Liberalità ed Autonomia privata	16
2. Spirito di liberalità, spontaneità del comportamento ed elemento soggettivo dell'attribuzione	19
2.2. Liberalità come scopo dell'attribuzione e liberalità come effetto	25
2.3. (segue) Qualificazione delle liberalità fuori dalla <i>sedes materiae</i>	30
3. Conclusioni	34

CAPITOLO SECONDO IPOTESI DI LIBERALITÀ NON NEGOZIALI

1. Le fattispecie non negoziali	36
2. Le principali ipotesi di liberalità non negoziali	38

2.2. <i>Quidquid inaedificatur solo cedit</i>	39
2.3. <i>Negotiorum Gestio</i>	40
2.4. L'articolo 179 lettera f) codice civile	41
2.5. Rapporti di Cortesia	44
3. Considerazioni generali sulle liberalità non negoziali	46

CAPITOLO TERZO LE FATTISPECIE NON NEGOZIALI

1. Fattispecie non negoziale ed effetto liberale	53
2. L'atto non negoziale	58
2.2 Il ruolo della volontà nella fattispecie non negoziale	62
3. Il negozio e l'atto, contrapposizione tra diversi poteri	67
3.2. (segue) La distinzione sul piano della struttura e della funzione	70
3.3. (segue) La funzione di accertamento	75
3.4. (segue) La funzione di accertamento e le fattispecie non negoziali	78
4. Conclusioni	84

CAPITOLO QUARTO LE LIBERALITÀ NON NEGOZIALI

1. Le liberalità non negoziali nell'ambito della ricostruzione dell'atto non negoziale. Proposta di indagine	86
2. Ammissibilità dell'istituto delle liberalità non negoziali	91
2.2. Usucapione, effetti acquisitivi legali ed effetti liberali	92

2.3 Prescrizione dei diritti ed effetti liberali	98
3. L'accessione	101
4. Natura giuridica e ruolo della liberalità	103
4.2. Elemento soggettivo ed oggettivo della liberalità non Negoziale	105
4.3 Teoria del negozio configurativo	109
4.4. Confutazione della teoria del negozio configurativo	110
5. Conclusioni	115

BIBLIOGRAFIA	116
GIURISPRUDENZA	122

CAPITOLO PRIMO

GLI ATTI DI LIBERALITÀ

SOMMARIO: 1. Liberalità contrattuali. – 1.2. Causa della Donazione – 1.3. Liberalità ed Autonomia privata – 2. Spirito di liberalità, spontaneità del comportamento ed elemento soggettivo dell'attribuzione. – 2.2. Liberalità come scopo dell'attribuzione e liberalità come effetto – 2.3. (segue) Qualificazione delle liberalità fuori dalla *sedes materiae*. – 3. (segue) Conclusioni.

1. LIBERALITÀ CONTRATTUALI.

Nel nostro ordinamento gli atti di liberalità costituiscono una categoria giuridica i cui confini sono di incerta comprensione.

Sebbene non sia possibile limitare il concetto di liberalità a quello di donazione contrattuale va sottolineato che sia le liberalità in generale che la donazione rientrano nell'ampio *genus* degli atti gratuiti. Il rapporto esistente tra le categorie citate si riassume nell'atto gratuito che è il *genus*, mentre le liberalità sono una sua *species*. La donazione rappresenta la principale liberalità e cioè il modello delle liberalità contrattuali¹.

¹ L. GATT, *La liberalità – I*, Torino, 2002, 33; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, 2° ed., Napoli, 2003, 784 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 77; A. TORRENTE, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 1956; G. BALBI, *Liberalità e Donazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I, 157 ss., invece, propone una diversa classificazione, tralasciando la categoria del negozio gratuito, e ritiene che il

Gli studiosi si sono da sempre interessati dell'analisi e della interpretazione del concetto di liberalità. L'espressione («*spirito di liberalità*») è utilizzata dal legislatore nella principale norma che rappresenta il punto di riferimento per la loro disciplina, l'articolo 769.

La donazione è, secondo il legislatore, « *il contratto con il quale per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione*». Come è stato opportunamente evidenziato da parte di alcuni autori, si tratta di una norma che non va a definire il concetto di donazione ma ne delimita esclusivamente il campo di applicazione, precisando un significato che la parola ha già², in quanto utilizzata anche al di fuori del linguaggio strettamente giuridico.

Lo studio delle liberalità, finalizzato a comprenderne la loro natura, deve partire dall'analisi del concetto di donazione. Secondo una diversa impostazione, l'analisi delle fattispecie liberali prescinde dalla valutazione critica dell'articolo 769 in quanto sarebbe più produttiva una indagine che prendesse in considerazione, innanzitutto, l'articolo 809 ed il rapporto esistente con la nozione di donazione. D'altro canto l'analisi degli elementi essenziali della donazione, tenuto conto della sistematica codicistica, non può che essere il punto di partenza per l'individuazione degli elementi caratterizzanti gli atti di liberalità, in quanto, secondo le intenzioni del legislatore, l'articolo 769 doveva

rapporto esistente tra liberalità e donazione è di *genus a species*. Tale considerazione è stata poi successivamente elaborata e pertanto sarebbe sostenibile che il rapporto tra categorie differenti si instauri, innanzitutto, tra gli atti gratuiti e le liberalità dove è evidente l'intrinseco legame. Invece il rapporto tra la donazione e le liberalità, più che essere di *genus a species*, andrebbe considerato nel senso che la donazione rappresenta un'applicazione della liberalità o, più esattamente, un modo di essere della liberalità, senza che possano essere considerate due categorie distinte. In altre parole, come si dirà in seguito, la donazione è la liberalità tipica, il prototipo.

² BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 63.

rappresentare l'unico strumento idoneo a realizzare l'attribuzione gratuita per spirito di liberalità³.

³ È ricorrente l'equivoco di identificare lo spirito di liberalità con *l'animus donandi*, in tal senso B. BIONDI, *Le donazioni*, cit. 83 s.. Quest'ultimo, anche se spesso ritenuto un sinonimo di spirito di liberalità, trova in realtà origine nel diritto romano classico e rappresentava l'elemento soggettivo della donazione, cui doveva fare riscontro l'elemento oggettivo della gratuità. In sostanza rappresentava la giustificazione causale della attribuzione gratuita. Nel corso dei secoli *l'animus donandi* ha avuto una notevole evoluzione concettuale tanto che secondo la dottrina prevalente la dizione codicistica dell'articolo 1050 del codice abrogato in virtù del quale la donazione è "*l'atto di spontanea liberalità*", il riferimento alla spontanea liberalità sarebbe ancora l'elemento soggettivo della donazione. Elemento che si tradurrebbe nel c.d. *animus donandi*. Secondo la dottrina citata lo spirito di (spontanea) liberalità sarebbe la coscienza e l'effettiva volontà di porre in essere una donazione da parte del donante, SCUTO, *Le Donazioni*, Catania, 1928, 141 s.. Secondo una diversa impostazione, anche se non realmente difforme dalla precedente, *l'animus donandi* rappresenterebbe la coscienza da parte del disponente di impoverire se stesso e di arricchire il patrimonio altrui, N. COVIELLO, *Donazione*, Siracusa, 1927, 52 s.. Alcuni autori, dilungandosi sull'aspetto soggettivo delle attribuzioni gratuite, hanno affermato che *l'animus donandi* sarebbe un aspetto non autonomo della gratuità oggettiva. In sostanza secondo siffatta impostazione, ogni qualvolta un soggetto disponesse gratuitamente a favore di un terzo, in mancanza di una causa effettiva e specifica, quell'atto sarebbe caratterizzato dall'elemento soggettivo dell'*animus donandi*. Sembra ragionevole concordare con diversa dottrina, la quale ritiene che *l'animus donandi* sia un elemento assolutamente separato ed indipendente dalla gratuità. Ciò implica che anche la gratuità oggettiva potrebbe essere indipendente dall'*animus donandi*. In argomento si rinvia, ad esempio, il caso dell'adempimento della obbligazione prescritta o derivante da titolo annullato. In tali casi, pur trattandosi di un atto gratuito oggettivo, non necessariamente ricorre *l'animus donandi*, ASCOLI, *Trattato delle Donazioni*, Firenze, 1935, 72 s.. Sulla scorta dell'articolo 1050 del codice civile del 1865, alcuni studiosi hanno sostenuto che l'espressione "atto di spontanea liberalità" potesse giustificare l'idea di una identificazione tra *animus donandi* e spirito di liberalità, SCUTO, *Le Donazioni*, cit., 141 s. In realtà il termine "spontaneo" non sembra aver mai avuto un autonomo significato e mal si conciliava con l'intera struttura normativa della donazione. Conferma ne viene dalla sua abrogazione con il codice civile del 1942. Invece, a parte l'identificazione dei termini della questione (*animus donandi* e spirito di liberalità), che con la scomparsa del termine spontanea ha perso gran parte della sua giustificazione in termini letterali, è opportuno sottolineare che, già sotto il vigore dell'abrogato codice, un parte della dottrina non condivideva in pieno l'idea di un *animus donandi* inteso quale requisito soggettivo della donazione V. MAROI, *Delle Donazioni*, Torino, 1936, 34 s.. Più precisamente, secondo siffatta impostazione, *l'animus donandi* non sarebbe stato requisito necessario delle donazioni. In altre parole, sarebbe donazione qualunque disposizione a titolo gratuito in quanto non può essere fatta una distinzione giuridica sulla base di una intenzione. Pertanto all'*animus donandi*, ovvero si ripete, la concerta volontà di porre in essere una donazione, sarebbe restato solo il ruolo di mezzo di prova della gratuità. Risultava tuttavia prevalente l'opinione opposta a quella da ultima riportata, in quanto gli autori ritenevano più rispondente al dato testuale dell'articolo 1050 codice del 1865 e logicamente più rispettoso della *ratio legis*, l'idea che la donazione necessitasse di un requisito soggettivo e di un requisito oggettivo. Tali requisiti erano appunto

L'attribuzione spontanea e disinteressata che prescinde da qualsiasi rapporto giuridico preesistente, contemporaneo o futuro, eventualmente facente capo alle parti della fattispecie, contemplata dall'articolo 769, rappresenta dunque il prototipo della liberalità contrattuale. Tuttavia non è possibile attribuire esclusivamente ad esso l'attitudine di perseguire una finalità attributiva.

La donazione si caratterizza per l'accrescimento del patrimonio del ricevente a fronte del quale si produce un depauperamento nel patrimonio del disponente. È stato, infatti, affermato, da una parte della dottrina, che la donazione sarebbe solo quella attribuzione patrimoniale per la quale, ad un tempo, il donante si adopera al fine di produrre una diminuzione spontanea del suo patrimonio che però corrisponda ad un equivalente incremento del patrimonio del donatario⁴.

Da quanto esposto, analizzando la struttura del contratto di donazione, emerge che, benché il legislatore abbia predisposto la relativa disciplina secondo le regole del negozio bilaterale, il centro di interesse, a differenza di quanto avviene nell'ambito dei contratti in generale, non è individuabile nella presenza di due distinte volontà, ma sembra che la volontà del donante sorregge l'attribuzione e giustifica l'atto⁵.

Normalmente, come è confermato dalla consolidata ed autorevole dottrina in materia, la struttura del contratto è caratterizzata dalla circostanza che ciascuna parte è portatrice di

la gratuità (elemento oggettivo) e *l'animus donandi* (elemento soggettivo) anche se quest'ultimo presentava discordanti interpretazioni ricostruttive. Con l'entrata in vigore del codice del 1942, con i cambiamenti apportati alla definizione, si assiste al rinnovato interesse per il concetto di liberalità, senza però che si sia ancora abbandonato il richiamo all'*animus donandi* che ancora è identificato con lo spirito di liberalità menzionato nell'articolo 769.

⁴ A.C. JEMOLO, *Lo spirito di liberalità*, in *Studi in memoria di Vassalli*, II, Torino, 1960, 973 ss.

⁵ G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit. ; A. TORRENTE, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 1956, sostengono tra l'altro che nel contratto di donazione manca la contrapposizione di interessi che caratterizza le fattispecie contrattuali.

interessi confliggenti rispetto a quelli della controparte⁶. In particolare si afferma che il conflitto di interessi, relativo alla struttura del contratto consente di differenziarlo da altre fattispecie non contrattuali, come ad esempio l'accordo in senso stretto. Ne deriva che la stessa disciplina applicabile alle fattispecie non contrattuali, risente proprio dell'inevitabile differenza che sta alla base della struttura portante e che risiede per l'appunto nella mancanza del conflitto.

In sostanza, nelle fattispecie negoziali bilaterali ma non contrattuali, invece di un conflitto d'interessi, che costituisce il substrato del contratto stesso, si osserva una convergenza degli interessi sottesi alla realizzazione del regolamento contrattuale "*che sotto l'aspetto sociologico rende ragione dell'accordo in senso stretto*"⁷.

Nella compravendita, ad esempio, il venditore ha interesse a realizzare il proprio scopo di scambio del bene, di cui è proprietario, ottenendo, quale corrispettivo, il prezzo più alto possibile. Per contro, in una posizione che potrebbe definirsi di contrasto, l'acquirente pur perseguendo un fine di scambio, ha interesse a conseguire la proprietà del bene pagando il prezzo più basso possibile.

Si può sostenere, quindi, che in un contratto, sia esso di scambio come nel caso di specie, ma anche in altre tipologie contrattuali, le parti, pur condividendo la stessa funzione

⁶ Per tutti E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1955, 309 ss.

⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 309, sottolinea che non potrà applicarsi alla fattispecie che presenti la caratteristica della convergenza degli interessi delle parti, la disciplina normalmente applicata al contratto. Quindi, non troveranno applicazione le norme che dipendono dal carattere sinallagmatico del contratto, in quanto negozio di mera ragione privata. Ugualmente difficile sarebbe l'applicazione alla fattispecie priva del conflitto di interessi, la disciplina della conclusione del contratto. Per considerazioni analoghe l'A. esclude l'applicazione di tutta la disciplina dei rimedi contrattuali in tema di inadempimento e di risoluzione.

economico sociale del negozio posto in essere, restano su posizioni di contrasto relativo agli interessi dagli stessi perseguiti.

Tutto ciò non sembra possibile riscontrarlo nel contratto di donazione⁸.

L'assenza del tipico conflitto di interessi, che si concilia proprio nel perfezionamento del contratto, sembra testimoniare la prevalenza della volontà del donante che appare, in sostanza, l'unica realmente capace di realizzare l'attribuzione patrimoniale. Secondo tale orientamento, che nella donazione si assiste ad un fenomeno di convergenza di interessi contrattuali in quanto la volontà del donante è evidentemente del tutto concorde e "parallela" alla volontà del donatario.

Sembra, tuttavia, opportuno chiarire meglio il senso di tali affermazioni.

In realtà il contratto di donazione si perfeziona sempre con l'accettazione del donatario che oltre ad essere necessaria secondo la disciplina codicistica della donazione, art. 782, assume il ruolo di una manifestazione di volontà variamente interpretata dalla dottrina, ma comunque assimilabile all'atto di accettazione di cui all'articolo 1326.

In altre parole, la manifestazione di volontà del donatario è sempre necessaria affinché si produca una modifica nel suo patrimonio, anche se l'effetto della donazione è incrementativo.

Come è stato osservato da una parte della dottrina⁹, la dichiarazione del donatario non è mera adesione ad un acquisto

⁸ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. Civ. Italiano* diretto da F. Vassalli, 1956, 580 ss.

⁹ B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 582 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., 787, sostiene che, in ordine alla mancanza del conflitto di interessi contrattuale, va rilevato che questo non manca, tuttavia non è patrimoniale in quanto la valutazione da parte del donatario è prevalentemente morale e di opportunità; ciò giustifica non solo la necessità dell'accettazione del donatario ma anche l'autorizzazione del giudice tutelare in caso di donazioni a favore di soggetti minori incapaci (art. 320 III comma).

derivante da un atto già perfetto ma è una dichiarazione di volontà non diversa dall'accettazione che si ha in qualunque altro contratto.

Secondo l'interpretazione di un'autorevole studioso¹⁰, il contratto di donazione sarebbe da inquadrare nell'ambito dei contratti con obbligazioni del solo proponente ex art. 1333, secondo il quale *«la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente, è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte cui è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza, il contratto è concluso»*.

Secondo l'Autore, la donazione sarebbe un contratto con obbligazioni del solo proponente almeno nel caso di donazione obbligatoria, in quanto l'obbligo nascente dal contratto grava solo sul donante. Tuttavia, eccezionalmente, alla fattispecie donativa non si applica l'articolo 1333 II comma in quanto esso è derogato dalla norma speciale di cui all'articolo 782, in virtù della quale la donazione si perfeziona solo con l'accettazione del donatario.

Dal combinato disposto dell'articolo 769 e 782 emerge che l'apporto delle due volontà, nell'ambito del contratto di donazione, è di uguale portata ai fini della conclusione del contratto e del raggiungimento della causa dell'attribuzione. La conferma di tale affermazione può essere trovata nel rigore formale che coinvolge entrambe le volontà (art. 782). Di conseguenza, devono ritenersi superate le convinzioni secondo le quali, nel contratto di donazione, l'apporto della volontà del donante sia prevalente rispetto a quella del donatario¹¹.

¹⁰ G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., 789 ss.

¹¹ L. GATT, *La liberalità - I*, cit., 39.

1.2. CAUSA DELLA DONAZIONE

La configurazione della donazione come contratto, impressa dal legislatore all'articolo 769, impone di individuare quale sia la causa in quanto resta pur sempre un elemento essenziale di ogni negozio giuridico e di conseguenza anche del contratto di donazione¹².

Proprio in ordine alla causa, si sono susseguite le maggiori discussioni in dottrina.

Una prima ricostruzione si fonda sulla asserita compenetrazione esistente tra la causa del contratto e lo spirito di liberalità tale da identificare l'una nell'altro. Pertanto il contratto di donazione sarebbe caratterizzato da una causa coincidente con il concetto di *spirito di liberalità*. Dal che ne discende che, in assenza, il contratto di donazione sarebbe nullo per mancanza della causa¹³.

Secondo altra parte della dottrina¹⁴, invece, la causa del contratto di donazione non può essere ricercata nell'elemento soggettivo dello spirito di liberalità, in quanto ciò renderebbe difficile la distinzione delle fattispecie attributive a carattere donativo da quelle non donative. Secondo tale impostazione, che predilige una interpretazione per così dire oggettiva della causa, si afferma che, nella donazione, la causa consiste nel depauperamento del donante accompagnato dall'arricchimento del donatario.

¹² In passato è stato sostenuto che la causa della donazione non esiste, tuttavia, tale concezione, sicuramente frutto di una particolare configurazione della fattispecie, è stata facilmente superata dalle considerazioni espresse da A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 34, il quale osserva che la donazione è definita come un contratto dallo stesso legislatore e pertanto la causa costituisce un suo requisito essenziale ai sensi dell'articolo 1325, n. 2, così anche G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., 784 s.

¹³ G. BALBI, *La donazione*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, II, Milano, 1964; così anche in giurisprudenza Cass. 26 maggio 2000, n. 6994,

¹⁴ V. R. CASULLI, voce: *donazione (Dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., 793 s.; A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 34, s..

Per arricchimento non si intende un concetto empirico ed economico, ma giuridico, nel senso di mancanza di un corrispettivo per l'attribuzione patrimoniale.

Non basta. La struttura bilaterale del contratto di donazione presuppone sicuramente un accordo tra le parti sulla causa dell'attribuzione per spirito di liberalità, ma oltre a questo elemento strutturale necessario è indispensabile l'elemento anch'esso strutturale della forma solenne.

In sostanza, nel nostro ordinamento, la possibilità che un soggetto subisca modifiche del suo patrimonio, ad opera di un terzo, non può prescindere dal consenso del beneficiario, così garantendo che nessuno possa vedere prodotti effetti, anche soltanto favorevoli, nel proprio patrimonio, senza il suo consenso. Inoltre tale consenso dovrà rivestire la forma dell'atto pubblico con la presenza dei testimoni, ad attestare l'importanza dell'atto che si compie.

Si assiste quindi all'incidenza della forma sulla sostanza del contratto di donazione¹⁵.

Resta, tuttavia, da chiarire il rapporto esistente tra lo spirito di liberalità e la causa del contratto di donazione.

Come è stato già affermato, una parte della dottrina sostiene che lo *spirito di liberalità* attiene al profilo causale della donazione. Più precisamente, andrebbe a qualificare la causa attributiva, tipizzandola, consentendo, così, una identificazione del contratto in termini di donazione.

Aderendo all'idea della causa del contratto come funzione economico individuale dello stesso, c.d. *teoria della causa in concreto*, l'identificazione dello spirito di liberalità (*id est* spontaneità dell'attribuzione) con la causa del contratto, sarebbe certamente giustificata.

¹⁵ L. GATT, *La liberalità* – I, cit., 41 s.;

In virtù di tale chiave di lettura, non può negarsi una connotazione funzionale dello spirito di liberalità.

Secondo una parte della dottrina¹⁶, il legame lo *spirito di liberalità* e funzione economico individuale del contratto di donazione, risiederebbe proprio nella non corrispettività e più esattamente, nel disinteresse alla controprestazione.

In particolare, la gratuita e spontanea attribuzione si presenta, nella struttura contrattuale, come meccanismo idoneo alla realizzazione del fondamentale interesse alla liberalità¹⁷ nella stessa misura in cui la corrispettività rappresenta il meccanismo idoneo a realizzare la funzione di scambio¹⁸.

Nell'ambito delle correnti dottrinarie tendenti a rivalutare lo specifico interesse che costituisce il fondamento dell'attribuzione, si può inserire l'opinione che identifica lo spirito di liberalità con l'interesse, non patrimoniale, perseguito dal donante, e che rappresenta la causa della liberalità¹⁹.

Tale concezione sembra riproporre comunque l'idea di attribuzione disinteressata già in precedenza esposta. In realtà, pur ritenendo che il disinteresse sia un elemento idoneo a caratterizzare la liberalità, rispetto ad altre categorie di atti, ci si pone il dubbio sulla possibilità di una identificazione, dello *spirito di liberalità*, con questo interesse non patrimoniale.

È ragionevole ritenere che l'interesse non patrimoniale sia qualcosa di diverso rispetto alla non coercibilità dell'atto posto in essere per *spirito di liberalità*. La mancanza di coazione non può essere assorbita dall'idea che la liberalità sia nient'altro che

¹⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 242 s. e 345 s.; A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 229 s.; BIANCA M., *Diritto Civile, III Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000; C.M. BIANCA, *La Vendita e la Permuta*, tomo I, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1993, 27 s.

¹⁷ C.M. BIANCA, *La Vendita e la Permuta*, cit., 28 s..

¹⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 242 s. e 345 s. .

¹⁹ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 8 s. .

l'interesse non patrimoniale che sottende il comportamento del donante.

Inoltre, si ritiene che l'adozione dell'elemento dell'interesse non economico del donante, come criterio di distinzione delle liberalità da altri atti, debba essere intesa con un certo rigore. In mancanza di un corrispettivo economico, l'interesse patrimoniale, eventualmente idoneo ad escludere l'idea della liberalità, dovrà, dunque, entrare a far parte o del contenuto del contratto, attraverso una specifica clausola²⁰, o della complessa operazione, attraverso il collegamento con altri atti o negozi. Comunque, la sua rilevanza dovrà essere rivelata dall'uso di tutti gli strumenti interpretativi, non escluso il ricorso al criterio della buona fede forse non solo in via interpretativa ma anche integrativa.

D'altronde potrebbe non essere decisivo il fatto che un determinato motivo sia espresso nell'atto se non risultino altri indici della sua rilevanza.

Quando l'uso di tali strumenti di chiarificazione dia risultati netti sorgono pochi problemi: se vi è un rilevante interesse patrimoniale del donante si fuoriesce dalla liberalità e si entra nell'area dell'affare; se risulta positivamente un interesse non economico siamo nel campo della più classica delle liberalità. Se non risulta alcun tipo di interesse ulteriore oltre quello all'attribuzione non corrispettiva ciò significa che l'interpretazione riesce a rivelare solo uno schema donativo retto dalla corrispondente volontà ed approvato come tale dall'ordinamento²¹.

²⁰ C. MANZINI, «Spirito di liberalità» e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi, in *Contratto e Impresa*, 1985, 431; A. CECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 287.

²¹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 38 s. sottolinea che in conclusione del discorso reattivo all'analisi della causa della donazione e del rapporto tra spirito di liberalità e requisiti essenziali del contratto, è opportuna un'ultima osservazione, «relativa ad un profilo del negozio sinora rimasto in ombra: si tratta dell'idoneità della donazione, in quanto contratto di alienazione, a fungere da titolo giustificativo dell'acquisto, ossia a realizzare l'investitura in

1.3. LIBERALITÀ ED AUTONOMIA PRIVATA

Tratteggiati per sommi capi i caratteri essenziali del contratto di donazione, è utile considerare che l'intenzione del legislatore di predisporre un prototipo di atto con il quale realizzare l'intento donativo, si scontra con l'esigenza dei privati di individuare uno strumento attributivo di agile realizzazione. Solo attraverso l'analisi delle fattispecie liberali diverse dalla donazione è possibile individuare i confini di una disciplina a volte di difficile comprensione.

Gli atti di liberalità sono un insieme eterogeneo e privo di confini determinati, in particolare, come si osserva in dottrina²², si tratta di una categoria aperta all'ingresso di altri strumenti idonei a realizzare l'attribuzione disinteressata nei confronti di un beneficiario.

È significativa la considerazione espressa da un'insigne studioso della materia delle donazioni²³, secondo il quale il fenomeno attributivo è variamente costellato di interessi e finalità che lo sorreggono, al punto che non appare più così semplice estrapolare dalla sola nozione codicistica la causa dell'attribuzione spontanea.

Del resto gli stessi interessi che sottendono l'attribuzione, se valutati alla luce della teoria della causa in concreto, finiscono per

ordine al bene del donatario. Trattandosi di un contratto tipico di alienazione, la valutazione dell'ordinamento in questo senso non dovrebbe dare adito dubbi: e nell'alternativa tra il ritenere che il legislatore abbia previsto un'alienazione senza causa, e quella che abbia, invece, creato un titulus acquirendi sulla base di uno schema causale espressivo di una funzione preventivamente approvata, è ragionevole ritenere che sia preferibile scegliere la seconda ipotesi».

²² V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, 1996, 1 ss.

²³ A. PALAZZO, *Forma e causa dell'attribuzione nelle donazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 984 e dello stesso A. *Le donazioni*, in *Comm. Cod. Civ. diretto da P. Schlesinger*, 8 ss.; nello stesso senso V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit. 1 ss. secondo la quale "La varietà degli interessi sottostanti che costituiscono la vera causa dell'attribuzione patrimoniale in favore di altri, secondo una parte della dottrina ha fatto in modo che si possa parlare non più di donazione ma di donazioni".

moltiplicare le fattispecie meritevoli di tutela ed idonee a produrre un effetto attributivo disinteressato.

Dal punto di vista meramente pratico, tenuto conto della rigida disciplina dettata dal nostro legislatore, emerge con evidenza che la donazione contrattuale non può essere considerata uno strumento di agile utilizzo.

In altre parole, tra le “*donazioni*”, per dirlo con gli stessi termini utilizzati dagli autori citati²⁴, il mezzo che il legislatore propone quale strumento tipico, precostituito esclusivamente alla realizzazione dello scopo attributivo, a causa dello stretto e severo formalismo cui è soggetto, mal si concilia con l’esigenza della autonomia privata. Se, infatti, è vero che la donazione tipica riflette un interesse del donante, che colora e qualifica la mera spontaneità dell’atto, è anche vero che la rigidità formale ed i costi connessi alla realizzazione della donazione, fanno della stessa uno strumento non più utile al raggiungimento del risultato prefigurato.

È per questo motivo che sovente, alla luce di un giudizio di mera congruità tra il mezzo utilizzato e il risultato che si intende realizzare, l’autonomia privata predilige l’adozione di strumenti diversi dalla donazione tipica che ugualmente raggiungono il risultato attributivo – incrementativo del patrimonio del destinatario.

Si potrebbe affermare che la necessità di un esito positivo del giudizio di congruità del mezzo rispetto allo scopo, non sia stata ignorata dal legislatore²⁵, anzi, proprio considerando che nel Codice Civile sono molteplici i richiami al concetto di liberalità, e non solo a quello di donazione contrattuale. Sarebbe legittimo sostenere che, nella formazione del Codice Civile, non sia stato

²⁴ Cfr. nota precedente.

²⁵ A. TORRENTE, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 1956, 34 ss. .

trascurato l'essenziale principio di congruità di cui si è detto. Si ha come l'impressione che il legislatore abbia tenuto ben presente l'indole della autonomia privata, agevolandone la libertà di scelta nello strumento da utilizzare al proprio scopo attributivo.

I citati riferimenti normativi al concetto di liberalità, spesso giungono ad essere finanche in antitesi con il concetto di donazione tipica²⁶, di modo che il legislatore utilizzando anche all'interno della stessa norma, indifferentemente, il termine donazione e quello di liberalità, talora in posizione di contrapposizione, talaltra suggerendone la assimilazione²⁷, lascia ampio margine di interpretazione allo studioso e fornisce al privato una disciplina, per lo più completa, da applicare non solo al modello contrattuale di liberalità, ma anche alla più diffusa categoria delle liberalità diverse dalla donazione.

Si comprende, pertanto, lo scetticismo che l'autonomia privata riserva al prototipo codicistico della donazione a tutto vantaggio delle liberalità indirette, contrattuali e, se ritenute effettivamente esistenti in diritto, di quelle non contrattuali.

²⁶ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 34 ss. sottolinea che il legislatore non ha predisposto una disciplina che all'un tempo riconosca «*la figura tipica e quella atipica*», in realtà per l'ordinamento giuridico la liberalità non si può attuare che per la strada principale e quindi attraverso la donazione contrattuale, che è e resta l'unica liberalità tipica. Tuttavia l'Autore precisa che l'ordinamento non è «*onnipotente e perfetto: come ogni creazione umana ha le sue imperfezioni e le sue vulnerabilità*», in sostanza giunge a ritenere che la possibilità di perseguire il risultato dell'arricchimento gratuito a favore di un terzo attraverso una molteplicità di strumenti giuridici rappresenterebbe quasi un effetto distorsivo del nostro sistema codicistico. Considerazioni quest'ultime che chiaramente risentono della impostazione che l'Autore segue nell'analisi delle liberalità. Secondo Torrente la donazione corrisponde al contratto con il quale si verifica uno spostamento patrimoniale a favore del destinatario e cioè un arricchimento del donatario cui deve corrispondere l'impoverimento del donante. Lo spirito di liberalità resta un elemento che caratterizza l'attribuzione ma non ne rappresenta la causa contrattuale, esso è concepito come sinonimo di spontaneità del comportamento del donante.

²⁷ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., «*Il congegno complesso e meditato è pure, per così dire prigioniero dei suoi meccanismi, o, fuor di metafora, delle sue premesse e dei suoi postulati*».

2. SPIRITO DI LIBERALITÀ, SPONTANEITÀ DEL COMPORTAMENTO ED ELEMENTO SOGGETTIVO DELL'ATTRIBUZIONE.

L'analisi del fenomeno delle liberalità, sia sotto il profilo delle fattispecie attributive negoziali che non negoziali, impone l'approfondimento del concetto espresso nell'articolo 769 «*La donazione 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 un'obbligazione*» ed in particolare, lo spirito di liberalità.

La dottrina ha variamente interpretato il fondamento ed il significato dello «*spirito di liberalità*», giungendo a conclusioni a volte discutibili e controverse.

Tradizionalmente, lo *spirito di liberalità* è sinonimo di spontaneità del comportamento del disponente, intesa come mancanza di costrizione. L'atto di liberalità è spontaneo in quanto non è il prodotto di un rapporto giuridico precedente.

Dalla lettera dell'articolo 769 emerge, come si è detto, una prevalenza della volontà del donante che può essere osservata, in particolare, nella circostanza che, l'articolo in questione, tende a far risaltare soprattutto la spontaneità del suo volere («...*il contratto col quale, per spirito di liberalità...*»).

Secondo un'autorevole studioso²⁸, la disciplina della donazione, così come è espressa dalla norma, mostra l'intenzione del legislatore di porre in risalto le interrelazioni tra spontaneità, o spirito di liberalità, e motivo del donante.

Tale affermazione induce a sostenere, contrariamente a quanto affermato da parte della dottrina²⁹, che lo «*spirito di liberalità*» sta a

²⁸ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. Civ. Italiano* diretto da F. Vassalli, 1956, 592.

²⁹ V. R. CASULLI, voce: *donazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., 793 s.; A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 34.

significare che non basta un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo, per riconoscere una fattispecie contrattuale donativa, ma occorre che questa sia giustificata dalla coscienza di conferire ad altri, un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti³⁰.

In base alla definizione legislativa, sembra evidente che lo spirito di liberalità caratterizza la fattispecie. Esso deve riscontrarsi necessariamente al fine di poter qualificare l'attribuzione. Secondo tale impostazione, supportata anche da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità³¹, lo spirito di liberalità assurge ad elemento costitutivo della donazione al pari dell'arricchimento³².

In definitiva, sembrerebbe ragionevole condividere l'opinione secondo la quale è essenziale, ai fini qualificatori, rilevare se, nell'ambito di una determinata fattispecie attributiva, sia presente lo spirito di liberalità, in mancanza del quale è assolutamente

³⁰ A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm Cod. Civ. diretto da P. Shlesinger*, 8 s.

³¹ In giurisprudenza si riscontra tale interpretazione dello spirito di liberalità. Secondo l'orientamento consolidato per aversi donazione deve risultare l'elemento oggettivo dell'impoverimento, ma non solo. È necessario che oltre all'impoverimento l'attribuzione sia sorretta anche dall'elemento soggettivo consistente nello spirito di liberalità. In tal senso tra le altre Cass. 26 maggio 2000, n. 6994 in *Giust. Civ. Mass.* 2000, 1127 ed inoltre «*L'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non basta invece ad individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obbiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione [Omissis]*» in Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325 in *Not.* 1999, 317; Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I,1222; Cass. 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Giust. Civ. Mass.* 1982, 12; 6. Cass. 3 giugno 1980, n. 3621 in *Giust. civ.* 1980, I, 2138; secondo la giurisprudenza di merito, inoltre, Trib. Roma, 18 maggio 1982 in *Fall.*, 1982, 1307 «*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". Pertanto le sovvenzioni di danaro effettuate da un imprenditore a favore di un uomo politico devono considerarsi donazione quando manchi un obbligo giustificativo dell'erogazione posta in essere*».

³² G. BALBI, *La donazione*, cit., 19 s. ed in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 18 febbraio 1977, n 737 in *Mass. Giust. Civ.*, 1977.

precluso il riconoscimento della natura liberale dell'attribuzione gratuita (contrattuale o non).

Lo spirito di liberalità non deve però essere confuso con il motivo del contratto di donazione che è preso in considerazione dal legislatore nell'ambito della patologia del negozio donativo.

In realtà, nessuno compie un'attribuzione a favore di un determinato soggetto, anche per spirito di liberalità, senza un particolare motivo sottostante.

Sembra possibile affermare che il motivo rappresenta un impulso personale e concreto del donante (e latente nel contratto di donazione).

Esso emerge in particolari ipotesi donative, quali la donazione modale o la donazione cui è apposto un elemento accidentale del negozio giuridico.

È ragionevole condividere l'idea che il motivo personale del contratto rimanga latente fino a quando le parti non intendano convogliarlo in un termine, in una condizione o in un onere. Questi ultimi rappresentano un motivo che diventa modalità del contratto³³.

Sotto questo aspetto, la donazione conferma in pieno la sua natura contrattuale.

Pertanto, si ritiene di poter asserire, con il conforto della giurisprudenza della Cassazione citata, che il contratto di donazione rappresenta una fattispecie attributiva negoziale, bilaterale, il cui elemento caratterizzante, rispetto ad una fattispecie astratta, è rappresentata dallo spirito di liberalità.

Come detto, lo spirito di liberalità è generalmente inquadrato nell'ambito della spontaneità del comportamento che genera l'attribuzione. Sulla base di siffatta interpretazione, si può

³³ BIANCA M., *Diritto Civile, III Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 245 s.

affermare che esso sia un elemento del tutto distinto e nettamente diverso dall'interesse a donare del donante.

L'interesse a donare è, più propriamente, da intendere come l'elemento che caratterizza la non patrimonialità della causa dell'attribuzione. Verosimilmente, l'interesse a donare rappresenta l'interesse, anche non patrimoniale, che può essere a fondamento dell'obbligazione (art. 1174).

Quest'ultima affermazione sembra trovare fondamento nelle norme di legge che regolano le donazioni. Lo stesso articolo 769, infatti, non chiarendo il concetto di spirito di liberalità, come spontaneità e non costrizione del comportamento del donante, lascia, però, intendere solo il ruolo che, lo stesso, assume nell'assetto negoziale, senza che lo si possa identificare con l'interesse a donare.

Tornando al significato da attribuire al concetto di spirito di liberalità, secondo l'interpretazione diffusa in dottrina, argomenti logico – giuridici, idonei a fondare l'osservazione in precedenza evidenziata, secondo la quale l'espressione legislativa *de quo* rappresenta un sinonimo di spontaneità (da intendersi quale non costrizione del comportamento del disponente), potrebbero essere ricercati, tra l'altro, nel divieto di perfezionare un mandato a donare e nel divieto di donazione di beni futuri.

In entrambe le fattispecie è possibile cogliere il senso delle affermazioni esposte.

Il divieto di mandato a donare è volto a sanzionare l'ipotesi di una attribuzione patrimoniale nulla, tra l'altro, per la mancanza del requisito dello spirito di liberalità³⁴.

³⁴ L'art. 778 dispone la nullità del mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di determinare l'oggetto della donazione, onde evitare che, dall'arbitrio di un terzo, possa derivare al donatore una indesiderata situazione di spogli patrimoniali. In giurisprudenza, la *ratio* della nullità del mandato a donare ex articolo 778 è individuata anche nella carenza di potere rappresentativo del mandatario, cui non può seguire ratifica da parte del donante, così App. Torino,

Un primo problema della fattispecie del mandato a donare è capire chi debba essere il donante. In sostanza, sicuramente il mandante è colui che esprime la volontà principale e che, secondo le norme sul mandato, è prevalente rispetto a quella del mandatario. Probabilmente, ragionando per assurdo, sembra preferibile ritenere che, la qualifica di donante, ricada sul mandatario, in quanto è comunque quest'ultimo a realizzare l'attribuzione gratuita. Tuttavia, i ragionamenti privi di fondamento non presentano alcuna utilità scientifica e quindi la ragione logico – giuridica in virtù della quale il mandato a donare è espressamente vietato dal legislatore, risiede nella circostanza che esso preclude al donante di porre in essere una attribuzione realmente caratterizzata dalla spontaneità del comportamento. Infatti, il mandatario si sarebbe obbligato a porre in essere l'attribuzione, a favore del beneficiario, in virtù dell'obbligazione nascente dal contratto di mandato.

La medesima *ratio* è riscontrabile all'articolo 771, in tema di divieto di donazione di beni futuri³⁵, in quanto il legislatore, nel

16 novembre 1995 in *Vita not.* 1997, 165 e, tra le altre, Cass. 22 ottobre 1990, n. 10256, in *Riv. Not.* 1991, 1030 secondo cui «È nulla la procura che conferisca il potere di disporre di tutti i beni del mandante e di effettuarne, tra l'altro, donazioni, integrando tale atto gli estremi della procura a donare "quid volēs"».

³⁵ Sulla distinzione tra la nullità della donazione di beni futuri e sulla recente considerazione da parte della Cassazione della validità della donazione di beni altrui. Per tutte, la fondamentale sentenza Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596 con nota di F. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. Not.* 2001, 862, nella Massima, i giudici di legittimità sostengono che «La donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare». In nota Gazzoni precisa che «La Suprema Corte ha ritenuto che la donazione traslativa di beni che le parti considerano di proprietà del donante, ma che in realtà appartengono a terzi, non violi il principio di cui all'art. 771 c.c., riferendosi il divieto di donare beni futuri unicamente ai beni non ancora esistenti in *rerum natura* e tali non sarebbero i beni

predisporre il divieto, intende impedire che il donante, concludendo un contratto avente ad oggetto beni futuri, che secondo la dottrina presenta effetti obbligatori immediati ed effetti reali differiti, finirebbe con il perfezionare la donazione di un bene, attualmente, non esistente nel suo patrimonio. Al momento della venuta ad esistenza, momento a partire dal quale si realizza la fattispecie attributiva, il donante potrebbe non essere più intenzionato a beneficiare il donatario, ciononostante, stante la disciplina dei contratti aventi ad oggetto beni futuri, si ritroverebbe, suo malgrado, vincolato a questa donazione.

A conferma ulteriore del significato attribuito all'espressione spirito di liberalità, quale spontaneità del comportamento, può citarsi l'articolo 1050 codice civile del 1865 che, lungi dal definire lo spirito di liberalità, qualifica la donazione quale l'atto di "spontanea" liberalità con il quale il donante si spoglia *attualmente ed irrevocabilmente*, della cosa donata in favore del donatario che l'accetta³⁶.

Seppur vero che anche nella definizione riportata non emerge la causa donativa, ma si giustifica la gratuità dell'attribuzione mediante il concetto, non ben identificato, di spontanea liberalità,

di cui il donante non può disporre perché altrui. Tale interpretazione, secondo la Suprema Corte, sarebbe l'unica possibile, dal momento che l'art. 771 c.c. è norma eccezionale che deroga al principio della generale deducibilità di prestazioni future ex art. 1348 c.c. e che, quindi, non è suscettibile di interpretazione analogica, ma solo di interpretazione letterale e logica».

³⁶ Il concetto di spirito di liberalità come spontaneità del comportamento, anche se l'articolo 1050 del codice del 1865 è stato abrogato nella parte in cui faceva espresso riferimento alla spontaneità, si riscontra ancora ed in modo costante nelle pronunce della giurisprudenza, così Cass. 3 giugno 1980, n. 3621, *cit.*, 6 «*Il negozio di liberalità [...] è quello con il quale un soggetto, consapevole di non esservi tenuto in virtù di un vincolo giuridico o di un vincolo extragiuridico rilevante per la legge, opera liberamente e spontaneamente un'attribuzione patrimoniale gratuita a favore di un altro soggetto allo scopo di arricchirlo. Conseguentemente, la causa di tale negozio è costituita dall'effettuazione di una attribuzione patrimoniale gratuita, che comporta un arricchimento del destinatario, qualificata soggettivamente dalla consapevolezza, nell'autore di essa, che la medesima è operata in assenza di un qualsiasi dovere, giuridico oppure soltanto morale o sociale, e, perciò, in definitiva, per quello spirito di liberalità, che è legislativamente riferito al contratto di donazione (art. 769 c.p.c.)».*

sembra, tuttavia, potersi dedurre che l'elemento soggettivo, essenziale al fine di qualificare l'atto in termini di donazione, è la spontaneità del comportamento, sempre intesa come mancanza di un rapporto giuridico o morale che vincoli il comportamento e lo riduca ad un mero adempimento.

2.2. LIBERALITÀ COME SCOPO DELL'ATTRIBUZIONE E LIBERALITÀ COME EFFETTO.

Analizzando il tenore letterale dell'articolo 769, ed attenendosi rigorosamente ad esso, si può notare che la liberalità viene intesa come il prodotto di un elemento interiore del soggetto agente. La norma parla infatti della donazione come il contratto posto in essere per «*spirito di liberalità*». In sostanza, si ha l'impressione che lo «*spirito*» sia concepito come connotazione interiore, e cioè come un moto dell'animo che però penetra nella causa attributiva e ne caratterizza il comportamento. In mancanza dell'elemento spirituale, l'attribuzione gratuita finirebbe per essere considerata senza causa.

Quindi la disposizione senza corrispettivo di un diritto o l'assunzione di un obbligo, va fatta per «*spirito di liberalità*», in assenza del quale resterebbe una prestazione ingiustificata.

Tali considerazioni, benché siano strettamente connesse al concetto di liberalità contrattuale, (*rectius* donazione), varrebbero per ogni fenomenologia liberale. D'altro canto, dalla stessa sistematica adottata nel Codice Civile, risulta che il legislatore non ha preteso una identificazione di tutte le liberalità con il contratto di donazione. La conferma si può trovare nell'articolo 809 che già dalla rubrica «*Norme applicabili ad altri atti di liberalità*», lascia intendere una evidente ripartizione delle attribuzioni a carattere liberale.

Quindi, tenuto conto che lo spirito di liberalità è elemento che pervade ogni fattispecie liberale, anche non necessariamente contrattuale, sarebbe, forse, condivisibile l'idea di parte della dottrina secondo la quale la liberalità rappresenta uno scopo che i privati possono conseguire con diversi strumenti giuridici, negoziali e non negoziali, piuttosto che la funzione economico sociale dell'attribuzione. Tra questi il mezzo tipico è rappresentato dal contratto di donazione.

In effetti, gli atti di liberalità, qualunque sia la loro struttura, in tanto vengono in considerazione in quanto producono o comunque siano idonei a produrre un effetto economico di contenuto equivalente a quello che il contratto di donazione realizza in via tipica e cioè un arricchimento senza corrispettivo della controparte, vivificato dall'*animus donandi*.

A questo punto, è interessante notare l'interpretazione che una parte della dottrina ha elaborato sul concetto di liberalità. Infatti, la considerazione che l'articolo 769 enuncia solo uno scopo che può essere raggiunto attraverso l'utilizzazione di differenti mezzi giuridici, è coerente con l'idea di liberalità intesa come un effetto e non come la causa dell'attribuzione.

Ciò trova conforto nel dettato della norma di cui all'articolo 809 secondo il quale «*Le liberalità anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari*». In base alla norma citata, è possibile affermare che la liberalità è il risultato che il soggetto agente intende perseguire anche con "*atti diversi*" dalla donazione e quando l'intenzione dell'agente è appunto quella di produrre in capo al destinatario un effetto economico attributivo

con animo liberale, il legislatore dispone che tale comportamento sia soggetto alla stessa disciplina delle donazioni.

Al fine di chiarire più accuratamente l'idea che la liberalità nel nostro ordinamento rappresenta non semplicemente uno stato d'animo, ma, piuttosto, un effetto giuridico, specificamente conseguente ad una attribuzione gratuita, è opportuno tornare brevemente al concetto di spirito di liberalità. Come si è detto, esso è sovente inteso come elemento psicologico, solo interno, al disponente. Una considerazione di tal genere riduce l'aspetto soggettivo dell'attribuzione gratuita, ad una ristretta accezione di moto dell'animo, esponendo al rischio di relegare tale elemento ad un ambito che, normalmente, nella disciplina del contratto, non incide sulla fattispecie, se non sotto il profilo della patologia del negozio. Non sembra condivisibile, quindi, una impostazione in detti termini. D'altro canto, si rileva che, l'unica norma che consente di interpretare lo spirito di liberalità come ragione psichica e come mera intenzione interiore del disponente all'attribuzione sarebbe il solo articolo 769.

Per approdare ad una interpretazione delle liberalità più coerente con l'intero sistema normativo predisposto dal legislatore è opportuno analizzare, almeno, alcune delle norme che nell'ambito della disciplina codicistica prendono in considerazione il fenomeno delle attribuzioni liberali.

Già procedendo ad una analisi delle disposizioni formulate in tema di donazioni, emerge un significato più completo della definizione data con l'articolo 769.

Il primo riscontro di questa situazione³⁷ si ha con l'analisi dell'articolo 770. Oltre a completare la definizione contenuta

³⁷ V. GARDANI CONTURSI – LISI, *Donazioni*, nel *Comm. Cod. Civ.* a cura di Scialoja e Branca, libro II: Successioni artt. 769-809, Bologna – Roma, 1976, 19 s. .

nell'articolo 769 c.c., la norma in esame adotta il termine “*liberalità*” in accezione particolare e diversa.

Se si osservano le disposizioni del comma 1, per il quale «*è donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione*» e del comma 2, per il quale «*non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi*», è possibile osservare che, in primo luogo, emerge la circostanza che al termine *liberalità* è attribuito un significato oggettivo. La liberalità viene considerata come una circostanza di fatto più che un atto giuridico. Ciò sembra concordare con l'idea che la liberalità rappresenti un effetto di un'attribuzione piuttosto che la sua ragione economico sociale.

In secondo luogo, il termine “*liberalità*” risulta essere strettamente connesso al termine “*donazione*”. Tuttavia è possibile osservare una curiosa particolarità: comma 1 «*è donazione anche la liberalità ...*»; comma 2 «*non costituisce donazione la liberalità...*». È ragionevole dedurre che, dalle espressioni utilizzate dal legislatore nelle menzionate norme, il concetto di donazione tipica non coincida con quello di liberalità.

Secondo tale interpretazione, trova conferma l'idea che l'atto di liberalità sia un concetto di portata più ampia rispetto alla definizione di donazione, tanto è che il legislatore chiarisce in modo inequivocabile che taluni atti, sebbene “*liberalità*”, non costituiscono donazione³⁸.

³⁸ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 39 ss.; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 5 s.; in ordine alle liberalità d'uso, in giurisprudenza si veda Cass. 3 giugno 1980, n. 3621, cit. secondo cui «la causa, o funzione economico-sociale, della liberalità d'uso non è dissimile da quella del negozio di liberalità in senso ampio e consiste in un'attribuzione patrimoniale gratuita, comportante arricchimento del destinatario, effettuata dal disponente nella consapevolezza di non esservi tenuto nè per un dovere giuridico nè per un dovere extragiuridico rilevante per la legge. Essa non si identifica, nel suo aspetto soggettivo, con l'intento di agire secondo il costume vigente, in quanto gli

Ad un ambito di atti più vasto di quello della donazione sembra alludere anche l'art. 781, oggi abrogato in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale intervenuta con sentenza della Corte Costituzionale del 27 giugno 1973 n. 91. L'articolo imponeva il cosiddetto divieto di donazioni tra coniugi. In particolare, vietava ai coniugi di farsi, durante il matrimonio, l'un l'altro, qualsiasi liberalità e quindi non solo donazioni, salvo quelle conformi agli usi, che, tra l'altro, non sono soggette alla disciplina delle donazioni.

D'altra parte, il legislatore, agli articoli 787 e 788 adotta il termine donazione e quello liberalità nel significato in sostanza equivalente. I due termini vengono utilizzati come sinonimi. Tale comportamento da una parte giustifica l'affermazione secondo la quale donazione e liberalità sono in rapporto di *species a genus*, dall'altra, non smentisce la diversa ampiezza dei due concetti giuridici, proprio perché, ai nostri fini, la donazione è la sola liberalità realmente tipizzata dal legislatore, mentre il panorama di atti astrattamente idonei a produrre un effetto liberale, è assolutamente rimesso all'autonomia privata³⁹.

A completamento dell'indagine sulla differente considerazione che il legislatore esprime all'interno delle norme dedicate alle donazioni e alle liberalità, la norma che ricapitola tutto il discorso sinora esposto è sicuramente l'articolo 809 c.c..

usi negoziali richiamati dall'art. 700, comma 2 c.p.c., - i quali, per non escludere l'indefettibile spirito di liberalità proprio anche della figura negoziale prevista da detta norma, debbono "*a fortiori*" essere improduttivi di obbligazioni e di doveri sociali - rilevano, quali momenti che hanno determinato il soggetto ad effettuare l'attribuzione patrimoniale, solo sul piano del motivo, cui il legislatore assegna rilevanza per negare alla liberalità d'uso la qualifica di donazione e sottrarla alla disciplina dettata per tale contratto».

³⁹ G. BALBI, *Liberalità e Donazione*, cit., 157 ss. secondo il quale le liberalità costituiscono una categoria generale di negozi di cui il principale è la donazione. Così anche in giurisprudenza, tra l'altro, espressamente in Cass. 3 giugno 1980, n. 3621, cit., 6, «*Il negozio di liberalità che costituisce una categoria generale nella quale rientrano varie figure negoziali, tra cui la donazione, che è tipizzata distintamente dal legislatore perché sottoposta da una particolare disciplina [Omissis]*».

Come è stato efficacemente messo in luce da parte della dottrina⁴⁰ già la rubrica dell'articolo «*Norme applicabili ad altri atti di liberalità*», sottintende che esistono molteplici strumenti con i quali si possono perseguire le finalità e gli scopi di liberalità. Ma ciò che traspare con lucidità è la circostanza che il legislatore ha ben presente che la donazione è solo una delle differenti forme in cui si può realizzare una liberalità.

L'articolo 809 è significativo in quanto la liberalità è vista come il risultato di un atto. La norma in commento non rappresenta soltanto la norma di chiusura del II libro del codice civile, ma è anche espressione del capo diametralmente e concettualmente opposto rispetto all'istituto della donazione.

Anche sotto il profilo sistematico è possibile scorgere la circostanza che il legislatore apre il Titolo V del libro II del codice civile, ad esso dedicato, con l'articolo 769, che è volto a definire il concetto normativo di donazione che è qualificata quale atto compiuto per "spirito di liberalità". Tuttavia, il completamento dell'opera qualificatoria delle liberalità, si ha definitivamente all'articolo 809 nel quale il legislatore espressamente sancisce che la liberalità può essere anche l'effetto di un atto diverso dalla donazione tipica.

2.3. (segue) QUALIFICAZIONE DELLE LIBERALITÀ FUORI DALLA *SEDES MATERIAE*.

La complessità delle fattispecie liberali trova riscontro nei molteplici riferimenti alle liberalità che si riscontrano anche al di fuori della disciplina specifica delle donazioni del II libro del Codice Civile.

⁴⁰ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 6 ss.

Nel caso della rendita vitalizia, il legislatore precisa che essa può essere costituita per donazione. All'articolo 1875 è previsto che se la rendita vitalizia è costituita a favore di un terzo, «*quantunque importi un liberalità*», non richiede le forme stabilite dalla legge per la donazione. Anche in questo caso, il legislatore ripropone la distinzione tra donazione ed atti diversi che importano un liberalità ed in particolare, in questo caso specifico, si pone in evidenza che la liberalità è considerata come effetto e non come atto. Tale considerazione conferma l'idea già espressa in merito all'articolo 809⁴¹ che se, sotto il profilo strettamente letterale, la norma sembra alludere alla liberalità come atto, nella lettura attenta del suo contenuto («...*importi un liberalità*») l'idea che quell'atto (*la rendita vitalizia a favore del terzo*) produca (*importi*) una liberalità, induce a ritenere che per liberalità non si intende solo il mero comportamento umano, ma ci si riferisce all'*effetto* di quel comportamento⁴².

D'altro canto, la stessa disposizione, espressa dalla norma di cui all'articolo 1875, richiama il concetto di liberalità indiretta, già ampiamente affrontato in dottrina. Infatti, l'ipotesi contemplata dalla norma concerne la rendita vitalizia con clausola a favore del terzo. Tale fattispecie è, sicuramente, l'ipotesi più diffusa di atto diverso dalla donazione che importi comunque un effetto liberale.

Coerentemente con le considerazioni svolte, ulteriori argomentazioni, utili a delineare il concetto di liberalità sono offerte dalla disciplina codicistica della collazione. Di particolare interesse si presentano gli articoli 737 e 742.

L'articolo 742 si riferisce alle spese non soggette a collazione. Di queste solo alcune possono essere considerate liberalità e cioè quelle che risultano dall'esclusione delle spese fatte in

⁴¹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 6 ss.

⁴² L. GATT, *La liberalità - I*, Torino, 2002, 25; CARNEVALI U., *Le donazioni*, cit., 485, ss..

adempimento di doveri giuridici di mantenimento, istruzione ed educazione o di quelle fatte in adempimento di obbligazioni naturali⁴³. Eccettuate queste ultime restano le liberalità d'uso e le spese fatte dal *de cuius* nei confronti dei discendenti o altri soggetti tenuti alla collazione, non aventi diritto al mantenimento, istruzione ed educazione e sempre che non si debba ritenere esistente un dovere morale o sociale di eseguire la spesa. L'articolo 809 non si applica alle liberalità d'uso ed a quelle non soggette a collazione a norma dell'articolo 742 e tra le liberalità considerate in questa norma ve ne possono essere di diverso tipo, sia donative che non donative⁴⁴.

Appare maggiormente problematico il rapporto tra l'articolo 737 e il disposto della norma precedentemente richiamata, ed il rapporto tra queste e l'articolo 809.

Infatti l'articolo 737 dispone che il donatario deve conferire ai coeredi tutto ciò che ha "*ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente*". Si evince subito una diversa impostazione terminologica e semantica della norma. Potrebbe sorgere il dubbio che l'adozione da parte del legislatore di questa diversa terminologia, ambigua almeno rispetto all'impostazione assunta nell'ambito del titolo V del libro II, sia dovuta all'idea che liberalità e donazione siano un unico concetto giuridico e che la differenza sia solo lo strumento utilizzato.

In realtà, come è confermato dalla dottrina in materia⁴⁵, la distinzione usata dal legislatore risente dell'impostazione che costruisce la liberalità non donativa come negozio indiretto.

Sotto questo aspetto, la lettura dell'articolo in oggetto nella parte, per così dire, *incriminata* ("*direttamente o indirettamente*"),

⁴³ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 7 ss. .

⁴⁴ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 7.

⁴⁵ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 15 s.; T. ASCARELLI, *il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano 1952, 3; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., 820 s. .

non contraddice la ripartizione della categoria in liberalità e donazioni. Non senza affanni parte della dottrina⁴⁶ ha argomentato dalla norma in esame tentando di “*far confluire tutte le liberalità nell’ambito della donazione*”⁴⁷. Vero è che l’espressione, letteralmente interpretata, possa indurre a considerare un appiattimento della categoria delle liberalità. Al contrario la norma *de quo* si ritiene fondata sulla tradizionale impostazione del legislatore che si incentra sulla netta distinzione delle donazioni indirette dalle donazioni dirette articolando la natura giuridica delle liberalità diverse dalla donazione sul modello del negozio indiretto⁴⁸.

Oltre ai molteplici elementi normativi che richiamano in vario modo le concezioni espresse su donazioni e liberalità, si segnala una disposizione estranea al codice civile, l’articolo 64 del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 sulla Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. L’articolo rubricato “*Atti a titolo gratuito*” stabilisce che “*Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d’uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante*”. Dalla lettera della norma si ritiene possibile scorgere un’ampia categoria di atti di liberalità nella quale paiono confluire addirittura tutti gli atti a titolo gratuito, nonché gli atti compiuti in adempimento di una obbligazione naturale⁴⁹.

⁴⁶ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 57

⁴⁷ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 7.

⁴⁸ Sul punto si rinvia a quanto esposto sul negozio indiretto alla nota 43

⁴⁹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 8; A. CECCHINI, *L’interesse a donare*, in Riv. dir. civ., 1976, 254; A. CECCHINI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XVIII; A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 8 s. .

3. CONCLUSIONI.

In conclusione, in ordine a quanto su esposto, si può sostenere che l'ambito di applicazione delle liberalità è sicuramente ampio e di difficile comprensione. Tuttavia ad una attenta analisi del dato normativo, si scorge che il concetto di liberalità non può prescindere dall'analisi congiunta di due norme, l'articolo 769 e l'articolo 809. Alla luce dei menzionati articoli di riferimento, il termine liberalità sintetizza due aspetti di un unico fenomeno. In realtà, come si è detto, il termine liberalità non sta ad indicare concetti eterogenei tra loro (come atto ed effetto), ma rappresenta gli aspetti complessivi del fenomeno degli atti di liberalità.

Quindi dal combinato disposto degli articoli 769 e 809 si ricava che le liberalità rappresentano, comunque, un *effetto* dell'atto posto in essere dal disponente e gli esempi normativi, in precedenza riportati, lo confermano. Inoltre lo spirito di liberalità può essere inteso quale elemento soggettivo che qualifica l'atto gratuito e che consente di giungere alla qualificazione della fattispecie gratuita in termini di liberalità, pur non potendolo considerare quale causa dell'attribuzione.

Nonostante la donazione tipica, per volontà stessa del legislatore, è caratterizzata dalla spontaneità del comportamento (*id est* spirito di liberalità), e che rappresenta un mezzo idoneo a realizzare l'effetto liberale, si rileva che ormai, nella pratica degli affari non può essere più considerato l'unico mezzo possibile per raggiungere l'effetto liberale. Lungi dal considerare la previsione normativa dell'articolo 809 c.c. un rimedio ad una imperfezione del tessuto normativo codicistico, l'articolo sulle *liberalità diverse dalla donazione* consente di aprire un varco alla atipicità, finalizzato al perseguimento dello scopo o meglio dell'effetto liberale.

Infine considerato che la liberalità si esplica mediante fattispecie negoziali tipiche, ma soprattutto mediante l'adozione di strumenti giuridici non rientranti nell'ambito del contratto di donazione, e tenuto conto che, come messo in luce attraverso gli esempi sopra riportati, lo stesso dato normativo rende chiaro che la donazione rappresenta la *species* di un *genus* molto più ampio, ci si chiede se le fattispecie negoziali a carattere liberale esauriscano tale panorama giuridico.

È quindi interessante comprendere se, al di fuori della categoria del negozio giuridico, sia possibile produrre un effetto liberale e se mediante fattispecie prive degli elementi costitutivi del negozio giuridico (unilaterale o plurilaterale), sia rintracciabile il fine liberale e se quindi tali fenomeni siano da inquadrare nell'ambito del vasto panorama delle liberalità.

CAPITOLO SECONDO

IPOTESI DI LIBERALITÀ NON NEGOZIALI

SOMMARIO: 1. Le fattispecie non negoziali. - 2. Le principali ipotesi di liberalità non negoziali. - 2.2. *Quidquid inaedificatur solo cedit* - 2.3. *Negotiorum Gestio* - 2.4. Articolo 179 lettera f) codice civile - 2.5. Rapporti di Cortesia - 3. Considerazioni generali sulle liberalità non negoziali.

1. LE FATTISPECIE NON NEGOZIALI.

L'approccio allo studio delle liberalità in generale è stato variamente concepito dalla dottrina, e come detto, alcuni studiosi⁵⁰, nella sistematica adottata, al fine di comprendere l'istituto delle donazioni, hanno ritenuto opportuno affrontare l'argomento partendo dall'analisi del testo dell'articolo 809 c.c. . In particolare si può percepire, dal metodo utilizzato, che l'idea di fondo che pervade l'elaborazioni teoriche in merito al concetto di donazione ed al suo rapporto con le liberalità, si fonda sul presupposto che le liberalità rappresentano il *genus* comune.

Sulla base di siffatta argomentazione, è ragionevole chiedersi se, nell'ampio tenore letterale dell'articolo 809, trovi una sua collocazione anche la fattispecie non negoziale⁵¹.

Non va sottaciuto che, già sotto il vigore del codice del 1865, quando per opera del legislatore, non era stato ancora introdotto il

⁵⁰ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 448.

⁵¹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 199.

disposto normativo che consentiva all'autonomia privata di predisporre negozi idonei a produrre l'effetto liberale anche al di fuori della fattispecie contrattuale tipica, e quindi in assenza dell'art. 809, una parte della dottrina già proponeva l'ipotesi di atti liberali a struttura non negoziale⁵².

Per inciso, siffatta ricostruzione delle liberalità non negoziali costituiva un ostacolo alla teoria, sulla natura giuridica degli atti di liberalità diversi dalla donazione, volta a spiegare, detto fenomeno, secondo i principi del negozio indiretto. In quanto sarebbe la stessa natura non negoziale dell'attribuzione che, essendo priva del requisito della volontarietà dell'atto e degli effetti, impedirebbe la spiegazione secondo la teoria dei negozi indiretti⁵³.

La modifica del Codice Civile e l'introduzione dell'articolo 809, fornisce giustificazione normativa ad una parte della dottrina⁵⁴ che sostiene la necessità di approfondire le liberalità non negoziali, affermando che non è possibile escludere a priori che atti di natura non negoziale e meri fatti naturali siano idonei a conseguire la finalità liberale e donativa. A fondamento delle loro affermazioni portavano la circostanza che l'ambito delle liberalità si caratterizza per l'ampiezza dei confini ancora non precisamente determinati e per la varietà ed eterogeneità delle fattispecie in cui si sostanziano.

Del resto, non deve essere sottaciuto che l'arricchimento per spirito di liberalità del beneficiario, conseguito attraverso la fattispecie attributiva negoziale, può essere raggiunto anche mediante ipotesi attributive che prescindano dalla volontarietà dell'atto e dell'effetto.

⁵² V. MAROI, *Delle Donazioni*, cit, 32 s.; N. COVIELLO, *Donazione*, cit. 89 s.; ASCOLI, *Trattato delle Donazioni*, cit., 56 s..

⁵³ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 195.

⁵⁴ B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 1013; A. CECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., 254; A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 448; A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 643.

È evidente che l'identità di effetti rafforza l'interrogativo concernente la reale portata della fattispecie non negoziale a carattere liberale.

In definitiva, il fenomeno che qui interessa, concerne l'analisi delle cause giuridiche da cui derivano spostamenti, trasferimenti ed attribuzioni di diritti, e quindi tutte quelle situazioni che sono alla base di mutamenti delle sfere giuridiche soggettive, non solo sotto il profilo patrimoniale.

Se ci si limita ad osservare il risultato finale di una determinata fattispecie attributiva, nel senso di tutto ciò che avviene nel patrimonio del destinatario, si potrebbe sostenere che la situazione conseguente ad un fenomeno acquisitivo legale, come ad esempio l'accessione, non è molto diversa da quella che consegue ad una ipotesi di liberalità negoziale.

A ciò si ritiene che debba indirizzarsi la presente trattazione in quanto solo se si analizza la struttura del fenomeno acquisitivo che sia il risultato di una fattispecie priva del connotato della negoziabilità, si può giungere alla comprensione della discussa natura delle operazioni in questione.

Su tali problemi la dottrina ha assunto posizioni contrastanti che sarà bene esaminare.

2. LE PRINCIPALI IPOTESI DI LIBERALITÀ NON NEGOZIALI.

Le ipotesi più discusse che, tradizionalmente, sono considerate dalla dottrina come idonee a produrre l'effetto liberale e che sono inquadrare nell'ambito delle fattispecie liberali non negoziali, riguardano, per lo più, situazioni in cui l'acquisto del diritto avviene in virtù di un effetto legale. Ci si riferisce ad esempio al caso della confessione giudiziale del debito inesistente, alla soccombenza volontaria in giudizio, alla mancata interruzione della

prescrizione estintiva o dell'usucapione altrui, effettuate per spirito di liberalità. Tutte ipotesi in cui, l'effetto del giudicato o il prodotto del trascorrere del tempo, rappresentano fenomeni idonei a realizzare, nella sfera giuridica del soggetto, un vantaggio patrimoniale *ex lege*⁵⁵.

2.2. *QUIDQUID INAEDIFICATUR SOLO CEDIT*

La dottrina ha inoltre individuato una serie di fenomeni acquisitivi privi del carattere della negozialità e che, secondo alcuni autori⁵⁶, potrebbero rientrare nel novero delle cosiddette liberalità non negoziali. È il caso ad esempio dell'*accessione*.⁵⁷

L'accessione è un modo di acquisto della proprietà a titolo originario e precisamente, quel fenomeno in base al quale la proprietà di una cosa si estende a ciò che ad essa si unisce. Per il solo fatto dell'incorporazione materiale, indipendentemente dalla scienza o dalla volontà del proprietario.

Il fondamento dell'istituto si ritrova nella forza espansiva del diritto di proprietà, in virtù del quale tutto quello che si consolida sul suolo diviene di proprietà del titolare stesso.

La caratteristica fondamentale dell'istituto risiede proprio nell'automaticità dell'acquisto, che non richiede alcuna volontà del disponente⁵⁸.

Per l'operare dell'accessione, si spiega l'acquisto della proprietà della costruzione fatta da un terzo su suolo altrui o della

⁵⁵ Così A. CECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., 312 secondo il quale contro tali fattispecie «sarebbe difficile pensare di applicare i rimedi previsti dall'articolo 809 mentre pare applicabile l'istituto della collazione»; concorde con l'idea dell'autore anche V. R. CASULLI, voce: *donazione (dir. civ.)*, cit., 988; B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 909.

⁵⁶ B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 909.

⁵⁷ BRANCA, voce: *Accessione*, in *Enc. Dir. I*, Milano, 1958, 258 s.; SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in *Trattato Rescigno*, vol. 7, Torino, 1982, 650 s.;

⁵⁸ BRANCA, voce: *Accessione*, cit., 260 s. .

piantagione realizzata su terreno altrui (art. 936 c.c.). In esse il proprietario del suolo acquista la proprietà della piantagione o dell'edificio per opera del principio secondo cui *quidquid inaedificatur solo cedit*⁵⁹.

Sembrerebbe ragionevole ritenere che la mancanza di un elemento volontaristico per far operare l'acquisto a favore del proprietario del suolo, non sia sufficiente ad escludere l'idoneità della fattispecie a realizzare una liberalità.

Secondo coloro che negano l'autonoma configurabilità del fenomeno acquisitivo non negoziale a carattere liberale, tutte le fattispecie che attengono all'istituto dell'accessione, come si preciserà in prosieguo, sarebbero da interpretare in virtù della cosiddetta "*rinunzia a scopo di liberalità*".

Secondo questo orientamento, sia nel caso della piantagione che in quello, molto più rilevante, della *inaedificatio*, l'attribuzione a scopo liberale consisterebbe nella rinunzia all'indennità per l'utilizzo dei materiali o per la realizzazione della costruzione. Pertanto, se così fosse, a rigor di logica, sarebbero tutte da escludere dall'ambito delle liberalità non negoziali⁶⁰.

2.3. *NEGOTIORUM GESTIO*

Una parte della dottrina ritiene che sia da inquadrare nell'ambito delle liberalità non negoziali anche l'istituto della gestione di affari altrui.

L'articolo 2028 dispone che «*Chi senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e*

⁵⁹ BRANCA, *op. ult. cit.*, 258 s..

⁶⁰A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 25, secondo il quale, le figure esaminate, dimostrerebbero che l'ambito delle donazioni indirette è, e resta, quello negoziale, dovendo escludere rigorosamente da tale categoria gli istituti che comportano una fattispecie acquisitiva legale.

a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sè stesso»

Sebbene in passato si sia fortemente dibattuto sulla natura giuridica della gestione di affari, in quanto parte della dottrina ne sosteneva la natura negoziale, attualmente si ritiene⁶¹ che rientri nell'ambito dei meri fatti giuridici, cui sono ricollegate, *de iure*, talune conseguenze (anche) di carattere obbligatorio.

Si deve sottolineare che l'assunzione della gestione deve essere assolutamente spontanea, come si evince dalla norma. Diversamente si tratterebbe di un mandato. Cosicché, per far sì che si possa applicare la normativa relativa all'istituto in oggetto, è necessario che l'attività del *gestor* sia caratterizzata da un particolare aspetto psicologico e cioè dalla presenza di un *animus aliena negotia gerendi*.

La dottrina che ha ritenuto di individuare nell'istituto in oggetto una liberalità, ha precisato che, al fine di rintracciare in esso uno scopo liberale è necessario che vi sia l'esclusione iniziale dell'obbligo di tenere indenne il gestore per l'attività svolta⁶².

Ebbene, non è ragionevole ritenere che il gerito ed il gestore abbiano preventivamente concordato una eventualità della *negotiorum gestio*. È chiaro che se ciò fosse, ci troveremmo al di fuori della spontaneità della gestione e quindi fuori della fattispecie contemplata.

Inoltre, la rinuncia all'indennità da parte del gestore potrebbe essere ricondotta, secondo quanto già in precedenza sottolineato, nell'ambito della rinuncia a scopi liberali.

⁶¹ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 662 s.

⁶² V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 196; B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 1013; A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 708.

2.4. L'ARTICOLO 179 LETT. F) CODICE CIVILE.

Altra fattispecie presa in considerazione da parte della dottrina concerne l'articolo 179 lett. f) in tema di comunione legale («*il coniuge che acquista un bene con il prezzo del trasferimento dei beni personali ... o col loro cambio*»). Secondo una certa impostazione, in assenza della dichiarazione in virtù della quale si impedisce che il bene venga considerato comune, sarebbe possibile realizzare una liberalità in quanto tale omissione sarebbe idonea a produrre un arricchimento in capo al coniuge in comunione legale. La natura giuridica di siffatta dichiarazione, ex art. 179, sarebbe comunque da ritenere non negoziale. Peraltro la liberalità, nella fattispecie considerata deriverebbe da un comportamento omissivo, a maggior ragione privo di negoziabilità. Sicché, se nell'atto di acquisto, il coniuge acquirente omette di dichiarare l'origine del corrispettivo, sulla scorta dell'opinione dottrinarina riportata, si produrrebbe una attribuzione liberale del bene stesso – altrimenti di natura personale – alla comunione. E sarebbe questo comportamento, essenzialmente non negoziale, a produrre l'arricchimento dell'altro coniuge⁶³.

Tuttavia non sono poche le perplessità da rilevare in quest'ultima ipotesi presa in considerazione.

Si rileva che la dichiarazione ex lettera f) dell'articolo 179 c.c. non ha funzione attributiva, né può esserle conferito tale significato. Essa, come è confermato dalla dottrina⁶⁴, assume solo la funzione di esplicitazione di una dichiarazione di scienza.

Per di più è stato chiarito⁶⁵ che la dichiarazione del coniuge ex art 179 lett f), ha natura di atto giuridico in senso stretto e

⁶³ M. BIANCA, *Comunione legale e collazione*, in *Vita not.*, 1981, 805 s.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit, 451.

⁶⁴ RUSSO, *L'oggetto della Comunione Legale e i beni personali*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000. 138

⁶⁵ RUSSO, *op. ult. cit.*, 235 s.

funzione pubblicitaria, in quanto diretta a far conoscere l'utilizzo del patrimonio personale e quindi l'eventuale consumazione. Di qui, ritenere che possa prodursi un'attribuzione liberale nel caso in cui tale dichiarazione sia omessa è forse troppo. Tant'è che dalla mancanza di tale dichiarazione deriva esclusivamente una presunzione (quella cioè che nei confronti dei terzi il bene acquistato sia caduto in comunione).

Qualora la dichiarazione di cui all'articolo 179, venga volontariamente omessa, pur essendovene i presupposti, e quindi il bene entri in comunione, si può realizzare una donazione indiretta di un coniuge a favore dell'altro, se ricorre lo spirito di liberalità⁶⁶.

Tuttavia, la fattispecie complessivamente considerata, è produttiva di effetti liberali, probabilmente derivanti direttamente dal negozio con il quale il bene è acquistato. Pertanto solo l'atto di acquisto rappresenta l'elemento cui ricondurre l'effetto acquisitivo, in quanto l'arricchimento dell'altro coniuge deriva esclusivamente da quel negozio e non da altri (come l'omessa dichiarazione ex 179 lett. f).

In conclusione, si ritiene ragionevole pensare che l'intera fattispecie presa in considerazione, possa sicuramente realizzare una donazione atipica, ma di natura negoziale. Di modo che, il negozio con il quale il coniuge ha acquistato il bene, rappresenta il negozio attraverso il quale il patrimonio dell'altro coniuge, non acquirente, subisce un incremento. Andrebbe considerata una ipotesi di donazione indiretta ex art. 809 c.c., mentre la mancata dichiarazione di cui è parola, comportando esclusivamente la formazione di una presunzione *iuris et de iure* di acquisto a favore della comunione legale, resterebbe nient'altro che una fattispecie non negoziale con mera efficacia pubblicitaria.

⁶⁶ RUSSO, *op. ult. cit.*, 240 s.

2.5. RAPPORTI DI CORTESIA

Altra ipotesi che parte della dottrina intende identificare od assimilare agli atti di liberalità non negoziali sono i rapporti di cortesia o amichevoli e gli arricchimenti che ne possono derivare. Il problema si pone in questa sede naturalmente se ed in quanto il rapporto di cortesia venga collocato al di fuori dell'area negoziale⁶⁷.

Per la verità, di difficile collocazione sembra essere il rapporto di cortesia, in particolare, se lo si osserva sotto l'ottica del suo inquadramento nell'ambito delle fonti del rapporto obbligatorio. Secondo una certa impostazione⁶⁸, il rapporto di cortesia si distingue in fattispecie in cui il soggetto assume un rapporto obbligatorio per spirito di cortesia, a titolo gratuito, il che rappresenta un vero e proprio negozio, che di per sé genera una valida obbligazione, dall'ipotesi in cui il rapporto di cortesia è assunto per ragioni sociali, morali o religiose e che è caratterizzato dalla volontà delle parti di non dar vita ad un rapporto giuridicamente rilevante. In base a questa ripartizione entrambe le fattispecie sarebbero astrattamente produttive di un effetto liberale. Ma, nel primo caso, siamo al di fuori dell'ambito delle liberalità non negoziali, in quanto, sebbene gratuito, l'atto che genera l'arricchimento ha natura negoziale⁶⁹. D'altro canto, secondo parte della dottrina, prestazioni di cortesia «*possono rivestire anche natura contrattuale quando siano rivolte a soddisfare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*»⁷⁰. Tuttavia, una tale affermazione partirebbe dall'idea che normalmente la prestazione di cortesia sia priva della negozialità, in quanto priva di

⁶⁷ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 197.

⁶⁸ PANUCCIO, *Cortesia [prestazioni di]*, in *Enc. Giu. Treccani*, 1 s.

⁶⁹ Andrebbe anzi valutato se effettivamente possa parlarsi di liberalità magari ex art. 809 c.c., in tal senso GHEZZI, voce: *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. del Dir.*, vol. X, Milano, 1962, 1048.

⁷⁰ GHEZZI, voce: *Cortesia (prestazioni di)*, cit., 1048

un interesse meritevole. Assunto di partenza forse troppo penetrante e non sempre condivisibile.

Nel secondo caso, invece, ferma ed impregiudicata la questione in ordine alla effettiva mancanza di negoziabilità, che potrebbe non trovare una sicura risposta, probabilmente, è proprio lo spirito di liberalità che manca, in quanto il soggetto che compie l'atto è determinato non dalla spontaneità ma dall'intenzione di rispettare una regola morale che amputa la fattispecie liberale del suo principale connotato, la spontaneità.

In definitiva, aderendo alla teoria formulata da una parte della dottrina, è possibile sostenere che «*senza dubbio può esservi una somiglianza tra l'attitudine psicologica ed interiore che sorregge l'atto di cortesia e quella che sostiene l'atto di liberalità*»⁷¹ cosicché, potrebbe essere intravista, finanche, una analogia tra la funzione pratica perseguita dalle due fattispecie⁷². Anche in tale affermazione è importante riscontrare la difficoltà di inquadramento esatto della fattispecie, nell'ambito della sfera non negoziale. Del resto, non è sempre vero che la fattispecie gratuita, strutturalmente assimilabile ad un rapporto obbligatorio, sia una prestazione di cortesia in senso proprio. Infatti, e con questo si potrebbe essere più vicini all'idea del rapporto di cortesia come atto non negoziale, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il rapporto di mera cortesia si caratterizza per la mancanza di un interesse giuridicamente rilevante⁷³. Ciò, tuttavia, potrebbe precludere la qualifica dell'atto in termini di liberalità, anche se non negoziale.

Ciò non toglie, però, che gli atti di liberalità dei quali il legislatore si occupa siano di natura essenzialmente giuridica,

⁷¹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 196.

⁷² A. CECCHINI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol XVIII, 71 s. .

⁷³ Cass. 22 gennaio 1976, n 185.

mentre i rapporti amichevoli e di cortesia, anche ammettendo una identità di fondo, da ricercare nelle analogie degli interessi sottostanti, si svolgono al di fuori dell'ordinamento⁷⁴.

3. CONSIDERAZIONI GENERALI SULLE LIBERALITÀ NON NEGOZIALI.

Considerata la somiglianza esistente tra le fattispecie fin qui esaminate e gli atti di liberalità, l'indagine relativa alla natura giuridica e alla struttura di tali fenomeni ha occupato una parte della dottrina con risultati non sempre, pienamente, condivisibili.

Al fine di proporre una ricostruzione soddisfacente sotto il profilo sistematico, l'analisi deve necessariamente partire dalla valutazione attenta della struttura delle singole fattispecie. Solo in un secondo momento sarà effettivamente possibile esporre le considerazioni sulla possibilità che questi fenomeni siano idonei a produrre gli effetti liberali⁷⁵.

Secondo autorevole dottrina⁷⁶, le liberalità che non hanno fonte nel negozio, non possono essere identificate con le ipotesi in precedenza esemplificate. Infatti, secondo tale impostazione, ciò che è precluso nel caso delle fattispecie acquisitive che discendono da un effetto "*legale*", come nel caso dell'accessione, non è l'effetto liberale, ma è l'inconciliabilità dell'effetto acquisitivo con la mancanza di negozialità.

In altre parole, la costruzione sul suolo altrui, il lasciare usucapire da altri od il lasciar prescrivere il proprio diritto, sono tutti fenomeni che, pur potendo essere considerati atti di liberalità rientrerebbero tra le liberalità negoziali.

⁷⁴ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 196.

⁷⁵ V. CAREDDA, *op. ult. cit.*, 199.

⁷⁶ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 15; G. BALBI, *Liberalità e Donazione*, cit., 107 ss.; CARNEVALI U., *Le donazioni*, cit., 448.

La teoria ricostruttiva che trova maggior consenso in dottrina è quella secondo la quale nel caso delle ipotesi considerate, l'arricchimento che è prodotto in capo al destinatario della liberalità, sarebbe solo indiretta conseguenza della fattispecie legale, mentre l'effetto liberale sarebbe direttamente connesso ad una tacita rinuncia. La liberalità stessa consisterebbe nella rinuncia: a seconda dei casi, la rinuncia all'indennità o al rimborso previsto nell'art. 936, la rinuncia al diritto di interrompere l'usucapione o ad esercitare il diritto soggetto a prescrizione⁷⁷.

La rinuncia è un negozio, cosiddetto, abdicativo mediante il quale il titolare dismette il proprio diritto soggettivo senza trasferirlo ad altri. Si tratta di un fenomeno che, secondo la dottrina⁷⁸, non ha, in nessun caso, altra conseguenza se non l'estinzione del rapporto⁷⁹.

La figura più importante è sicuramente la remissione del debito, con la quale nella maggior parte dei casi, si intende raggiungere il medesimo scopo della donazione.

Secondo un orientamento della dottrina⁸⁰ la natura giuridica della remissione del debito consisterebbe sempre in una donazione.

Diversamente è stato sostenuto⁸¹ che, confutando la diversa impostazione esposta, non si tratterebbe di una donazione, in

⁷⁷ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 15; G. BALBI, *Liberalità e Donazione*, cit., 107 ss.; CARNEVALI U., *Le donazioni*, cit., 448.

⁷⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1973, 218 s..

⁷⁹ La distinzione importante che invece va messa in luce riguarda il rapporto tra la rinuncia ed il rifiuto. Secondo l'impostazione più diffusa in dottrina la differenza risiede nel fatto che la rinuncia è una fattispecie in virtù della quale il legittimato è già titolare del diritto che intende dismettere. Il rifiuto, invece, impedisce a colui che lo pone in essere, l'acquisto di un determinato diritto. Si tratta di una *omissio acquirendi* e che quindi prescinde dalla titolarità del diritto. In tal senso tra gli altri F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 219, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Napoli, 2004, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1955 e *Ristampa corretta della II edizione*, Napoli, 2002.

⁸⁰ PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, 114 s.

quanto l'effetto liberale sarebbe, in tal caso, indipendente dalla volontà del remittente. Invece, questi può determinarsi alla remissione anche per scopi diversi da quelli liberali come ad esempio per ragioni fiscali.

L'idea che le liberalità negoziali, così come sono state prese in considerazione, con riferimento alle fattispecie in precedenza elencate, siano nient'altro che dei negozi indiretti la cui esatta ricostruzione fa riferimento, piuttosto che al completamento dell'effetto legale, al negozio tacito (o anche espresso) di rinuncia alle indennità, ha in un certo senso aiutato a fondare l'idea che le liberalità diverse dalla donazione sono da far rientrare nell'ambito dei negozi indiretti⁸².

Tornando alle liberalità non negoziali, coloro che escludono la possibilità di un inquadramento nel novero dell'istituto della donazione, ritengono che, laddove l'effetto liberale non possa essere spiegato con il ricorso alla rinuncia che implica liberalità, ricorrono al negozio indiretto, semmai atipico.

In tal modo, la problematica delle liberalità non negoziali perde completamente il suo interesse e la sua giustificazione pratica, finendo con l'identificarsi con l'argomento delle liberalità indirette.

Nei casi in cui la liberalità non possa essere costruita come rinuncia, essa dovrebbe, comunque, essere ricondotta ad un atto negoziale, probabilmente atipico: *“così nel caso in cui taluno lasci*

⁸¹ A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 36 s., B. BIONDI, voce: *Donazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. Italiano*, 1957, VI, 233 s., TILOCCA, *La Remissione del Debito*, Padova, 1955, 46 s. .

⁸² Riprendendo la teoria che si è ritenuta preferibile in ordine alle teorie ricostruttive del negozio indiretto in particolare con riferimento al collegamento di un negozio base con un accordo integrativo volto a piegare il primo negozio al raggiungimento del risultato ulteriore, alcuni Autori (in particolare A. TORRENTE, *Le donazioni*, cit., 15,) che fanno rientrare le fattispecie considerate nell'ambito della rinuncia per scopo di liberalità, considerano quest'ultima come l'esempio più limpido di negozio indiretto.

maturare la prescrizione o l'usucapione per favorire, rispettivamente il debitore o il possessore"⁸³.

Secondo una diversa impostazione⁸⁴, le liberalità negoziali trovano una loro giustificazione ed una autonoma collocazione nel nostro ordinamento, se si analizza il tenore letterale dell'articolo 809. L'opinione degli autori che sostengono la possibilità di qualificare l'atto non negoziale come donazione, partono quindi dalla concezione secondo la quale i confini delle liberalità previste dall'articolo 809 sono più ampi di quelli che la dottrina ha tradizionalmente tracciato⁸⁵.

Gli atti di liberalità diversi dalla donazione raggruppano, secondo siffatta teoria, anche tutti gli atti non negoziali, i comportamenti ed i fatti che possono determinare uno spostamento patrimoniale nell'ambito delle sfere giuridiche soggettive e compiuti a scopo di liberalità. Lo scopo liberale, perseguito attraverso un atto non negoziale, troverebbe la ragione logico – giuridica nella indifferenza rispetto alla causa⁸⁶, che lo accomuna all'atto diverso dalla donazione (809).

Pertanto si sostiene che l'arricchimento non sarebbe conseguenza giuridica dell'accordo tra le parti, ma del compimento dell'atto e dell'attuazione del comportamento commissivo od omissivo.

Resta tuttavia indiscutibile che solo grazie alla considerazione che la legge riserva a quel determinato comportamento, la fattispecie è legittimamente produttiva di effetti attributivi, e quindi, solo grazie alla valutazione dei diversi presupposti di fatto, realizzata dal legislatore, il fatto naturale, il mero atto o, ancora, il comportamento omissivo non negoziale,

⁸³ V. CAREDDA, *op. ult. cit.*, 199.

⁸⁴ B. BIONDI, *Le donazioni*, cit. 1010 s.

⁸⁵ B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 1011.

⁸⁶ B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 1011.

sono suscettibili di essere considerati come causa dell'effetto giuridico incrementativo⁸⁷.

Sembra maggiormente condivisibile l'idea che, nelle fattispecie in esame, non è possibile tracciare una linea netta di demarcazione o un criterio unitario per accomunare tutte le ipotesi attributive di diritti che tuttavia mancano del supporto volontaristico negoziale⁸⁸.

Non è possibile escludere a priori che, nella maggior parte delle ipotesi di fattispecie non negoziali, riconducibili al fenomeno dell'accessione, l'arricchimento derivi da una rinuncia che comporta una liberalità e non dal fenomeno stesso. Così come non può essere abbandonata del tutto ed aprioristicamente, l'idea che l'arricchimento consegua proprio al fenomeno naturale della fruttificazione, e che manchi del tutto un sostrato negoziale anche semplicemente riconducibile alla rinuncia a qualsivoglia indennità. Del resto potrebbe accadere che la liberalità si sostanzi in un accordo tra beneficiante e beneficiario, avente ad oggetto proprio il risultato dell'*implantatio* o dell'*inaedificatio*, in altri termini delle piante o dei materiali. Un accordo che è determinante ai fini della produzione degli effetti liberali⁸⁹.

La volontà, comune ad entrambi i soggetti, indirizzata alla liberalità, si aggiunge al comportamento al quale è connesso un effetto acquisitivo legale, di modo che l'attribuzione liberale appare come la risultante di un *fenomeno complesso*⁹⁰.

⁸⁷ V. CAREDDA, *op. ult. cit.*, 201 sottolinea che «i comportamenti in questione potrebbero essere considerati atti di liberalità in quanto preordinati al fine di determinare l'arricchimento e tenuti per spirito di liberalità, ossia in quanto dotati dei caratteri fondamentali delle liberalità ed indirizzati verso un soggetto determinato» così riprendendo il pensiero di un autorevole studioso della materia, B. BIONDI, *op. ult. cit.*, 1011.

⁸⁸ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 642 ss.

⁸⁹ A. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 643 ss.

⁹⁰ A. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 643 ss.

In conclusione, emerge un panorama frastagliato e dai confini incerti in ordine alle ipotesi non negoziali. Ci si chiede innanzitutto, ed il quesito potrebbe essere più che la conseguenza dei dubbi sorti dalle teorie proposte dagli autori, il punto di partenza di ogni ragionamento in merito allo studio delle liberalità, se il comportamento non negoziale sia effettivamente suscettibile di qualificazione in termini di liberalità. D'altro canto, gli esempi che si sono in precedenza riportati, possono giustificare più di qualche perplessità circa la reale connotazione in termini di autonomo istituto, delle liberalità non negoziali.

Inoltre, la stessa definizione di liberalità non negoziale lascia aperto il quesito in ordine alla natura della liberalità come effetto o come volontà dell'atto. Ben si comprende che qualora si accettasse l'idea che la liberalità si connette alla sola volontà degli effetti liberali, e tenuto conto che il negozio giuridico rappresenta la predisposizione di un complesso regolamento di interessi in cui le parti manifestano la "*volontarietà dell'atto e degli effetti*", inevitabilmente l'intero discorso sulle liberalità non negoziali cadrebbe per l'impossibilità di dimostrare l'inesistente.

Ma andando oltre, anche l'idea di qualificare determinate fattispecie acquisitive che trovano la loro giustificazione nelle disposizioni della legge e che per di più sono ipotesi di acquisti a titolo originario (usucapione), secondo la disciplina delle liberalità indirette, impone di verificare se poi alla stregua dell'articolo 809 siano applicabili a queste tutte, le norme sulle donazioni *tout court*, così come dispone la norma.

Non va sottaciuto, tra l'altro, che secondo una certa impostazione⁹¹, le norme sulle liberalità non sono applicabili alle ipotesi di acquisti a titolo originario, in quanto l'unico campo

⁹¹ F. GAZZONI, *È forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?*, in *Gius. Civ.*, 1993, I, 2519 s..

applicativo sicuro è e deve restare quello degli acquisti a titolo derivativo.

Tuttavia, è chiaro che il dubbio sarebbe tanto più evidente e giustificato qualora si finisse con il ritenere che la liberalità non negoziale sia completamente equiparata alla fattispecie legale. Per questo motivo la valutazione che ne discende è che la ammissibilità delle liberalità negoziali deve inevitabilmente tradursi in una analisi caso per caso, delle singole fattispecie, le quali, sicuramente, trovano il loro punto di contatto nella mancanza della volontarietà degli effetti, ma che non per forza devono tradursi in liberalità non negoziali, potendo produrre effetti liberali anche qualora si rinvenga una rinuncia produttiva di un incremento patrimoniale.

CAPITOLO TERZO

LE FATTISPECIE NON NEGOZIALI

SOMMARIO: 1. Fattispecie non negoziale ed effetto liberale. – 2. L'atto non negoziale – 2.2. Il ruolo della volontà nella fattispecie non negoziale. – 3. Il negozio e l'atto, contrapposizione tra diversi poteri. – 3.2. (segue) La distinzione sul piano della struttura e della funzione. – 3. 3. (segue) La funzione di accertamento. – 3.4. (segue) La funzione di accertamento e le fattispecie non negoziali. – 4. Conclusioni.

1. FATTISPECIE NON NEGOZIALE ED EFFETTO LIBERALE

Per quanto sottolineato in precedenza emerge un profilo particolare delle fattispecie acquisitive prese in considerazione. Si ha come la sensazione che tutto ciò che si sostanzia in un comportamento commissivo o omissivo, produttivo di effetti incrementativi, non possa essere considerato una liberalità in quanto la sovrapposizione di fattispecie acquisitive legali ed effetti liberali, si ritiene un'ipotesi improponibile nel nostro ordinamento.

Ostacoli reali a tale equiparazione, secondo le teorie in precedenza riportate, risiederebbero nel fatto che in ogni ipotesi di acquisto per accessione o per usucapione, mancherebbe l'elemento psicologico, che invece è presente nelle ipotesi di fattispecie acquisitive negoziali. L'assenza di tale requisito è spiegata con il

fatto che, quel dato fenomeno, intanto, è produttivo di quell'effetto, in quanto è l'ordinamento che predispone quel comportamento e lo "codifica" come attributivo⁹².

In altre parole, la valutazione in astratto delle fattispecie acquisitive non negoziali è strettamente legata alla tradizionale classificazione dei fatti umani.

⁹² Le fattispecie non negoziali ed in particolare i fatti naturali sono presi in considerazione dall'ordinamento per l'effetto che producono. Sarebbe, anzi, più corretto affermare che il cosiddetto *elemento oggettivo*, in tanto assume rilevanza per l'ordinamento, in quanto è idoneo a produrre uno spostamento patrimoniale. Questa considerazione è possibile riscontrarla in tutte le fattispecie normative che contemplano fatti non negoziali. È interessante richiamare la norma in tema di fruttificazione. In essa emerge la consapevolezza dell'ordinamento che la produzione di frutti, siano essi naturali o civili, e soprattutto, vi abbia concorso o meno l'opera dell'uomo, rappresenta una vicenda rilevante, solo perché da essa consegue l'acquisto della proprietà da parte del proprietario della cosa fruttifera. Non avrebbe senso una norma indirizzata a regolare la fruttificazione di una *res nullius*, proprio perché mancherebbe l'utilità sociale della norma in questione. In altre parole l'utilità sociale della norma sulla fruttificazione deve essere identificata con l'esigenza del legislatore di imporre delle regole all'acquisto della proprietà. In un'ottica di analisi della fattispecie sotto il profilo del contenuto delle norme, l'articolo 820 c.c. è espressione di una regola di proprietà, diretta cioè a salvaguardare gli assetti dominicali che possono configurarsi in determinate ipotesi concrete. D'altro canto però l'esigenza di una regolamentazione *ad hoc* di un fenomeno acquisitivo non negoziale rileva solo in quanto la volontà dei soggetti coinvolti non assume alcun significato giuridico o almeno ne assume un significato non determinante. Quindi, se questi fenomeni sono espressamente regolati il motivo è da ricercare nella circostanza che dal verificarsi della fattispecie concreta si producono effetti di natura patrimoniale. Di conseguenza è ragionevole sostenere che, fino a prova contraria, le fattispecie non negoziali assumono un carattere di giuridicità solo se l'effetto che ne scaturisce è rilevante sotto il profilo patrimoniale dei soggetti coinvolti nella vicenda. Ed è altresì lecito concordare con quella parte della dottrina la quale sostiene che gli effetti prodotti da queste fattispecie sono comunque rilevanti per il diritto, ma solo in quanto incidono sulle sfere giuridiche di determinati soggetti. Con ciò volendo significare che non esiste fatto naturale giuridicamente rilevante che in qualche modo non coinvolga comportamenti e situazioni umane (così A. FALZEA, *Fatto naturale*, in *Scritti in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, nonché in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 407). Gli esempi fatti in precedenza della piantagione o quello delle accessioni fluviali lo dimostrano. Il germogliare di una pianta su suolo demaniale è un fatto giuridico assolutamente irrilevante; allo stesso modo lo spostamento dell'alveo del fiume, tale da produrre modifiche consistenti ai fondi rivieraschi, sarebbe un fenomeno irrilevante per il diritto qualora, per pura ipotesi, accadesse in territori non occupati dall'uomo. Quindi perché un effetto di diritto si produca, è necessario che le modificazioni derivanti da quegli eventi incidano su situazioni che sono in rapporto specifico con l'uomo (A. FALZEA, *Fatto naturale*, cit., 407) e che presentino il carattere della patrimonialità degli effetti.

Tutto ciò che avviene nel mondo della natura e delle relazioni sociali, se produce conseguenze giuridiche rilevanti, si iscrive nella categoria dei fatti giuridici⁹³ che comprende tutti quegli eventi idonei ad incidere sulla realtà giuridica preesistente, determinandone una modificazione⁹⁴.

In tale contesto, si riconosce l'atto giuridico, che consiste sempre in un comportamento umano⁹⁵. Tuttavia non è sufficiente,

⁹³ P. RESCIGNO, voce: *Atto giuridico (diritto privato)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 2.

⁹⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1955, 9; P. RESCIGNO, voce: *Atto giuridico*, cit., 2.

⁹⁵ Pur non risultando da disposizioni normative espressamente contemplate, nel nostro ordinamento sarebbe possibile individuare, in particolare nell'articolo 820 c.c., una implicita ripartizione della fattispecie non negoziale. Più precisamente, può sostenersi che la distinzione tra fatto umano e fatto naturale sia presupposta nell'art. 820 c.c., in tema di fruttificazione, laddove, al primo comma, fornisce la seguente definizione di frutti naturali: essi sono «quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo...». La fruttificazione naturale è quindi un esempio di fatto naturale, giuridicamente rilevante. Da esso derivano conseguenze patrimoniali che consistono nell'acquisto del diritto di proprietà sui frutti prodotti e che si separano dalla cosa madre. Questa fattispecie va collocata nel novero dei fatti naturali dal momento che, come è chiarito dal dettato normativo, il comportamento dell'uomo è del tutto irrilevante ai fini della produzione degli effetti. Dalla norma citata emerge che il legislatore ha presupposto l'esistenza di due categorie giuridiche, da un lato i fatti naturali, che sono quelle fattispecie nelle quali l'effetto prodotto, anche se indirettamente connesso ad un comportamento umano, prescinde giuridicamente dall'opera dell'uomo, e dall'altro i fatti umani in cui il comportamento volontario e consapevole dell'uomo assurge a causa diretta della modificazione della realtà giuridica. L'analisi dell'articolo 820 c.c., però, non è sufficiente di per sé a soddisfare l'esigenza definitoria con riferimento alle fattispecie non negoziali. Anzi sembra sollevare un ragionevole dubbio sulla idoneità del sistema di analisi del fatto giuridico sotto il profilo che si è chiamato empirico ad operare efficacemente una classificazione delle fattispecie. Va detto che l'articolo richiamato non è l'unico che lascia supporre una implicita articolazione in categorie del fatto giuridico. Si potrebbe sostenere che nel disposto dell'articolo 1173 c.c., rubricato «fonti dell'obbligazione», secondo il quale le obbligazioni derivano da «contratto o da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento», la categoria dell'«atto» e quella del «fatto» rappresentano un ampio *genus* rispetto a quelle del «contratto» e del «fatto illecito» P. RESCIGNO, voce: *Atto giuridico*, cit., 3. La norma sembrerebbe confermare l'idea che il legislatore abbia presupposto l'esistenza di diverse categorie giuridiche, senza con ciò esplicitarle nel codice. Ciononostante, resta da dimostrare la distinzione sul piano giuridico della differenza strutturale tra le diverse categorie di fatti, ed in particolare tra fatti naturali e umani, laddove sul piano empirico la differenza proposta, relativa alla fonte dell'effetto non sembra sufficiente ai fini della presente analisi. È possibile obiettare alla ricostruzione in termini empirici della differenza tra fatto naturale e fatto umano, che il fatto naturale non sempre è prodotto da eventi che prescindono

per l'inquadramento nel novero degli atti giuridici, che esso provenga dall'uomo, infatti è necessario che tale azione umana sia connotata dalla volontarietà e dalla consapevolezza dell'agire, ma, soprattutto, che l'ordinamento attribuisca rilevanza a questi ultimi due elementi, per così dire, psicologici.

L'atto giuridico, a sua volta, può essere connotato dall'idoneità a creare un regolamento di interessi, nel qual caso si qualifica atto negoziale, o negozio giuridico, oppure, se sprovvisto di tale attitudine, è annoverato tra gli atti giuridici in senso stretto⁹⁶.

Secondo la dottrina tradizionale, ed ormai del tutto pacifica, la distinzione tra i negozi giuridici e gli atti giuridici in senso stretto

dall'attività umana. Si pensi all'attività di semina oppure a quella dell'edificazione. Le conseguenze che discendono da questi eventi sono giuridicamente rilevanti, in quanto permettono l'acquisto da parte del proprietario del fondo di quanto sarà prodotto in conseguenza della *plantatio* o della *inaedificatio*. Le fattispecie prospettate presentano indubbie differenze rispetto a fenomeni di carattere strettamente naturale, nelle quali manca del tutto l'attività umana, ad esempio nel caso dei fenomeni, c.d. di accessioni fluviali, dell'alluvione ed avulsione. Nonostante le esposte considerazioni sulle differenze esistenti tra gli esempi riportati, tutti rientrano nella categoria dei fatti giuridici, così detti, in senso stretto, in quanto il legislatore, nel valutare le singole fattispecie, prescinde dalla rilevanza del comportamento umano dell'atto di piantare o della edificazione di un fabbricato, per prendere in considerazione solo l'effetto che da questi atti scaturisce. L'acquisto della proprietà di quanto germoglierà non è conseguenza diretta del comportamento umano tenuto da colui che ha piantato, così come l'acquisto della proprietà della costruzione non dipende dall'attività umana, ma sono le conseguenze del processo naturale della nascita e fioritura delle piante e dell'operare dell'accessione. Non è possibile prescindere tuttavia dal considerare la struttura dei fatti sopra citati, nel senso che essi sono comunque caratterizzati dalla volontà del singolo di realizzare l'opera o di piantare i semi. Esiste quindi un elemento volontaristico dotato di intrinseca consapevolezza, cui fa riscontro, sempre sul piano strutturale, un elemento oggettivo consistente nel risultato prodotto. L'effetto acquisitivo o attributivo derivante dai fatti giuridici (naturali), risulta predominante rispetto all'elemento soggettivo. Appare preferibile sostenere, quindi, che la classificazione in termini di fatto naturale piuttosto che di fatto umano sia operata sulla base di una valutazione dell'effetto attributivo, in altre parole, l'ordinamento recepisce il fatto giuridico naturale, anche definito fatto giuridico in senso stretto, esclusivamente in virtù del suo elemento oggettivo (*rectius* efficacia attributiva di diritti), disinteressandosi dell'elemento soggettivo e volontaristico F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 204; RESCIGNO P., voce: *Atto giuridico*, cit., 2; contra G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 19 ss.

⁹⁶ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 204; RESCIGNO P., voce: *Atto giuridico*, cit., 2; contra G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 19 ss.

risiederebbe nel fatto che, nei primi, rileva la volontà dell'agente ad ottenere, non solo, l'esistenza dell'atto in sé, ma anche la volontarietà degli effetti che da quell'atto scaturiscono. Diversamente, l'atto giuridico in senso stretto è caratterizzato dalla volontarietà dell'atto ma non degli effetti che invece discendono dalla volontà della legge.

Si riconosce che l'esistenza di un *elemento psicologico*, da considerare come spartiacque tra ciò che è e ciò che non è un negozio giuridico, rappresenta un criterio estremamente rigido, che se applicato all'argomento della nostra indagine, porrebbe al di fuori del mondo giuridico le liberalità non negoziali. Del resto, se si ritiene che la volontà del soggetto disponente possa essere diretta alla realizzazione di effetti, solo nell'ambito negoziale, ci si chiede in che modo le fattispecie non negoziali potrebbero essere collocate nell'ambito delle liberalità.

D'altro canto, la spontaneità dell'atto liberale rappresenta sempre una scelta del disponente. L'animo liberale che sottende l'atto dispositivo, nelle fattispecie non negoziali, non potrebbe essere relegato neanche nell'ambito dei motivi, in quanto anche il motivo deve avere una connotazione volontaristica, che però nell'atto non negoziale manca.

Siffatta impostazione, come è precisato da alcuni autori⁹⁷ potrebbe non essere corretta e soprattutto potrebbe comportare l'esclusione di tutta una serie di fenomeni acquisitivi dalla disciplina dell'articolo 809. Negare la qualifica di atto di liberalità ad alcune ipotesi acquisitive legali, significherebbe aprire la porta all'elusione, anche generalizzata, perché di facile realizzazione, delle norme a tutela degli eredi o dello stesso beneficiante.

È per questo motivo che si ritiene necessario, al fine di meglio comprendere entro quali limiti si possa parlare di liberalità non

⁹⁷ V. CAREDDA, *op. ult. cit.*, 206 s..

negoziali, analizzare, brevemente, il tema delle fattispecie non negoziali in generale.

2. L'ATTO NON NEGOZIALE

La legge, pur prendendo in considerazione i fatti per le conseguenze che essi producono, non ne offre un regolamento completo e si preoccupa solo degli effetti che conseguono al compimento o all'omissione di certi atti o fatti, lasciando all'interprete il compito di stabilire come questi debbano essere trattati ed inquadrati nel sistema⁹⁸.

Alcuni autori, riconoscendo l'insufficienza dei tradizionali sistemi classificatori degli atti giuridici, sulla scorta della scuola tedesca⁹⁹ hanno distinto le varie forme di attività giuridica a seconda che queste esplichino o meno una dichiarazione. Particolare interesse suscita la classificazione elaborata in seno agli atti non negoziali.

⁹⁸ Proprio perchè l'ordinamento prende in considerazione l'effetto più che l'atto, si potrebbe dare autonoma collocazione giuridica alle liberalità non negoziali se si adottasse l'idea che la liberalità va qualificata tale non per l'atto o per il sentimento psicologico dell'autore, ma per l'effetto incrementativo che essa produce. Sarebbe un po' come considerare la liberalità nella sua connotazione oggettiva dell'impoverimento del donante e dell'arricchimento del donatario. Lasciando però scoperto il problema, strettamente normativo ed esegetico, dell'assenza di considerazione del concetto di spontanea attribuzione.

⁹⁹ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 19 ss. secondo il quale Pertanto si è proceduto a classificare gli atti in negoziali e non negoziali. Nel campo dei negozi ha distinto dalla dichiarazione di volontà, intesa come comunicazione agli altri dell'intenzione di raggiungere un certo scopo, tre serie di comportamenti: le dichiarazioni per trascuratezza, le dichiarazioni tipizzate ed i cosiddetti negozi di volontà. Le dichiarazioni per trascuratezza consisterebbero in quelle ipotesi di volontà presunta e che si avrebbero quando ad un comportamento omissivo di un soggetto, la legge ricollega l'effetto di una dichiarazione, positiva o negativa, secondo i casi. Le dichiarazioni tipizzate consisterebbero in quelle situazioni nelle quali la legge ricollega automaticamente ad un determinato comportamento delle modificazioni della realtà giuridica. Infine, i cosiddetti negozi di volontà, anche definiti negozi di attuazione, rappresentano un insieme di comportamenti dai quali esula qualsiasi funzione di comunicazione da parte di un soggetto verso altri soggetti e che, però, costituiscono pur sempre espressione di una volontà ed hanno efficacia vincolante.

L'elemento che deve essere preso in considerazione, ai fini di una ripartizione della fattispecie, è l'elemento psicologico dell'agente. Per tale va intesa la determinazione volitiva del soggetto a porre in essere un determinato comportamento. In base a ciò si distingue in atti puramente esteriori, atti che sono esplicitazione di fatti interiori e partecipazioni.

Le prime due categorie identificano i cosiddetti atti materiali, la terza categoria corrisponde agli atti simili ai negozi¹⁰⁰.

Quando si parla di atti puramente esteriori, si intende raggruppare soltanto gli atti nei quali non ha alcun rilievo un qualsiasi elemento di carattere psicologico.

La distinzione tra questi accadimenti e gli *atti umani* che non possono essere considerati come *atti giuridici*, ma che vanno assimilati ai meri fatti giuridici, andrebbe individuata nella caratteristica che i fatti giuridici umani sarebbero quelli per i quali il diritto non richiede necessariamente che siano compiuti dall'uomo; in altre parole, si tratterebbe di quegli avvenimenti ai quali il diritto ricollega le stesse conseguenze, sia che vengano compiuti da un essere umano, sia che vengano prodotti da forze

¹⁰⁰ Pertanto, quella delle partecipazioni, deve essere distinta in due sotto insiemi e precisamente quello delle partecipazioni di rappresentazione e quello delle partecipazioni di volontà. La classificazione elaborata dalla dottrina non esprime soltanto un mero esercizio di logica scolastica fine a sé stessa, ma tende a risolvere difficoltà applicative che insorgono nella applicazione degli istituti giuridici. In altre parole, il problema coinvolge l'esatta interpretazione di comportamenti che si manifestano attraverso dichiarazioni. Sulla scorta della dottrina tedesca più risalente, ci si è chiesto quale sia il processo che consente alla legge di attribuire ad un determinato comportamento di un soggetto una rilevanza pari o simile a quella che viene attribuita ad una dichiarazione. Si è ricorsi in passato ai concetti di dichiarazione tacita e di volontà presunta che tuttavia palesano difficoltà di comprensione e soprattutto di applicazione pratiche. Non si comprende infatti come possa parlare dichiarando chi tace e come possa essere dedotta in via di presunzioni una volontà che non esiste. In pratica, una dichiarazione è di per sé diretta ad altri e perciò è anche una comunicazione. Una dichiarazione tacita non può essere di per sé stessa una comunicazione, in quanto manca il momento esteriore. È per questa ragione che assume rilievo lo studio e la classificazione delle categorie giuridiche relative a comportamenti che non hanno di per sé attitudine ad esprimere una dichiarazione di volontà. Vanno correttamente distinte due figure, quella del negozio di volontà, in contrapposizione alla dichiarazione di volontà negoziale.

naturali extra-umane, nonché quelli che riguardano l'uomo, nella sua vita fisica, nella sua soggezione alle forze della natura; invece, gli atti giuridici sarebbero quelli che producono effetti giuridici soltanto se sono compiuti da un soggetto giuridico.

Da questa classificazione emerge che esistono attività umane che la legge non prende in considerazione come tali, ma soltanto come meri avvenimenti, come fatti e non come atti, e che altre attività umane hanno rilevanza giuridica solo come azioni e non come fatti.

La seconda categoria elaborata, quella degli atti che esplicano un elemento interiore è meno omogenea e difficile da delimitare. Si tratta, infatti, di atti nei quali la legge non prende in considerazione il solo evento esteriore, ma anche un fatto psichico interiore.

Infine, le partecipazioni rappresentano l'ultima categoria che la dottrina ha elaborato, nel tentativo di inquadrare i fenomeni giuridici che producono determinati effetti pur non rappresentando di per sé negozi giuridici. Con il termine partecipazione si è inteso sottolineare il contenuto di comunicazione e di notificazione proprio di questi atti, svalutando però il contenuto di dichiarazione, che invece è elemento, probabilmente, imprescindibile delle fattispecie negoziali¹⁰¹.

È ragionevole ritenere che la differenza tra la fattispecie negoziale e la partecipazione possa sintetizzarsi nei seguenti concetti: partendo dai caratteri comuni, ciò che è presente sia nel negozio giuridico che nella partecipazione, è lo strumento utilizzato al fine di comunicare e rendere all'esterno il contenuto dell'atto, quindi la forma, scritta o orale che sia; passando invece al *discrimen*, la differenza profonda che costituisce il solco tra

¹⁰¹ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 21 ss. "Con il negozio si dichiara ovvero si fa conoscere quello che deve essere; con la partecipazione si rende noto quello che il soggetto pensa che sia accaduto o che possa avvenire".

partecipazione e negozio sta nella funzione che la forma stessa assolve, e cioè di rendere conoscibile il contenuto che la parola o lo scritto contengono, la cosiddetta *funzione di accertamento*. Ciò comporta che la valutazione di un fenomeno acquisitivo, come quelli connessi all'accessione o al protrarsi del tempo sufficiente ad usucapire un bene, mancano del requisito essenziale della forma minima, necessaria, per individuare in essi il loro specifico contenuto liberale. Per di più, a sostenere il contrario, si incorrerebbe nell'impossibilità di dimostrare che quella fattispecie acquisitiva sia priva dell'intento donativo. Probabilmente sostenere apoditticamente la configurabilità astratta delle liberalità negoziali, renderebbe un pessimo servizio alla certezza del diritto e alla sicurezza della circolazione giuridica dei beni.

Riprendendo la distinzione tra le tipologie di fattispecie non negoziali, che, sulla scorta dell'esperienza della scuola tedesca, la dottrina italiana ci ha fornito, particolarmente importante diventa l'analisi dell'aspetto soggettivo e del ruolo che all'interno delle ipotesi attributive assume la volontà dei soggetti coinvolti. Va da sé che, non potendo parlare di negozio giuridico, anche tutta la terminologia valida per i contratti non potrebbe più essere ripresa nel caso di fattispecie non negoziali. È il caso quindi del concetto stesso di parte del rapporto, che nell'ipotesi delle liberalità non negoziali. Chiaramente, non trova alcun riscontro. È per questo che quando ci si vuol riferire ai soggetti coinvolti nelle ipotesi prese in esame, si utilizza il termine interessati o destinatari di effetti.

Non a caso il concetto di destinatario di effetti si sposa, in modo del tutto peculiare, con le fattispecie di cui si sta trattando, in quanto come si dirà in prosieguo, sebbene non sia condivisibile l'idea dell'esistenza di una categoria generale di fattispecie liberali non negoziali, non è possibile escludere a priori che un effetto

liberale si possa produrre mediante la realizzazione di una fattispecie non negoziale.

2.2. IL RUOLO DELLA VOLONTÀ NELLA FATTISPECIE NON NEGOZIALE.

Per la dottrina tradizionale la differenza tra atto e negozio consiste nella diversa rilevanza dell'elemento volitivo. Negli atti non negoziali la legge attribuisce rilievo soltanto alla volontarietà dell'atto, non alla ulteriore volontà del risultato. Gli effetti giuridici sarebbero ricollegati all'atto, indipendentemente dall'intenzione dell'agente. Nei negozi, invece, la legge prenderebbe in considerazione appunto la direzione della volontà verso un risultato e farebbe attuare quegli effetti giuridici che più corrispondono all'intenzione del soggetto¹⁰².

Parte della dottrina, ravvisa la differenza tra i due tipi di atti sia nel diverso grado di rilevanza dell'elemento intenzionale, maggiore nel negozio, minore nell'atto, sia nella diversità della funzione: autoregolamento degli interessi del soggetto nel primo, mera tutela della propria sfera di interessi nel secondo; altra dottrina, ponendo l'accento sulla diversità della funzione, nega qualunque possibilità di assimilazione dell'atto al negozio, in quanto atto di autonomia privata sarebbe solo il negozio, mero elemento della fattispecie legale invece sarebbe l'atto non negoziale¹⁰³.

È opportuno segnalare che un autore¹⁰⁴, nell'analisi dell'atto giuridico in senso stretto, rileva che la distinzione tra atto negoziale e non negoziale assume una rilevanza solo marginale nell'ambito della dottrina generale del diritto, in quanto l'avvicinamento delle fattispecie del negozio a quella dell'atto in senso stretto, mostra di

¹⁰² CARIOTA – FERRARA, *il negozio giuridico*, cit., 37 s.

¹⁰³ SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. civ.*, a cura di G. Grosso – F. Santoro – Passarelli, Milano, 1972, 44 s.

¹⁰⁴ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 204

avere un significato soltanto generico, e non può spingersi oltre il dato per il quale entrambe si distinguono dal fatto giuridico in senso stretto.

Non sembra condivisibile l'atteggiamento di questa dottrina in quanto lo studio di una categoria generale dell'atto giuridico, che comprenda in essa quella del negozio e quella dell'atto, consentirebbe il superamento di alcuni limiti in cui incorrono le teorie che si occupano della ricostruzione delle due fattispecie. Del resto proprio l'autore citato, non esita ad evidenziare il legame tra negozio ed atto sotto il profilo ricostruttivo. Emerge, infatti, con evidenza, il carattere di complementarità¹⁰⁵ tra le fattispecie negoziali e non negoziali.

Resta tuttavia il dubbio circa la reale distinzione tra le due categorie, sul piano esecutivo. In altre parole, ci si chiede se la fattispecie non negoziale, sia essa atto o fatto, possa essere utilizzata dall'autonomia privata al fine del raggiungimento di un risultato analogo a quello che può essere raggiunto da una fattispecie negoziale. Se l'atto non negoziale sia anch'esso idoneo a produrre effetti giuridici rilevanti come la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale. Ed infine, se attraverso la fattispecie non negoziale sia possibile configurare una liberalità.

Secondo la dottrina tradizionale¹⁰⁶, l'elemento caratterizzante il negozio giuridico risiederebbe nella volontà dell'agente.

Considerando la rilevanza e l'autorevolezza dell'opinione è necessario soffermarsi sulle conseguenze che produce questo postulato, sull'indagine relativa all'individuazione del confine tra negozio ed atto non negoziale.

¹⁰⁵ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 205.

¹⁰⁶ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 104 s.

La diversa rilevanza del volere rappresenta il *discrimen* tra atto negoziale e atto in senso stretto. È condivisibile l'idea che sia l'uno che l'altro siano caratterizzati dall'esistenza di un *incipit* volontaristico¹⁰⁷. Sia il negozio sia l'atto in senso stretto sono comportamenti umani connessi ad un elemento psicologico che ne caratterizza la genesi. L'origine, per entrambi, è la volontà dell'agente. Tuttavia, la volontà nel negozio è diretta alla produzione degli effetti, mentre nell'atto è limitata alla venuta ad esistenza dell'atto stesso, gli effetti del quale sono *voluti* dalla legge.

Parte della dottrina, ha efficacemente individuato nel negozio giuridico due diverse direzioni della volontà, una volontà diretta alla produzione dell'atto, la cosiddetta *volontarietà dell'atto*, ed una volontà diretta alla produzione degli effetti, cosiddetta *volontà negoziale*. Solo quest'ultima caratterizzerebbe il negozio giuridico mentre l'atto in senso stretto ne sarebbe sprovvisto. Pertanto l'atto in senso stretto rappresenterebbe, alla luce della ricostruzione proposta da una parte della dottrina¹⁰⁸, solo una fattispecie legale, in quanto i suoi effetti sarebbero già predeterminati dall'ordinamento.

Il criterio proposto non sembra condivisibile.

La critica feroce cui è stata sottoposta la teoria del dogma della volontà ha evidenziato che il negozio giuridico non è confinabile negli angusti ambiti del voluto. Se così fosse, imporremmo alla realtà giuridica, una regola improntata all'incertezza dal momento che non sempre ciò che è voluto corrisponde a ciò che è posto in essere. La divergenza tra la volontà e la manifestazione è così frequente che si sarebbe tentati dal sostenere che essa sia

¹⁰⁷ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 205.

¹⁰⁸ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 206, evidenzia che si è variamente discusso se la volontà degli effetti che assume rilevanza nel negozio debba essere rivolta agli effetti giuridici o solo allo scopo pratico, dal momento che le parti potrebbero anche non essere esattamente consapevoli della configurazione giuridica o non conoscere certi effetti legali del negozio.

diventata la regola piuttosto che l'eccezione. Ugualmente si espone a critiche l'autorevole teoria esposta in merito alla volontà nel negozio, nel momento in cui l'autore individua nella fattispecie due direzioni della volontà, una volontà dell'atto ed una degli effetti, quasi a voler sostenere l'esistenza di un doppio elemento psicologico esistente a fondamento del negozio.

Se si accogliesse una simile ricostruzione del negozio giuridico, si dovrebbe ammettere anche la possibilità che nella formazione delle volontà una sola delle due nasca viziata. Si immagini sotto il profilo della invalidità del contratto, quali conseguenze degenerative potrebbero venire in evidenza.

Sarebbe, infatti, necessario chiedersi a quale direzione della volontà si riferisce il legislatore quando disciplina i vizi del consenso e l'annullabilità del contratto. Pur volendo dare una risposta ragionevole a quest'ultimo dubbio, resterebbe da risolvere il quesito relativo ai vizi che colpiscono l'altra "direzione" della volontà.

Dalla analisi del negozio giuridico così condotta dalla dottrina, emerge poi un ulteriore dubbio. Se l'atto non negoziale è caratterizzato dalla sola volontarietà dell'atto, in quanto gli effetti discendono da una postulata volontà della legge (cosiddetti effetti legali), sarebbe impossibile sostenere che l'atto in senso stretto sia prodotto da una volontà viziata. Non sembra opportuno affrontare in questa sede il problema spinoso della patologia della formazione della volontà nelle fattispecie non negoziali. Tuttavia, sembra ragionevole sostenere che anche l'atto non negoziale possa presentare delle anomalie nella sua formazione, ciò a maggior ragione se si ammette, così come sembra pacifico, che anche l'atto non negoziale presenta un elemento psicologico nella sua struttura.

Sembra quindi condivisibile la critica mossa da parte della dottrina¹⁰⁹ che, confutando il dogma della volontà, sostiene che la direzione della volontà, allo scopo pratico, non è caratteristica esclusiva e determinante del negozio giuridico, ma ciò rilevarebbe anche negli atti giuridici in senso stretto. D'altro canto se è vero che gli effetti dell'atto giuridico in senso stretto sono effetti "legali", cioè voluti dall'ordinamento e disciplinati dalla legge, è anche vero che colui che pone in essere quel determinato atto (non negoziale), già è consapevole delle conseguenze che da esso ne discendono. Il che non impedisce di esprimere una volontà dell'atto che sia però finalizzata alla produzione, proprio di quell'effetto legale. Questa è espressione dell'idea che l'analisi delle liberalità non negoziali non è priva di significato, anzi, sembra plausibile alla luce delle considerazioni innanzi esposte, sostenere che, se l'atto non negoziale può presentare un elemento di volontarietà, sebbene relegato al margine dell'efficacia dell'atto stesso, l'effetto voluto dalla legge sia parallelamente voluto dalla parte che quell'atto pone in essere.

Proprio considerando l'incertezza della linea di demarcazione tra negozio ed atto, ma soprattutto il ruolo che la volontà svolge nell'uno e nell'altro appare convincente la teoria elaborata da parte della dottrina¹¹⁰ che si è occupata specificamente dell'argomento, che ha preferito analizzare il problema sotto il profilo della disciplina senza partire da una definizione aprioristica.

Il metodo di analisi utilizzato dall'autore è stato quello di confrontare, volta a volta, i vari atti con le regole principali dei negozi. Tuttavia se il lavoro svolto sembra proficuo, l'analisi casistica e specifica può esporre l'interprete a facili valutazioni erranee.

¹⁰⁹ SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, cit., 48 s.

¹¹⁰ MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 132 s.

Vale la pena, quindi, tentare di proporre un criterio distintivo unitario che consenta di procedere ad una analisi accurata delle fattispecie.

3. IL NEGOZIO E L'ATTO, CONTRAPPOSIZIONE TRA DIVERSI POTERI.

Nell'approfondimento della fattispecie liberale caratterizzata dalla mancanza della negozialità presuppone una chiara ripartizione delle categorie del negozio e dell'atto, in quanto, come si è messo in luce in precedenza, solo in base ad una giusta ricostruzione della struttura della fattispecie non negoziale si può giungere alla considerazione definitiva sull'ammissibilità o meno di una autonoma configurazione della liberalità non negoziale.

La ricostruzione del negozio giuridico quale atto della autonomia privata, può fornire lo spunto per individuare l'esatto confine tra atto e negozio.

In precedenza è stato sottolineato che il negozio giuridico trae la sua ragion d'essere nella funzione di autoregolamento che l'ordinamento riconosce ai privati.

Tale funzione rappresenta la maggiore esplicazione della autonomia privata ed incontra il solo limite dell'affidamento delle parti. Pertanto, le parti di un negozio giuridico possono creare un complesso sistema di autoregolamentazione che tuttavia li vincolerà nei confronti dei terzi in virtù di ciò che i destinatari della dichiarazione abbiano appreso e si siano legittimamente rappresentati come autoregolamento delle parti.

Secondo un autorevole studioso¹¹¹ l'ordinamento di fronte all'attività lecita dei privati assume due diversi atteggiamenti: o riserva a sé stesso la competenza a disciplinare certi comportamenti dei soggetti, assumendoli come meri presupposti

¹¹¹ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 206.

cui riconduce certi effetti tipici, sicché l'atto vale in sé e per sé in quanto idoneo a produrre quegli effetti che la legge gli riconnette, e non in quanto esso stesso idoneo a regolare una certa situazione, oppure attribuisce al privato un potere dispositivo, col quale egli provvede da sé a regolare i propri interessi.

Nel primo caso il comportamento del soggetto assume valore legale tipico, nel secondo caso detto comportamento rappresenta esplicazione di un potere di autoregolamento di natura dispositiva¹¹².

Sembra ragionevole tuttavia discostarsi da tale considerazione.

L'alternativa netta tra autonomia privata e fattispecie legale tipica non sembra condivisibile. Infatti, se sotto il profilo concettuale i due elementi sembrano in antinomia, probabilmente, ad una analisi più attenta, si potrebbe considerare che non si tratta di una sostanziale irriducibilità dell'una nell'altra, ma solo di una eterogeneità dei fenomeni. Non si può contrapporre l'autonomia privata che è un potere, all'atto. Sarebbe più esatto profilare una contrapposizione tra atto e negozio ma non tra autonomia privata ed atto. Sarebbe pertanto condivisibile contrapporre all'autonomia privata la posizione del privato rispetto all'attività lecita non negoziale.

Si propone quindi una valutazione delle fattispecie non in una ottica di contrapposizione tra poteri, quanto tra gli effetti in cui si sostanziano questi poteri.

Il negozio ha la funzione specifica di realizzare un determinato interesse che è proprio e personale dell'autore, invece, l'atto realizza un interesse riconosciuto dall'ordinamento come meritevole di tutela e perciò stesso necessario a tal punto da renderlo quale diretta ed automatica conseguenza della fattispecie non negoziale.

¹¹² F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 206.

Si aggiunga inoltre che il negozio non è di per sé una fonte di effetti giuridici rilevanti. In realtà, come è stato messo in luce da parte della dottrina gli effetti del negozio non sono frutto della autonomia privata, ma intanto tali conseguenze sono possibili in quanto è sempre l'ordinamento giuridico a riconoscerne la cittadinanza.

Tuttavia, in questa ottica, ogni modificazione della realtà giuridica, sia essa conseguente ad un negozio sia ad un atto non negoziale o ad un fatto naturale sarebbe sempre l'effetto di una fattispecie legale. Ciò ridurrebbe ogni fatto giuridico al rango di mero presupposto di effetti giuridici.

Sembra condivisibile però l'idea che il negozio si discosti dall'atto per la sua capacità autoregolamentare. L'attitudine del negozio a produrre un autoregolamento impegnativo tra le parti è il *discrimen* che si pone con l'atto non negoziale. Quest'ultimo, viceversa, rappresenterebbe solo un elemento di una fattispecie legale, così finendo con il risolversi in un mero presupposto di effetti legali¹¹³.

Aderendo a tale ricostruzione della struttura del fenomeno attributivo non negoziale, accessione, usucapione, fruttificazione e quanto altro, non potrebbero mai essere connotati dalla volontà liberale, in quanto essi rappresenterebbero solo un elemento della più ampia fattispecie legale di cui essa fa parte. Mancherebbe lo spazio necessario per lasciar operare i meccanismi delle liberalità così come prescritto dall'articolo 809. non si nasconde tuttavia la perplessità di fronte ad una così rigorosa analisi del fenomeno e soprattutto di fronte al tentativo, malfermo, della dottrina di tracciare ad ogni costo una linea di confine tra due categorie che ormai perdono sempre di più la loro autonoma e peculiare differenziazione.

¹¹³ F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 207.

3.2. (segue) LA DISTINZIONE SUL PIANO DELLA STRUTTURA E DELLA FUNZIONE.

L'analisi fin qui condotta e le conclusioni cui si giunge non soddisfano l'esigenza in precedenza palesata di circoscrivere il criterio distintivo in una definizione concettuale unitaria.

L'ipotizzata differenza tra atto e negozio basata sulla capacità di predisporre un regolamento appare più come una caratteristica peculiare di quella fattispecie ma non aiuta nell'analisi definitoria della categoria dell'atto (*rectius* fattispecie) non negoziale.

Spostando quindi il piano dell'indagine da quello del ruolo della volontà a quello della struttura, una parte della dottrina ha rilevato un criterio distintivo tra atto e negozio nella vincolatività.

Sotto questa ottica, è stato efficacemente rilevato che l'elemento peculiare del negozio è l'effetto vincolante che l'atto di autonomia privata produce sulle parti dello stesso. In altre parole, i soggetti del negozio, a fronte della loro dichiarazione, frutto come si è detto di un potere di autoregolamento, sacrificano la loro libertà per legarsi in un vincolo negoziale¹¹⁴, non modificabile se non con l'intervento di un nuovo negozio.

Il vincolo di cui si discute rappresenta il cosiddetto effetto negoziale, peculiare di quelle manifestazioni di volontà dirette alla creazione di un regolamento di interessi tra le parti.

Emerge con chiarezza la necessità di una precisazione.

¹¹⁴ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., 60 ss. F. SANTORO – PASSARELLI, voce: *Atto Giuridico*, cit., 206 sottolinea che il vincolo negoziale è il "prezzo" dell'efficacia giuridica dell'autonomia privata: non v'è negozio che non abbia effetto vincolante e non v'è atto con efficacia vincolante che non sia negozio.

Si è parlato, in principio, di una analisi del fenomeno negoziale condotta in funzione dell'individuazione della differenza con gli atti non negoziali. Questa indagine si sarebbe impostata sul piano della struttura delle due fattispecie.

Probabilmente sarebbe più rispondente alla reale consistenza di questo studio, sostenere che l'analisi condotta è finalizzata ad individuare le differenze tra le due fattispecie, più che sul piano strutturale sul piano degli effetti.

Sostenere, infatti, che il *discrimen* tra negozio e atto si concentra sulla vincolatività, equivale a dire che intanto quel determinato comportamento è qualificabile in termini di negozio, in quanto i suoi effetti sono vincolanti per i soggetti che vi prendono parte.

Quando si afferma che il negozio è per sua natura irrevocabile si intende dire che la dichiarazione negoziale, una volta acquistata la forza di negozio, non può essere ritirata e posta nel nulla e che una dichiarazione, per essere negoziale, deve essere irrevocabile¹¹⁵. Si tratta di una regola che subisce notevoli eccezioni, in quanto per particolari dichiarazioni negoziali, è pur sempre prevista la possibilità di revoca. Si pensi ad esempio al testamento, oppure ad ipotesi negoziali in cui si preveda espressamente la facoltà di revoca. A stretto rigore di logica questi fenomeni o non sono da qualificare negozi, ma sembrerebbe eccessivo, oppure, e più coerentemente, il negozio non necessariamente è caratterizzato dall'irrevocabilità.

D'altro canto, prescindendo dal testamento, la cui funzione tipica porterebbe ad esulare dal piano di indagine del presente lavoro, i negozio giuridici che prevedono l'espressa facoltà di revoca nascerebbero già sprovvisti dell'elemento definito caratterizzante. Se l'autonomia privata può rinunciare ad un elemento del negozio

¹¹⁵ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., 61.

giuridico è verosimile sostenere che l'effetto negoziale non è elemento imprescindibile della fattispecie.

Se poi si passa dal campo del negozio a quello delle fattispecie non negoziali, si afferma in genere che, in contrapposizione al negozio, l'atto è sempre revocabile o più correttamente ritirabile.

Anche su tale affermazione è forse opportuno soffermarsi.

Se, come si è detto, gli effetti dell'atto non negoziale sono prodotti dalla legge e non dalla volontà dei soggetti che li pongono in essere, una ragione sostanziale o almeno di politica del diritto deve essere individuata.

Una parte della dottrina ha affermato che gli effetti dell'atto non negoziale prescindono dalla volontà degli autori del comportamento in quanto la legge che li regola è improntata all'esigenza di salvaguardare interessi sottratti alla disponibilità dei privati¹¹⁶. Più precisamente si sostiene che nell'atto si realizzano interessi generali, probabilmente nel senso di interessi che, per la loro rilevanza, non possono essere oggetto di disposizione né di autoregolamentazione.

Da ciò, potrebbe essere ragionevole desumere che non solo il negozio ma anche l'atto non negoziale vincola alla propria dichiarazione. Potrebbe infatti essere legittimo sostenere che anche gli effetti che discendono dall'atto non negoziale sono effetti irrinunciabili da parte dell'autore, anzi sarebbero a maggior ragione irrinunciabili in quanto corrispondenti non ad una volontà ma alla legge.

Non sembra comunque possibile mettere in relazione concetti così contrapposti quali gli effetti legali e quelli negoziali anche per la eterogeneità dei poteri di cui essi stessi sono esplicazione, come si è in precedenza messo in evidenza.

¹¹⁶ P. RESCIGNO, voce: *Atto giuridico (diritto privato)*, cit., 3.

È, infatti, possibile notare che ogni ipotesi può trovare una sua regolamentazione specifica, distinta dalle altre.

Sotto questo aspetto sembra aver pregio il metodo di indagine adottato da quella parte della dottrina che si è sforzata di classificare gli atti non negoziali nel diritto privato italiano non secondo i criteri tradizionali ma in base ad una analisi casistica delle ipotesi possibili.

È da condividere l'idea che l'effetto negoziale non sia da intendere nel senso di semplice vincolatività degli effetti della dichiarazione ma di irretrattabilità di quest'ultima. L'effetto negoziale cioè vincola l'autore della dichiarazione a quanto in essa espresso, a prescindere dal contenuto concreto di questa. Se la dichiarazione contiene anche il diritto a revocare la dichiarazione stessa, ciò non implica che si sia rinunciato ad un elemento della fattispecie, ma solo che l'effetto concreto del negozio può essere posto nel nulla a mezzo di un atto di revoca dell'autore. Resta, tuttavia, fermo che il regolamento contrattuale posto in essere dalle parti, vincola le stesse alle loro dichiarazioni.

L'atto non negoziale, in quanto tale, non è impegnativo e può essere ritirato in ogni tempo. Tuttavia può darsi che non sia ritirabile, non perché si è prodotto un effetto negoziale, ma perché gli effetti concreti che si sono prodotti per volontà della legge non possono più essere modificati.

Se quindi è condivisibile la teoria della differente portata degli effetti dell'atto e del negozio, potrebbe non essere da condividere il metodo di indagine finalizzato all'individuazione del concetto di atto non negoziale basato sugli effetti del comportamento del suo autore.

Si potrebbe notare che l'effetto negoziale è solo una conseguenza dell'atto negoziale, ma non può essere preso in considerazione al fine di far emergere delle differenze con l'atto in senso stretto.

D'altro canto, è preferibile concordare con quella parte della dottrina¹¹⁷ che, sottolineando che il significato di vincolatività è sinonimo di irretrattabilità di una scelta fatta, il vincolo sussiste anche per l'atto. Se invece al termine si attribuisce il diverso significato di obbligo, il vincolo non sussiste necessariamente neanche rispetto al negozio, in quanto la volontà implica un vincolo obbligatorio solo ove essa non sia immediatamente dispositiva.

L'autore citato, giunge poi a concludere che la differenza tra atto e negozio, se analizzati sotto il profilo della funzione e della struttura, si coglie nel fatto che il negozio serve a disporre e strutturalmente consiste in una volontà regolamentare e precettiva. Diversamente l'atto conta non per ciò che eventualmente dispone ma per ciò che è.

In altre parole, come si è in precedenza sottolineato, la volontarietà e la consapevolezza, nelle fattispecie non negoziali rilevano solo quali elementi del comportamento, mentre gli effetti dell'atto discendono dalla legge e prescindono dall'elemento volontaristico.

Se da un certo punto di vista l'opinione della dottrina evidenzia la netta contrapposizione delle fattispecie in analisi, da altro angolo di visuale, non sembra che si possa con certezza escludere a priori che mediante l'esplicazione di un comportamento che si concreti in una fattispecie non negoziale, non si possa produrre un effetto voluto, non solo dalla legge, ma anche dall'autore del comportamento stesso.

Ciò chiaramente impone di stabilire fino a che punto un effetto di legge possa essere *doppiato* da una volontà privata e prima ancora se si possa parlare effettivamente di una sovrapposizione delle volontà dei soggetti.

¹¹⁷ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., 68 s.

3.3. (segue) LA FUNZIONE DI ACCERTAMENTO.

Analizzandone la funzione, è stato sostenuto che il negozio giuridico è caratterizzato dalla natura dispositiva¹¹⁸, elemento che non sarebbe comune all'atto non negoziale.

Il negozio sarebbe privo di efficacia di accertamento. Quest'ultima caratteristica invece sarebbe propria degli atti non negoziali.

Mentre quindi, secondo tale impostazione, il negozio ha una costante attitudine a modificare sostanzialmente e autonomamente la situazione su cui incide, tale attitudine manca nell'atto in senso stretto. Da ciò se ne ricaverebbe una incompatibilità dell'effetto di accertamento con la fattispecie negoziale, in quanto la situazione disposta con il negozio, sarebbe comunque incompatibile con la situazione precedente.

Non sembra condivisibile l'opinione riportata.

In primo luogo, la distinzione tra il negozio e gli atti non negoziali non può basarsi sull'efficacia di accertamento.

In precedenza si è messo in luce che la ripartizione tra negozio ed atto non può basarsi sugli effetti. Se si può discutere sulla reale portata della funzione dell'atto al fine di desumere delle differenze tra le varie fattispecie, l'efficacia di accertamento, essendo un effetto, non può ritenersi un argomento valido allo scopo.

È vero che il negozio ha come sua naturale funzione quella di produrre una modificazione della realtà.

Non è meno vero che un negozio privo di capacità dispositiva non assolve alla medesima funzione del negozio con efficacia dispositiva.

¹¹⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1956, I s., spec. 4 s.

In dottrina si è sostenuto che l'efficacia di accertamento pone la fattispecie al di fuori dell'ambito negoziale, in quanto solo il potere giurisdizionale è dotato della capacità di dare certezza a situazioni giuridiche connotate all'incertezza¹¹⁹.

Secondo diversa impostazione l'autonomia privata può svolgere una attività di autotutela analoga alla funzione giurisdizionale statale¹²⁰.

È necessario tuttavia che le incertezze vertano su diritti disponibili, ma soprattutto che siano fatti salvi i diritti dei terzi.

In altre parole, le parti, invece di ricorrere al giudice, per ottenere una sentenza dichiarativa, possono, nei limiti della natura disponibile dei diritti e nel rispetto dei terzi, dare certezza alla situazione giuridica, mediante un atto di autonomia privata¹²¹.

¹¹⁹ C. FURNO, *Accertamento Convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 55 s.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1973, 155.

¹²⁰ M. GIORGIANNI, voce: *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, vol. I, 232; F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. pro. civ.*, 1940, I, 3 s.; L. D'AMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, 11 s.; M. SAPERI, *Negozio di accertamento e trasferimento di diritti reali*, nota a Trib. Messina 19 gennaio 1991, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1612 s.; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. I, 4 s. .

¹²¹ Nell'ambito delle teorie sul negozio di accertamento la dottrina si è divisa in due correnti di pensiero. Da un lato R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione (1934-1935)*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 382 s., il negozio di accertamento presenterebbe da un lato un'efficacia dichiarativa, consistente nel dare certezza al diritto controverso, dall'altro presenterebbe una struttura costitutiva, o si potrebbe dire dispositiva. Quindi sotto il primo aspetto, assolverebbe alla funzione di accertamento (dichiarativo) del precedente rapporto, sotto il secondo aspetto tracciato imporrebbe un vincolo contrattuale ed obbligatorio alle parti del negozio. Sembra preferibile l'opinione di altra dottrina tra gli altri M. GIORGIANNI, voce: *Accertamento (negozio di)*, cit., 234 e s. e L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 275, che sottolinea l'efficacia dichiarativa del negozio di accertamento, dal momento che esso si limita a fissare il contenuto di una situazione giuridica preesistente, senza che le parti impongano un autoregolamento che produca una modificazione dei diritti esistenti. D'altro canto il negozio di accertamento si limita a dare certezza ad una situazione di diritto incerta. Ciò impone che tutte le volte in cui le parti si accordano nel senso di provvedere a realizzare un assetto di interessi che in qualunque modo modifichi i diritti reciproci (ad esempio nella transazione) non si è più in presenza di un effetto dichiarativo ma dinanzi ad un effetto costitutivo o modificativo. Sembra possibile aderire a quella parte della dottrina che esclude che la transazione possa essere concepita quale esempio di negozio di accertamento. Essa infatti, è un contratto in base al quale,

Una parte della dottrina¹²², partendo dall'idea che il negozio giuridico deve essere dispositivo, ha sostenuto che il negozio di accertamento sarebbe privo di causa. Si tratterebbe di un negozio astratto e pertanto esso avrebbe un valore di prova legale della dichiarazione in esso contenuta.

La tesi non sembra convincente.

Sia la dottrina più moderna che la giurisprudenza¹²³ non aderiscono a tale interpretazione in quanto, partendo dal presupposto contrario, sostenendo cioè che la funzione di accertamento è caratteristica anche delle fattispecie negoziali, esclude che possa trattarsi di un negozio astratto. Il nostro ordinamento esclude che i contratti siano sprovvisti di causa, ammettendo solo eccezionalmente l'astrattezza in ipotesi predeterminate.

Pertanto appare maggiormente condivisibile l'impostazione secondo la quale la causa del negozio di accertamento è proprio quella di dare certezza ad una situazione giuridica incerta.

Ne discende che è senz'altro nullo il negozio che accerti una situazione inesistente o una situazione giuridica già certa alle parti¹²⁴.

mediante le reciproche concessioni delle parti si ottiene il risultato di prevenire o di risolvere una lite. La causa è diversa da quella del negozio di accertamento in tal senso L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 286 ed in giurisprudenza Cass. 9 luglio 1987, n. 5999, in *Mass. Giust. Civ.*, 1987, 1726.

¹²² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 262 s..

¹²³ In dottrina: G. Lazzaro, La causa del negozio di accertamento, nota a Cass. 4 luglio 1962, n. 1701, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 83 s., M. GIORGIANNI, voce: *Accertamento (negozio di)*, cit., 234 e s. In giurisprudenza: Cass. 9 luglio 1987, n. 5999, cit., 1726 secondo i giudici, "A differenza della transazione, con la quale le parti modificano la disciplina di un rapporto preesistente mediante reciproche concessioni, con il negozio di accertamento, le parti rimuovono dubbi ed incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico con una regolamentazione nuova ma corrispondente alla situazione preesistente, restando pur esso soggetto (specialmente in materia di lavoro) al limite imposto dall'art. 1966 c. c., che sancisce la nullità della transazione avente ad oggetto diritti sottratti alla disponibilità delle parti".

¹²⁴ Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, 2477.

In conclusione non sembra realmente esservi incompatibilità tra fattispecie negoziale e funzione di accertamento alla luce delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali più moderne.

3.4. (segue) LA FUNZIONE DI ACCERTAMENTO E LE FATTISPECIE NON NEGOZIALI.

Sotto altra ottica invece, le fattispecie non negoziali non sempre costituiscono meri presupposti di effetti legali.

Se si riflette su alcune delle fattispecie di cui si è discusso finora, probabilmente nessuna di queste è realmente caratterizzata dalla funzione di accertamento.

Non sembra esserlo la fruttificazione, né l'opera dello specificatore, né infine potrebbe esserlo l'accessione fluviale.

Ma se l'esempio dei fatti naturali, o dei fatti giuridici prova troppo sotto questo aspetto, è bene prendere in considerazione alcune ipotesi di atti giuridici in senso stretto per valutare fino a quale punto si può parlare di efficacia dichiarativa degli stessi.

L'articolo 817 fornisce il concetto di pertinenza. Pertinenze sono *“le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa”*.

La nascita del vincolo pertinenziale è connessa ad un comportamento dell'uomo. L'atto di destinazione è propriamente un atto umano e non potrebbe essere altrimenti, considerato che esso produce l'effetto di creare un legame giuridico tra la cosa principale e quella accessoria.

Il vincolo creato non priva la cosa pertinenziale della sua specificità. Essa resta pur sempre un bene giuridico a sé stante, liberamente disponibile da parte del proprietario, salvo seguire le sorti della cosa principale se non risulta una diversa volontà.

L'atto di disposizione crea il cosiddetto *vincolo pertinenziale*. Ad esso la legge connette determinate conseguenze in tema di circolazione del bene principale, per cui se è trasferito il bene principale, con questo, è trasferita anche la pertinenza.

L'atto di disposizione produce una modificazione della realtà giuridica, tale da determinare un incremento patrimoniale del proprietario del bene principale.

Secondo una parte della dottrina, l'atto di destinazione sarebbe una manifestazione di volontà non negoziale. Più precisamente, si tratterebbe di un atto giuridico in senso stretto in quanto la volontà del soggetto legittimato a creare il vincolo pertinenziale sarebbe svincolata dalla consapevolezza degli effetti prodotti.

In altre parole, verrebbe qui ripetuta e messa in atto la teoria della doppia direzione della volontà.

L'autore del negozio vuole sia l'atto che gli effetti che da esso scaturiscono, invece l'autore dell'atto giuridico in senso stretto vuole l'atto, mentre gli effetti discendono dalla volontà della legge.

A parte la già profilata critica alla separazione delle direzioni della volontà, nell'atto di destinazione che il proprietario della cosa principale pone in essere nel creare il vincolo pertinenziale, non sembra presentare due opposte direzioni della volontà del soggetto. Anzi, sembrerebbe più appropriato riconoscere all'atto di destinazione una volontà degli effetti oltre che dell'atto.

Dal punto di vista dei soggetti legittimati ad effettuare la destinazione, l'articolo 817 al secondo comma prescrive che possa essere o il proprietario della cosa principale o il titolare di un diritto reale su di essa.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, si tratterebbe di una elencazione tassativa, pertanto, non sono legittimati all'atto di destinazione, terzi estranei o il proprietario della cosa accessoria.

Si sostiene, infatti, che l'atto di destinazione comporta una modifica, cioè una disposizione della cosa, e che, pertanto, il potere di disposizione spetta solo al proprietario del bene principale.

Qualora l'atto di destinazione fosse compiuto da un soggetto diverso da quelli elencati, non si produrrebbero gli effetti che ad esso la legge collega in virtù dell'articolo 817.

In altre parole, l'atto di disposizione da parte del terzo, non vale a creare un vincolo pertinenziale, né quindi ad includere il bene tra gli accessori del bene principale.

Ci si è chiesti se il proprietario della cosa principale, per porre in essere un valido atto di destinazione, debba necessariamente essere proprietario della cosa accessoria.

Una parte della dottrina che si è occupata del problema ha dato risposta univoca, nel senso che legittimato a creare il vincolo è solo il proprietario di entrambe le cose, in quanto è il solo a poter disporre del bene accessorio, ed è il solo a poter creare il vincolo¹²⁵.

Tale opinione non sembra condivisibile.

Il vincolo pertinenziale consiste in una connessione funzionale tra i due beni, nel senso che la pertinenza accresce l'utilità o l'abbellimento della seconda.

Affinché esista questo vincolo è necessario che l'utilità sia arrecata effettivamente al fondo e non al proprietario del fondo.

Questa destinazione, che deve essere durevole, secondo quanto stabilito dall'articolo 817, prescinde dalla proprietà della cosa accessoria. La norma, infatti, parla esclusivamente in termini di legittimazione all'atto di destinazione sottolineando che l'unico soggetto legittimato a creare il vincolo sia il proprietario della cosa principale.

¹²⁵ TAMBURRINO, *Pertinenze (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 548 ; DE MARTINO, *beni in generale proprietà*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 810-956, 1976, 1.

Sembra ragionevole individuare la *ratio* della norma nel fatto che solo il proprietario della cosa principale può decidere se la cosa accessoria sia effettivamente utile a quella principale e quindi sia da asservire a quest'ultima.

Non emerge alcuna necessità, dalla norma in esame, di individuare il proprietario della cosa accessoria. Probabilmente è preferibile concordare con quella parte della dottrina che dà del vincolo pertinenziale una interpretazione più liberale¹²⁶, affermando che sia legittimato a creare il vincolo solo il proprietario della cosa principale, ma che questi non necessariamente debba essere proprietario di entrambe le cose.

Tale interpretazione trova il conforto delle norme codicistiche.

L'articolo 819, rubricato "*Diritti dei terzi sulle pertinenze*", pone in luce che l'atto di destinazione non pregiudica i diritti dei terzi sulla cosa accessoria. Non solo sembra riconoscere validità all'atto di disposizione del proprietario della cosa principale, in quanto i diritti dei terzi sono fatti salvi, ma il vincolo pertinenziale non è pregiudicato, ma in una ottica di tutela del terzo in buona fede contraente con il proprietario della cosa principale, il legislatore esclude l'opponibilità a questi del diritto sulla cosa accessoria in mancanza di atto scritto avente data anteriore.

Va inoltre osservato che questa disciplina trova applicazione solo quando il bene principale sia un immobile o un bene mobile registrato, di modo che, il vincolo pertinenziale tra mobili appartenenti a diversi proprietari sarebbe perfettamente valido non potendo trovare applicazione la tutela predisposta dall'articolo 819.

Secondo un'autorevole dottrina¹²⁷, la pertinenza che coinvolga quale bene accessorio, un bene altrui, non sarebbe una vera pertinenza in quanto manchevole del requisito della durevolezza

¹²⁶ CONTURSI LISI, *Le pertinenze*, Padova, 1952.

¹²⁷ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile 2, I diritti reali*, Torino, 2001, 19.

del vincolo. Si tratterebbe di un vincolo claudicante e pronto a venir meno non appena il terzo intendesse farlo.

Ancor più labile sarebbe la realtà del vincolo pertinenziale qualora il terzo proprietario della cosa accessoria non fosse a conoscenza del vincolo cerato.

In quest'ultimo caso, la stessa giurisprudenza della Cassazione¹²⁸ ha ritenuto che pur esistendo un vincolo tra i fondi, tale legame si riveli essenzialmente il frutto di un atto arbitrario.

Non sembra condivisibile l'opinione riportata in ordine ai dubbi sulla configurabilità della pertinenza in seguito alla destinazione da parte del proprietario di un bene di proprietà altrui.

In primo luogo, il dato testuale lascia trasparire che il proprietario della cosa principale sia sempre legittimato a creare una pertinenza, anche in mancanza di un diritto sulla cosa accessoria. Ciò si desume dalla lettura combinata dell'articolo 817 I comma e dell'articolo 819 dal dato normativo si può desumere che l'atto di destinazione crea un vincolo. Che tale vincolo esiste a prescindere dalla proprietà della cosa accessoria. Che, tuttavia, la proprietà della cosa accessoria resta immutata salvo non essere opponibile ai terzi di buona fede che acquistino la cosa principale (se non nei limiti dell'articolo 819).

Sembra ragionevole sostenere che il testo normativo scinda i piani della situazione. Da un lato prende in considerazione il vincolo pertinenziale. Dall'altro detta una norma a tutela dei diritti dei terzi che eventualmente possono restare pregiudicati non dalla creazione del vincolo pertinenziale, ma dalla regola *accessorium sequitur principali*.

¹²⁸ Cass. 18 giugno 1981, n 1389, in *Foro It.* 1982, I, 1389. *Contra* B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato Vassalli*, 1956, 131

In secondo luogo l'atto di destinazione posto in essere dal proprietario della cosa principale è un atto giuridico in senso stretto.

A parte la critica che si può muovere a tale interpretazione, anche se si è già detto che si tratta di una concezione assolutamente prevalente in dottrina, gli atti giuridici in senso stretto rappresenterebbero solo dei meri presupposti di fattispecie legali.

Se ciò è vero, dovrebbe essere la legge a fornire gli elementi essenziali affinché il caso concreto possa tradursi in una valida fattispecie legale.

Gli elementi che le norme forniscono esulano dalla individuazione della situazione della titolarità dei beni coinvolti nella vicenda costitutiva del vincolo pertinenziale.

Pertanto, se quanto detto è rispondente alla reale consistenza dei dati normativi, delle due una, o la fattispecie legale che si compone di un atto di destinazione, della connessione funzionale e dell'utilità duratura, si realizza anche quando il proprietario della cosa principale non è proprietario della cosa accessoria. Oppure siamo al di fuori del novero degli atti in senso stretto e ci troviamo di fronte ad un negozio giuridico, avente natura dispositiva e che pertanto necessita della titolarità di entrambi i beni.

Sembra più consono aderire all'interpretazione secondo la quale l'atto di destinazione sia un atto giuridico in senso stretto ma che però i suoi effetti si realizzano a prescindere dalla titolarità del bene accessorio.

Resta da chiarire un ultimo aspetto della vicenda pertinenziale. Ci si chiede se si tratti o meno di un atto dispositivo.

Per le cose dette l'atto di destinazione incide sul regime giuridico del bene sia principale sia accessorio. Se ne può ragionevolmente dedurre che rientri tra gli atti dispositivi.

4. CONCLUSIONI

In considerazione di quanto esposto, è ragionevole ritenere che, contrariamente a quanto parte della dottrina¹²⁹ ha sostenuto, le fattispecie non negoziali possano presentare dei tratti comuni ai negozi giuridici. In particolare, si è dimostrato che la direzione della volontà del disponente, non è un elemento sufficiente a tracciare un ideale confine tra l'atto non negoziale e il negozio giuridico.

Tuttavia, sebbene la *direzione* della volontà, intesa come individuazione della volontarietà dell'atto e volontarietà degli effetti, si ritiene che non sia l'unico elemento caratterizzante e che non rappresenti l'unico elemento di divergenza strutturale tra atto, fatto e negozio, è pur sempre vero che il negozio giuridico è connotato dalla volontà. Il fatto che questo elemento si presenti come indirizzato sia alla realizzazione dell'atto, sia alla produzione degli effetti, è riscontrabile, ma non è sufficiente. È necessario ricordare che oltre a questo carattere della volontà negoziale, il negozio giuridico denota un ulteriore discriminante rispetto alla categoria dei fatti. Esso assolve alla funzione *autoregolamentare*, di cui gli atti diversi dal negozio sono sicuramente sprovvisti. In altre parole, l'attitudine della fattispecie negoziale alla predisposizione di un regolamento di interessi tra le parti, riveste un ruolo determinante nell'ambito della sua struttura e della sua identificazione ed è questa caratteristica che rende l'istituto diverso dagli altri fatti giuridici.

In ordine, poi, alla idoneità delle fattispecie non negoziali a determinare spostamenti patrimoniali rilevanti, la digressione fatta in merito all'atto di destinazione, nella creazione del vincolo pertinenziale tra beni, fornisce lo spunto per affermare che è possibile individuare una fattispecie non negoziale avente efficacia

¹²⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 155.

dispositiva. Inoltre, e questo è molto più chiaro proprio nel caso delle pertinenze, il comportamento del disponente, può essere anche, *volutamente*, diretto alla realizzazione di un incremento patrimoniale. In altri termini, dalla fattispecie non negoziale può legittimamente scaturire un effetto attributivo. Ed inoltre, tale effetto *ex lege*, può essere *doppiato* dalla volontà di colui che tale condotta realizza.

Resta tuttavia da dimostrare in quali limiti questo arricchimento possa essere “*colorato*” dallo spirito di liberalità e quindi come lo stesso possa fungere da strumento idoneo a produrre un arricchimento per finalità donative.

Non deve inoltre essere trascurato il fatto che benché presenti difficoltà evidenti, l’indagine in ordine alla natura liberale di determinate fattispecie non negoziali, negare aprioristicamente la qualifica di atto di liberalità ad alcune ipotesi specifiche, comporterebbe il rischio di precludere l’applicazione di rimedi giuridici volti a tutelare ad esempio i diritti successori. Ma per di più potrebbe fornire lo strumento idoneo per eludere dette tutele.

CAPITOLO QUARTO

LE LIBERALITÀ NON NEGOZIALI

SOMMARIO: 1. Le liberalità non negoziali nell'ambito della ricostruzione dell'atto non negoziale. Proposta di indagine. – 2. Ammissibilità dell'istituto delle liberalità non negoziali. – 2.2. Usucapione, effetti acquisitivi legali ed effetti liberali – 2.3 Prescrizione dei diritti ed effetti liberali – 3. L'accessione. – 4. Natura giuridica e ruolo della liberalità – 4.2. Elemento soggettivo ed oggettivo della liberalità non negoziale. – 4.3 Teoria del negozio configurativo. – 4.4. Confutazione della teoria del negozio configurativo – 5. Conclusioni

1. LE LIBERALITÀ NON NEGOZIALI NELL'AMBITO DELLA RICOSTRUZIONE DELL'ATTO NON NEGOZIALE. PROPOSTA DI INDAGINE.

Quanto finora affermato, impone una considerazione di carattere generale.

Se tutto quanto sostenuto sembra produrre un significativo apporto alla teoria ricostruttiva dell'atto non negoziale e soprattutto consente di tracciare una linea di demarcazione unitaria tra le opposte fattispecie dell'atto e del negozio, non è ragionevole assumere questo stesso criterio di indagine per individuare nell'ambito delle fattispecie attributive non negoziali, la loro attitudine a produrre effetti liberali.

Sotto questo aspetto appare di evidente conforto l'idea espressa da una parte della dottrina secondo la quale le liberalità non

negoziali impongono all'interprete una analisi rigorosamente casistica per la valutazione nel caso concreto della loro attitudine a produrre un incremento connotato dallo spirito di liberalità¹³⁰.

Le considerazioni che seguono, fondano il loro convincimento nella elaborazione della dottrina moderna¹³¹, la quale ha sottolineato che la valutazione della fattispecie attributiva non negoziale può essere osservata sotto diversi profili. In particolare ricorrendo alle ipotesi in precedenza già analizzate, come ad esempio l'accessione, è possibile rilevare come il comportamento del costruttore possa essere il fondamento di una ipotesi liberale priva di negozialità, oppure espressione della struttura negoziale gratuita di un contratto.

D'altro canto, diventa di estremo interesse ai fini dell'indagine che si sta svolgendo, comprendere se l'incremento patrimoniale del proprietario del suolo consegua alla rinuncia ai diritti di rimborso che discendono dall'operare dell'accessione oppure all'accordo tra le parti in virtù del quale il costruttore si impegna a realizzare gratuitamente l'opera sul suolo altrui. In entrambi i casi la fattispecie prodotta esula dal campo non negoziale per rientrare nell'ambito della tematica più pacifica della rinuncia a fini liberali o del negozio gratuito.

Appare chiaro che gli esempi forniti non rappresentano i soli possibili. Tuttavia lungi dal prospettare inutilmente una serie di casi, cosa che risulterebbe sterile rispetto al concetto che si intende esprimere, sembra possibile affermare che il connotato comune consiste nella direzione della volontà del soggetto. Infatti non può escludersi a priori che, nell'esempio citato, l'arricchimento sia dovuto al solo verificarsi dell'effetto legale, tuttavia questo si

¹³⁰ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 708 e concordemente V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 207 s. .

¹³¹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 207 s. .

produce per volontà della legge indotta dalla volontà “liberale” del costruttore.

Ne emerge che in primo luogo non è possibile predeterminare le singole fattispecie, collocandole in una categoria (liberalità) a prescindere da una analisi dettagliata del caso concreto. In secondo luogo l’arricchimento, per essere liberale, deve essere necessariamente connesso ad un sostrato volontaristico che consenta di indirizzare gli effetti incrementativi a favore del destinatario, per spirito di liberalità.

A questo punto sembra ragionevole rispondere positivamente al quesito, in precedenza proposto, sulla possibilità che l’effetto legale che si produce in virtù di un atto in senso stretto o di un fatto possa essere in qualche modo indirizzato dalla volontà del privato.

In particolare appare sostenibile l’idea che il mero effetto incrementativo derivante dall’accessione o dall’usucapione, come anche dalle altre ipotesi non negoziali, sia il frutto di una determinante volontà del soggetto che si impoverisce.

Il dubbio resterebbe in ordine alla natura di questa volontà, ed in particolare se la volontà che in qualche modo accompagna l’effetto attributivo non finisca poi per tramutarsi in una volontà effettivamente negoziale.

Indubbiamente la presenza di una volontà del privato diretta alla produzione di un determinato effetto giuridico potrebbe lasciar sorgere qualche dubbio sulla reale configurabilità ed inquadramento della fattispecie nell’ambito non negoziale.

Tuttavia la proposta ricostruttiva, che si ritiene sostenibile, parte dalla direzione della volontà di cui si è diffusamente argomentato.

Affinché sia possibile riconoscere la fattispecie ed attribuire alla stessa la natura negoziale è stato in precedenza sostenuto che la volontà del disponente è specificamente indirizzata sia al

compimento dell'atto sia alla produzione dell'effetto. Si è anche precisato che l'inesistenza di una volontarietà dell'effetto induce a ritenere che la stessa fattispecie sia inquadrabile nell'ambito degli atti giuridici in senso stretto (*rectius* non negoziali).

Inoltre la funzione essenziale assolta dal negozio giuridico è quella di predisporre un autoregolamento. Nelle fattispecie non negoziali invece manca la propensione a costituire un vincolo "autoregolamentare" tra gli interessati.

Ebbene, l'atto non negoziale qualunque sia la sua qualificazione (fatto non naturale, atto in senso stretto, partecipazioni, etc.) è privo di almeno due connotati in precedenza espressi, e precisamente, manca sia la volontarietà dell'atto sia la funzione di autoregolamento tra le parti.

Appare evidente che, laddove l'effetto attributivo sia il risultato della volontà della legge, manca in esso la capacità di far sorgere un legame tra i soggetti interessati. Pertanto sembrerebbe ragionevole ritenere che il privato possa assumere comportamenti che si risolvono in atteggiamenti neutri rispetto alla causa dell'attribuzione (*id est* atto non negoziale) ma che invece partecipano attivamente all'effetto attributivo che dalla "causa" discende.

In tal senso si potrebbe sostenere che l'effetto incrementativo del patrimonio del destinatario sia legato ad una volontà del singolo. Tuttavia tale volontà non è riconducibile nell'ambito del negozio in quanto manca la consapevolezza dell'atto e l'intenzione di predisporre un regolamento di interessi tra i soggetti coinvolti.

Le affermazioni sopra proposte sembrano trovare espresso riscontro in alcuni fenomeni giuridicamente rilevanti anche se molti di queste fattispecie non trovano esplicita disciplina in alcuna norma giuridica. Ciononostante secondo parte della dottrina, la

volontà degli effetti andrebbe propriamente indirizzata nell'ambito di un accordo sottostante l'effetto negoziale.

In altre parole, come è stato notato¹³², al fine di qualificare la fattispecie non negoziale in termini di liberalità, l'elemento volontaristico che connota la le fattispecie liberali, in questo caso andrebbe ad assumere la consistenza di un accordo teso a far sorgere un negozio configurativo. Solo la presenza di siffatto accordo consentirebbe di far rientrare l'atto non negoziale nell'ambito delle liberalità attribuendo alla fattispecie un significato liberale. Con l'evidente conseguenza di attribuire a tutto il complesso fenomeno una rilevanza negoziale di cui sarebbe privo¹³³.

Quest'ultima posizione assunta dalla dottrina, per le ragioni che si esporranno in seguito non sembra del tutto condivisibile.

¹³² L. GATT, *La liberalità - I*, Torino, 2002, 65 s., sottolinea che tale interpretazione si fonda sulla convinzione che tra le parti non può non esistere indipendentemente da eventuali documentazioni, l'accordo sulla realizzazione di una attribuzione a titolo di liberalità. L'esistenza dell'accordo permette di imputare sempre la liberalità all'area negoziale. Ricorrendo alla figura del negozio integrativo si sostiene che le parti possano piegare il rapporto negoziale tra loro intercorrente o l'atto negoziale posto in essere da una sola di esse al raggiungimento di uno scopo economico diverso da quello che forma il substrato della sua funzione tipica. Facendo riferimento alla figura del negozio configurativo si afferma che le parti fanno propri gli effetti di una fattispecie legale ponendoli ad oggetto di un atto negoziale e rendendoli idonei a realizzare una funzione liberale. Le soluzioni esegetiche esaminate evidenziano ambedue il legame esistente tra funzione liberale e struttura bilaterale, ma non riescono a dare una risposta soddisfacente al problema della identificazione della fattispecie liberalità.

¹³³ Pertanto secondo tale impostazione la liberalità non negoziale sarebbe configurabile sempre come il risultato della somma di due elementi: l'accordo sulla funzione liberale della fattispecie posta in essere e l'arricchimento che ne deriva in favore di un soggetto determinato. Il tutto anche se la causa dell'attribuzione è una fattispecie non negoziale o addirittura un mero fatto naturale.

2. AMMISSIBILITÀ DELL'ISTITUTO DELLE LIBERALITÀ NON NEGOZIALI

A questo punto, chiarito che anche la fattispecie non negoziale, per quanto prescinda dall'elemento volontaristico, può essere connessa ad un sostrato di volontà che però resta diretto alla sola realizzazione dell'atto e tralasciando per il momento le considerazioni concernenti la natura giuridica delle liberalità non negoziali, assume una importanza preliminare comprendere se la volontà del privato di realizzare quell'effetto legale (attributivo) sia compatibile con la disciplina che il codice prevede in ordine alle ipotesi attributive legali non negoziali.

In altre parole ci si chiede se effettivamente il lasciar decorrere il tempo necessario per far maturare la prescrizione del diritto, o lasciare volontariamente che il possessore di un bene mantenga il possesso per il periodo necessario al maturare dell'usucapione possa essere accompagnato da una volontà diretta a realizzare il medesimo effetto che è conseguenza di una fattispecie legale¹³⁴.

D'altro canto la possibilità che una fattispecie non negoziale possa realizzare un determinato effetto attributivo che sia accompagnato da una volontà integrativa ugualmente indirizzata a quel risultato prodotto dalla legge, potrebbe essere inteso anche come predisposizione di un regolamento di privati interessi.

Premesso che non si rinvengono concretamente argomenti volti a confutare efficacemente l'idea che la fattispecie legale nascente da una ipotesi di atto non negoziale possa essere accompagnata da una volontà attributiva altrettanto valida e proveniente dal singolo, la analisi del fenomeno a questo punto deve riguardare la compatibilità con le norme relative ai singoli istituti che sono di volta in volta presi in considerazione.

¹³⁴ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 214 s. .

Istituti come la prescrizione e l'usucapione¹³⁵ sono rigidamente disciplinati in vista del raggiungimento di una finalità di interesse generale¹³⁶, pertanto non possono essere legittimamente derogate dai privati, le norme che attengono alla loro regolamentazione. Dando per scontato che la volontà del privato non intenda modificare la struttura della fattispecie acquisitiva non negoziale, ma si limiti ad "accontentarsi" degli effetti ad essa riconducibili, è interessante notare come ogni ipotesi non negoziale possa essere valutata singolarmente e con risultati differenti a seconda dell'istituto al quale si fa riferimento.

In particolare, parte della dottrina¹³⁷, ha efficacemente messo in risalto un aspetto delle fattispecie che fin qui sono state prese in considerazione, e cioè, che l'indagine sulle liberalità non negoziali deve passare innanzitutto dalla attitudine della singola ipotesi ad essere oggetto di una utilizzazione da parte del privato che però non sia necessariamente liberale.

In altre parole ci si chiede se usucapione, prescrizione, accessione, possano essere utilizzate non solo a fini liberali ma anche in altri assetti negoziali.

2.2. USUCAPIONE, EFFETTI ACQUISITIVI LEGALI ED EFFETTI LIBERALI

Partendo dal caso dell'usucapione, si considera se sia legittimo immaginare che il proprietario di un immobile immetta nel possesso del proprio bene un soggetto e mantenga un comportamento permissivo per il tempo necessario al perfezionarsi dell'acquisto a titolo originario¹³⁸.

¹³⁵ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 213 s. .

¹³⁶ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 213 s. . vedi nota 45

¹³⁷ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 214 s. .

¹³⁸ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 214 s. .

L'effetto acquisitivo che ne discende può rappresentare a seconda della volontà del disponente il risultato di un atto di liberalità oppure, viceversa una delle attribuzioni conseguenti ad un negozio di scambio.

L'esempio riportato, apre la strada ad un problema più ampio attinente all'istituto dell'usucapione. In realtà le perplessità sulla legittimità di un possesso *ad usucapionem* "voluto" dal proprietario, impone una breve riflessione sull'istituto e sulla sua natura giuridica.

La dottrina che si è occupata dell'argomento¹³⁹ ha considerato del tutto legittima la collocazione della fattispecie acquisitiva legale nell'ambito di un regolamento di interessi preventivamente intercorso tra le parti e volto a "doppiare" l'effetto acquisitivo voluto dalla legge. Le argomentazioni a sostegno si fondano sull'esatta configurazione dell'istituto del possesso.

Il possesso è una situazione di fatto e non è assolutamente un bene suscettibile di trasferimento o di riconoscimento, tuttavia secondo l'autore citato, sarebbe possibile fornire mediante una convenzione un valido strumento attributivo del possesso in relazione al fatto che tale accordo mira non ad attribuire una situazione di fatto, ma a far conseguire al destinatario il diritto di proprietà o di altro diritto reale. In sostanza la convenzione è giustificata dalla volontà di raggiungere quel risultato.

A ciò si aggiunge che l'atteggiamento del proprietario è diretto alla realizzazione di quell'interesse e non rappresenterebbe un profilo di tolleranza sufficiente ad impedire l'acquisto del possesso.

L'argomento non è di così poca importanza da poter essere liquidato in poche parole.

L'impostazione così come prospettata non convince. Appare ragionevole sottolineare che, soprattutto in tema di usucapione, la

¹³⁹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 216 s. .

possibilità che il possesso sia in qualche modo “*orientato*” sulla base di una previsione contrattuale esterna, espone alla prima facile obiezione che un accordo sul significato della situazione intervenuta quando il beneficiario abbia già la disponibilità del bene, potrebbe comportare un riconoscimento del diritto portando ad interrompere l’usucapione in atto, anche se la giurisprudenza ritiene che una dichiarazione di scienza non sia, di per sé sola, idonea ad interrompere l’usucapione¹⁴⁰.

È fin troppo semplice sottolineare che un atto ricognitivo o una dichiarazione di scienza non potrebbero essere considerati alla stregua dell’atto con il quale le parti riconoscono che il comportamento del soggetto che è nella disponibilità sia idoneo ad usucapire, in quanto tale accordo, lungi dall’averne un’efficacia di accertamento, è significativamente indirizzato al perseguimento di uno scopo attributivo. Pertanto in tal caso non varrebbero le obiezioni della giurisprudenza sull’interruzione del possesso utile ad usucapire e sull’insufficienza a tale scopo di una semplice dichiarazione di scienza.

Non va sottovalutato inoltre l’aspetto soggettivo e psicologico del possessore e del proprietario. Secondo i sostenitori della teoria che in queste pagine si sta confutando, l’aspetto psicologico, il c.d. *animus possidendi*, inteso come la volontà del soggetto di instaurare un rapporto di fatto con la cosa, teso al conseguimento del diritto di proprietà, non manca nel beneficiario. Tuttavia sembra ragionevole obiettare che la mancanza di tale aspetto psicologico si rinvenga nella circostanza che la presenza di un accordo sulla natura del rapporto instaurato tra le parti, testimonia il riconoscimento dell’altruità del bene e ne sottolinea il

¹⁴⁰ V. CAREDDA, vedi nota 49 pagina 215.

fatto che «*il beneficiante possiede per mezzo di un'altra persona che detiene*»¹⁴¹.

Anche volendo sorvolare sulle considerazioni finora svolte, tese a confutare la legittimità di un comportamento volutamente passivo da parte del proprietario posto in essere con la consapevolezza e la complicità del beneficiario, palesata in un accordo, altro elemento che potrebbe ritenersi ostativo ad una configurazione della fattispecie in termini di liberalità non negoziale o di prestazione di scambio, è l'atteggiamento tollerante del proprietario.

Ebbene, nel nostro ordinamento, il contegno inattivo da parte del "beneficiante" deve essere inquadrato nell'ambito della cosiddetta tolleranza. Essa è assolutamente al di fuori dell'ambito volontaristico, nel senso che si inquadra esclusivamente nel concetto di mero fatto giuridico e non nell'ambito degli atti¹⁴². È condivisibile l'idea che la tolleranza non vada confusa con il permesso e con il comportamento concludente di una volontà negoziale e quindi l'esistenza di un accordo escluderebbe la presenza di una tolleranza caratterizzata dalla spontaneità dell'atteggiamento¹⁴³. Ciò comporterebbe che non tutte le volte in cui un soggetto assume un contegno non reattivo di fronte all'altrui potere di fatto si possa ricorrere alla tolleranza. L'orientamento appena esposto, si fonda sulla necessità di dimostrare che l'accordo delle parti (beneficiario e beneficiante nella fattispecie non negoziale di cui si è detto) non sia in grado di sconvolgere i requisiti sostanziali che la legge ritiene indispensabili per la realizzazione di

¹⁴¹ Masi in Caredda vedi nota 50

¹⁴² PATTI S., *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 54 s.

¹⁴³ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 215, spec. nota 51 «*Anche in mancanza di un accordo comunque l'esistenza di un comportamento specialmente se si tratta di un comportamento omissivo. Impone all'interprete di accertare se l'atteggiamento omissivo abbia il valore di una dichiarazione negoziale o invece rilevi nell'ordinamento come mero fatto giuridico*»

un effetto acquisitivo legale a mezzo dell'usucapione. E pertanto si potrebbe ritenere che il ragionamento volto a giustificare l'acquisto in base ad un possesso *voluto* dal proprietario e *legittimato* in base ad un accordo configurativo esterno alla fattispecie legale, sia viziato dalla circostanza che si intende forzare la fattispecie legale tipica. Come si può desumere dall'atteggiamento di parte della dottrina¹⁴⁴ la tolleranza rappresenta una situazione di fatto che può anche derivare, incidentalmente, da un accordo, ma la sostanza non muta. In altre parole se per acquistare un bene a titolo originario per usucapione è necessario che vi sia un possesso continuato ed ininterrotto, e soprattutto che tale possesso sia diretto a conseguire la proprietà del bene, è da escludere che la situazione di fatto consacrata in un contratto configurativo possa essere posta a base di un'ipotesi acquisitiva legale strettamente legata a canoni inderogabili. Pertanto la consapevolezza dell'altruità della *res* da parte del beneficiario e la tolleranza, anche contrattualmente riportata, potrebbe portare ad escludere la possibilità di un acquisto della proprietà.

Si aggiunga infine che lo stesso ruolo assolto dall'accordo configurativo lascia aperte delle perplessità se riferito all'ipotesi dell'usucapione. Infatti sarebbe da valutare la fattispecie presa in considerazione, con l'elaborazione dottrinarie in tema di vendita del possesso¹⁴⁵. Come è stato efficacemente notato da alcuni autori, il possesso può essere oggetto di una certa circolazione giuridica. Più esattamente, è possibile, in certi casi produrre la circolazione del possesso ad esempio mediante il mutuo consenso delle parti di un contratto, così determinando il *passaggio* del possesso da un soggetto ad un altro. Tuttavia si rileva che la volontà degli interessati non potrebbe penetrare a tal punto da collegare questa

¹⁴⁴ F. GAZZONI, *È forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?*, in *Gius. Civ.*, 1993, I, 2524.

¹⁴⁵ L. PADULA, *La vendita del possesso*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 831s.

circolazione a fattispecie diverse da quelle della circolazione del diritto. Quindi non potrebbero disporre il trasferimento del possesso se non in concomitanza con la disposizione del diritto di proprietà (o dell'altro diritto reale) cui il possesso necessariamente deve fare riferimento¹⁴⁶.

Nell'ipotesi presa in considerazione, l'accordo configurativo, benché lo si ritenga indirizzato alla produzione di effetti più importanti del semplice spostamento della situazione di fatto, non pare sufficiente a giustificare la fattispecie *de quo*, tenuto anche in debito conto le considerazioni in precedenza esposte. In altre parole, anche se si consideri che l'accordo sia diretto alla produzione di effetti acquisitivi e a "doppiare" l'effetto legale dell'usucapione, tale momento dispositivo sarebbe meramente secondario ed eventuale, mentre l'accordo, immediatamente sarebbe volto alla considerazione della relazione di fatto esistente sulla *res* se non addirittura finalizzato al riconoscimento del possesso in capo al beneficiario. In conclusione sembra non perseguibile l'idea dell'accordo nel caso dell'usucapione tenuto conto delle molteplici difficoltà cui una simile impostazione incontrerebbe nella realtà giuridica attuale.

In realtà quindi sarebbe più adatta all'ipotesi di acquisto a titolo originario una considerazione differente sull'idea di accordo configurativo. Sebbene sia pregevole lo sforzo della dottrina di ingabbiare l'effetto legale acquisitivo in una convenzione tra i singoli interessati dalla fattispecie, mediante la quale si riconosce al mero comportamento la natura liberale, o anche quella di attribuzione corrispettiva relativa ad un rapporto di scambio, almeno nell'ambito dell'usucapione, non si ritiene configurabile un siffatto accordo "esterno". È ragionevole ritenere che la tolleranza

¹⁴⁶ R. SACCO e R. CATERINA, *Il Possesso*, Seconda edizione, Milano, 2000 in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu a. Messineo F. e continuato da Mengoni L., 169.

da parte del proprietario impedisca al rapporto di fatto con la *res* di essere sufficiente a produrre l'effetto acquisitivo legale.

Benché la ricostruzione volta a giustificare la natura di liberalità non negoziale non si ritiene pienamente condivisibile, non è possibile escludere a priori l'esistenza di un accordo finalizzato alla produzione dell'effetto acquisitivo. Tuttavia, in tal caso, lungi dal profilarsi una ipotesi di fattispecie non negoziale, si finirebbe con il realizzare una attribuzione (gratuita) priva degli elementi formali richiesti per la donazione, di modo che resterebbe sicuramente immaginabile che quell'accordo sia, poi, impugnabile da parte degli eredi o aventi causa del proprietario quale donazione nulla per mancanza del necessario requisito formale.

2.3 PRESCRIZIONE DEI DIRITTI ED EFFETTI LIBERALI

Diversamente dall'ipotesi finora contemplata si ritiene ragionevole accogliere l'idea di una fattispecie liberale, non negoziale, nel caso del comportamento assunto dal creditore nei confronti del debitore, e finalizzato a lasciar prescrivere il credito ovvero al caso del titolare di un diritto reale limitato che lascia volontariamente prescrivere il proprio diritto a vantaggio del nudo proprietario.

In tali ipotesi la possibilità di rilevare un accordo volto ad interpretare il comportamento assunto dal beneficiante non può dirsi assolutamente da escludere. D'altro canto si è messo in luce come l'impossibilità di accogliere in pieno la liberalità non negoziale che contempra il fenomeno della usucapione discende più dalla necessità di rispettare la disciplina legale che da una effettiva incompatibilità strutturale del fenomeno acquisitivo legale con un accordo teso a convenire tra le parti il significato liberale del comportamento tenuto.

Il comportamento del cedente volto ad avvantaggiare il proprio debitore, sembrerebbe legittimamente riconducibile anche ai casi in cui le parti ritengano di far rientrare tale vantaggio patrimoniale nell'ambito di una convenzione di scambio. Addirittura sembra ragionevole ritenere che il comportamento omissivo del creditore, il quale si impegna a lasciar prescrivere il diritto del debitore o del titolare di un diritto reale limitato, potrebbe rientrare nell'ambito di un contratto atipico oneroso in cui una parte si impegna a tenere detto comportamento dietro corrispettivo. Sembra altresì legittimo sostenere che, anche in caso di convenzione onerosa, l'arricchimento del beneficiario non muta la sua fonte, che resta quella della prescrizione della funzione estintiva di tale istituto.

D'altro canto nel caso della prescrizione il beneficiario, ossia il debitore, si avvantaggia del valore patrimoniale del credito estinto. Tale ipotesi che si ritiene compatibile con l'idea delle liberalità non negoziali non viola alcuna norma dettata in tema di prescrizione. In particolare come rileva un autore¹⁴⁷, non vi è alcuna collisione con le ragioni di tutela del debitore che ispirano il divieto di rinuncia alla prescrizione anche perché in questo caso le parti non si accordano in vista di una finalità derogatoria delle norme di legge, ma anzi nel pieno rispetto delle stesse giungono a realizzare un incremento patrimoniale del beneficiario.

Non sembrano inoltre insuperabili le obiezioni che si muovono normalmente all'ipotesi in commento.

Si è infatti affermato che il patto tra creditore e debitore integri una ipotesi di riconoscimento del debito o un atto interruttivo della prescrizione.

Giustamente si fa notare¹⁴⁸ che, qualora l'accordo effettivamente configurasse un riconoscimento del debito, potrebbe trattarsi di un

¹⁴⁷ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 218.

¹⁴⁸ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 218.

patto poco conveniente per il debitore che a questo punto dovrebbe attendere nuovamente il decorso del tempo per la prescrizione, qualora il creditore, rendendosi inadempiente rispetto all'accordo *a latere* pretendesse l'adempimento.

Si ritiene possibile rispondere a tale obiezione che, la convenienza o meno dell'operazione non esclude la configurabilità della fattispecie. Senza poi considerare che, la scarsa convenienza potrebbe riguardare la convenzione di natura onerosa, ma non sembra riscontrarsi la stessa problematica nell'ambito della liberalità.

Ipotesi del tutto simile alla "*volontaria*" prescrizione del credito concerne l'estinzione del diritto reale per non uso ventennale, quando sia connessa ad una volontà del soggetto titolare.

In tali ipotesi tuttavia si evidenzia¹⁴⁹ una mancanza di corrispondenza tra il beneficio arrecato al destinatario e il diritto di cui si spoglia il titolare del diritto reale.

Secondo una certa impostazione in questa ipotesi non sarebbe rinvenibile una funzione liberale, proprio per questa incongruenza rispetto alla normale idea delle liberalità intese come perdita del diritto corrispondente al contemporaneo arricchimento del destinatario.

Tale argomentazione non sembra decisiva. Se da un certo punto di vista è effettivamente inesistente tale corrispondenza tra ciò che il disponente perde e ciò che il destinatario acquista, dall'altro è bene chiarire che il tutto si realizza in virtù di un effetto di legge. Il disponente, volontariamente, lascia estinguere il proprio diritto per prescrizione conseguente al non uso ventennale. Il suo comportamento denota effettivamente una volontà sottostante tesa al raggiungimento di un effetto che da un certo punto di vista è diretta conseguenza della prescrizione "*volontaria*" del diritto.

¹⁴⁹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 220.

D'altro canto quella stessa volontà che dirige il fenomeno estintivo, connota il corrispondente incremento del nudo proprietario. Quest'ultimo, in virtù del principio della elasticità del diritto di proprietà vedrà riespanso il proprio diritto pieno, fermo restando che, pur in mancanza di una diretta corrispondenza tra ciò che si è perso (il diritto reale limitato) e ciò che si è acquistato (piena proprietà) il completamento della fattispecie legale si è avuta anche grazie alla concorrente volontà del singolo, diretta a realizzare gli stessi effetti "*voluti*" dalla legge.

Ciò andrebbe confermare l'assunto di partenza in virtù del quale la volontà della legge può essere confortata ed assecondata da una parallela volontà del privato.

È poi opportuno aggiungere che non sembra possibile prescindere dall'elemento psicologico nell'ambito delle liberalità non negoziali, in quanto non sarebbe configurabile una fattispecie dispositiva di carattere liberale del tutto scollegata dalla volontà del disponente¹⁵⁰.

Il problema semmai è spiegare fino a che punto tale volontà non finisca per rendere la fattispecie non negoziale un vero e proprio negozio.

3. L'ACCESSIONE

Finora si è affrontato il problema delle fattispecie attributive non negoziali rivolgendo particolare attenzione a tutte quelle ipotesi in cui il comportamento omissivo, la tolleranza del comportamento altrui e l'inerzia del disponente avevano un ruolo determinante.

Diversamente invece accade nei fenomeni acquisitivi legali riconducibili al fenomeno dell'accessione.

¹⁵⁰ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 223.

Il principio generale già in precedenza affrontato, in base al quale *omnia inaedificatur solo cedit* fornisce lo spunto per chiarire alcuni aspetti del tema delle liberalità non negoziali.

Si è avuto modo di specificare che il comportamento non negoziale è quello nel quale le parti sono lontane dall'idea di realizzare tra loro un regolamento di interessi. La dottrina ha messo in luce che l'acquisto della proprietà di ciò che viene realizzato sul suolo altrui prescinde da intese contrattuali che disciplinino i rapporti tra colui che esegue le addizioni ed il *dominus soli*¹⁵¹. In altre parole anche in presenza di accordi, l'acquisto al *dominus soli* delle opere fatte dal terzo «*non si configurerà certo come effetto negoziale quanto come conseguenza dell'operare dell'accessione*»¹⁵². Tuttavia le previsioni contrattuali avranno un loro rilievo nell'ambito della regolamentazione dei rapporti obbligatori nascenti tra le parti.

Sul punto è opportuno segnalare che, secondo una parte della dottrina¹⁵³, «*l'accessione si può verificare solo quando le parti non abbiano convenzionalmente regolato gli effetti della costruzione sul suolo altrui, nel qual caso il rapporto resta disciplinato esclusivamente dal contratto, sicchè gli effetti dell'accessione non possono essere invocati nell'ambito di rapporti giuridici conseguenti a modi di acquisto derivativo*» .

In altre parole il principio di cui all'articolo 934 c.c. opera solo in assenza di una volontà contraria delle parti.

In realtà siffatta interpretazione non appare per niente in contraddizione con quanto affermato in precedenza, anzi tende a

¹⁵¹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 219 s..

¹⁵² PARADISO M., *L'accessione al suolo*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, artt. 934-938, Milano, 1994; MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 221.

¹⁵³ ALPA G., voce: *Accessione*, in *Digesto delle Disc. Privat.*, sezione Civile, vol. I, Torino, 1987, 29 s..

confermare quanto sostenuto e cioè che nell'ambito dell'accessione, il comportamento tenuto dal costruttore può configurarsi in termini di liberalità non negoziale in quanto può essere improntato alla realizzazione di effetti voluti dalla legge se tali effetti sono “*voluti*” anche dal costruttore stesso.

Appare ragionevole ritenere che in caso di una volontà diversa rispetto agli effetti di legge, espressa dai soggetti coinvolti, l'acquisto non conseguirà più al semplice fenomeno giuridico dell'accessione, ma avrà la sua fonte nella volontà, regolamentare, delle parti.

Quando però l'accessione può operare è ad essa che l'acquisto si collega, anche in presenza di un contratto. Quest'ultimo rileva tuttavia nella regolamentazione dei rapporti obbligatori instauratisi tra le parti¹⁵⁴.

4. NATURA GIURIDICA E RUOLO DELLA LIBERALITÀ

Dopo aver passato in rassegna le principali ipotesi di fattispecie acquisitive non negoziali, che possono essere connotate dalla funzione liberale, è necessario rivolgere l'attenzione all'approfondimento che, nell'ambito della formazione di questo tipo di liberalità, assume l'elemento soggettivo e volontaristico, e la comprensione di quale sia il ruolo di quell'accordo che si è in precedenza definito, fugacemente, configurativo.

Nei paragrafi che precedono, si è, inoltre, cercato di mettere in evidenza che la volontà del singolo può efficacemente corroborare la volontà della legge ed accompagnare quest'ultima nella produzione degli effetti acquisitivi.

¹⁵⁴ In tal senso anche V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 221, nota 62.

Pertanto, si ritiene ragionevole sostenere che i soggetti possono contemplare e fare propria una fattispecie che per legge sfocia nell'acquisto di un diritto.

Si rileva a questo punto, concordando con una parte della dottrina¹⁵⁵, che *«l'importanza che svolge l'elemento soggettivo che dà impulso all'operazione, la anima e le attribuisce l'ulteriore significato che serve a caratterizzarla come liberalità»*.

Infatti si può constatare che la causa dell'attribuzione è connessa a comportamenti presi in considerazione per la loro materialità e soprattutto da atti sprovvisti della coscienza e della volontà. Non meno evidente risulta altresì che per attribuire a tali comportamenti il crisma della liberalità è necessario che siano volontariamente diretti a tale scopo e spontaneamente posti in essere per la realizzazione di un interesse liberale.

Come è stato sostenuto da una parte della dottrina¹⁵⁶, l'attribuzione che ha fonte nella legge, può trovare una sua *colorazione* mediante l'elemento soggettivo. Con esso, l'attribuzione può prendere la connotazione liberale che si intende attribuirle.

Inoltre la legge nell'assegnare il diritto ad un soggetto piuttosto che ad un altro, negli istituti esaminati, persegue fini che prescindono dal fatto che l'acquisto stesso costituisca per taluno un arricchimento. Tuttavia se si tiene in considerazione quanto affermato, si può sottolineare come la stessa attribuzione patrimoniale possa essere connotata dall'elemento volutaristico ed essere parte sia di una fattispecie liberale che di una prestazione di scambio.

Emerge tuttavia il rischio conseguente ad un simile ragionamento, che il confine tra attribuzione negoziale e non negoziale diventa estremamente labile.

¹⁵⁵ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 223.

¹⁵⁶ R. NICOLÒ, *voce: Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 283.

Anche se quanto affermato, può far sorgere il dubbio circa la effettiva consistenza non negoziale delle attribuzioni prese in considerazione, la presenza di un elemento volontaristico sufficiente a “colorare” l’attribuzione di liberalità, non consente con ciò di trasfigurare la natura dell’attribuzione *ex lege* in una attribuzione che abbia fonte nel negozio giuridico.

In altre parole l’acquisto della proprietà di ciò che è stato realizzato al di sopra di un suolo, da parte del proprietario del suolo stesso, fonda sul principio dell’accessione e non può prescindere da questo, anche se però, *a latere*, risulta una volontà delle parti, o anche del solo costruttore, diretta ad attribuire al comportamento un significato liberale¹⁵⁷.

Quindi la volontà della legge resta immutata anche di fronte ad una volontà, parallela, del privato decisa ad attribuire il valore di liberalità a quel comportamento. Di conseguenza, l’accessione ad esempio, non sarà da considerare in questo caso sotto un profilo negoziale, ma resterà nell’ambito degli acquisti della proprietà voluti dalla legge in virtù del noto principio *omnia inaedificatur solo cedit*.

Intendendo il fenomeno in senso differente si finirebbe solo con l’evitare il problema delle liberalità non negoziali, riducendo tutto nell’ambito del negozio giuridico¹⁵⁸.

4.2. ELEMENTO SOGGETTIVO ED OGGETTIVO DELLA LIBERALITÀ NON NEGOZIALE.

A questo punto non si può tralasciare che il senso di una attribuzione *ex lege*, e quindi il fenomeno dell’arricchimento a fini

¹⁵⁷ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 226.

¹⁵⁸ Per quanto detto, i comportamenti umani che concorrono alla produzione di effetti attributivi possono trovare spazio in settori non negoziali e la loro rilevanza è quella dei meri fatti.

liberali, deve necessariamente trovare il presupposto in un elemento che la dottrina ha qualificato come *elemento soggettivo*¹⁵⁹.

È evidente che nell'ambito delle liberalità, siano esse negoziali o non negoziali, l'attribuzione non può prescindere dallo spirito di liberalità. Tuttavia l'*elemento soggettivo* che deve essere rintracciato nelle attribuzioni patrimoniali a carattere liberale ma con struttura non negoziale, è qualcosa che va oltre lo spirito di liberalità in quanto tale.

Tornando brevemente al concetto di spirito di liberalità l'orientamento di pensiero prevalente in dottrina e giurisprudenza è quello che lo descrive come l'intento liberale che sta alla base dell'atto con il quale si realizza una attribuzione gratuita a favore di un terzo, con corrispondente impoverimento del proprio patrimonio¹⁶⁰. Tale requisito è considerato essenziale al fine di configurare un atto di liberalità¹⁶¹.

¹⁵⁹ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 225.

¹⁶⁰ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 62 e 76 s.; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 18, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 443V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., 18 L'intento di liberalità costituirebbe la causa di tutti gli atti di liberalità, causa che, a sua volta è intesa come lo scopo ultimo cronologicamente e logicamente del negozio e che si specifica in scopo tipico ipotizzato astrattamente dalla legge quando la causa medesima venga considerata in senso oggettivo. Il fatto che si assegnasse all'intenzione di arricchire il ruolo di causa del negozio ha condotto comunque nell'ambito dello stesso orientamento dominante al manifestarsi di una tendenza portata ad attribuire alla causa della donazione un valore meramente subiettivo. Nell'oscillazione tra un significato soggettivo di causa della donazione ed un significato oggettivo la linea di tendenza è però quella oggettivizzante. Da un lato si accentua l'interesse verso il concetto di liberalità in senso proprio infatti viene in considerazione l'aspetto della mancanza di costrizione, di assenza di coazione, si afferma dunque che il concetto di liberalità è incompatibile con quello di adempimento di un obbligo giuridico e sui traccia anche la linea di confine tra la liberalità e l'adempimento di obbligazioni naturali. Da un altro lato si attribuisce alla causa della donazione una connotazione decisamente più oggettiva. Anche qui però emerge il lato soggettivo della causa dell'obbligazione che si identifica ancora una volta nell'*animus donandi*.

¹⁶¹ Tuttavia diverse interpretazioni relative all'elemento psicologico delle liberalità, ha comportato il sorgere, soprattutto nel campo del contratto di donazione, una identificazione tra due elementi quello dello spirito di liberalità e dell'*animus donandi*. L'identificazione con la causa della donazione, ha suscitato forti dubbi sull'esatta configurazione ed inquadramento dell'*animus donandi* in termini oggettivi o soggettivi e della possibilità di una identificazione

Tornando nell'alveo del discorso, secondo una parte della dottrina, è ragionevole ritenere che se la radice del termine liberalità è quella di libertà, vale la pena osservare che esso si oppone al concetto di doverosità¹⁶². Un'attribuzione può essere qualificata liberale quando non è dovuta, ossia quando è spontanea; l'atto di liberalità non costituisce, e quindi non è, il risultato di un precedente rapporto né può trovare la sua fonte in un rapporto esterno¹⁶³. In sintesi, la liberalità è tale quando manca la doverosità del comportamento¹⁶⁴.

dell'elemento in parola con la causa del negozio donativo che sia rispettosa dei principi giuridici vigenti nel nostro ordinamento.

¹⁶² PALAZZO A., *Le donazioni*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, 5 s.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. Civ. Italiano* diretto da F. Vassalli, 1956.

¹⁶³ In sostanza non può essere attuazione di un rapporto giuridico in quanto essa sarebbe un atto dovuto e collegato all'attuazione di un rapporto obbligatorio preesistente dal quale scaturiscono sicuramente doveri a carico del disponente.

¹⁶⁴ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, *cit.*, 24, la mancanza di doverosità dell'attribuzione espone al rischio di identificare la liberalità con il comportamento spontaneo *tout court* e cioè con la mancanza di coazione. Ciò se da un lato non può dirsi sbagliato, semplifica troppo il concetto di liberalità limitando la stessa ad una definizione negativa insufficiente a delinearne la reale natura. Ragionando in termini di mancanza di doverosità e quindi di assenza di coazione, si ha la sensazione che tale definizione sia esaustiva del concetto di gratuità più che di liberalità. Infatti il donante attribuisce un diritto senza la pretesa di un corrispettivo. Più correttamente egli attribuisce un diritto senza che abbia alcuno strumento giuridico di per ottenere coattivamente una eventuale controprestazione e per tutelare l'interesse ad ottenere una eventuale contropartita. In altre parole la mancanza di coazione che caratterizza i negozi gratuiti, ovviamente non può che caratterizzare la liberalità, il cui presupposto logico è l'assenza di un corrispettivo, senza che però ciò sia sufficiente a delineare i contorni del concetto stesso di liberalità. Inoltre la mancanza di corrispettività deve intendersi in senso ampio in quanto non è sufficiente che il negozio non presenti una controprestazione, ma è necessario anche che l'intera operazione economica sia priva di un corrispettivo sinallagmatico. L'attesa da parte del donante di un eventuale corrispettivo si relega al ruolo di mera aspettativa non giuridica e priva di mezzi giuridici idonei ad attuare tale desiderio, come ad esempio nel caso della donazione con condizione di reciprocità. In definitiva se non vi è contropartita, né una ipotesi di ritorno economico nell'ambito dell'intera operazione attributiva, si configura un'attribuzione disinteressata propria della donazione o della liberalità in genere. Tuttavia se la mancanza di corrispettivo è sufficiente a distinguere il profilo della gratuità da quello dell'onerosità e della corrispettività, non risolve l'intento di qualificare l'*animus donandi* e lo spirito di liberalità. Questi ultimi non possono prescindere da un elemento intrinseco al soggetto agente. Ma neanche è prudente dimenticare il significato oggettivo che discende dalla attribuzione. È vero che il perfezionamento di un atto di liberalità è collegato alla natura spontanea dell'atto stesso (elemento soggettivo), ma anche con l'intento di

Pertanto, ferma restando la mancanza di doverosità¹⁶⁵, essenziale ai fini della configurazione della fattispecie, in realtà, la liberalità presenta una caratteristica oggettiva che è indefettibile, e cioè l'incremento del patrimonio del destinatario.

Secondo una certa interpretazione l'identificazione dell'attribuzione in termini di liberalità, sia essa di carattere negoziale che non negoziale, deve essere possibile in base ad una valutazione non dell'interiorità dell'agente, quasi che l'intento liberale sia una riserva mentale giuridicamente rilevante, ma attraverso l'oggettiva configurazione della fattispecie posta in essere.

Sulla base di tali ragionamenti che inevitabilmente si riverberano sull'idea stessa dello spirito di liberalità, ne consegue che, delle due l'una, o la fattispecie attributiva viene analizzata in base alla sua oggettiva attitudine a realizzare un'attribuzione ed un incremento privo di corrispettivo, ed in tal caso si ha una inevitabile perdita di rilevanza dello spirito di liberalità, e dell'*elemento soggettivo* di cui si è detto in precedenza, che finirebbe relegato a mero argomento di prova della liberalità, oppure si accetta l'idea che l'analisi della fattispecie attributiva negoziale e non negoziale sia una complessa vicenda che riceve la sua esatta collocazione nell'ambito delle liberalità solo se sia rilevata la sussistenza dell'indispensabile *elemento soggettivo* dello

produrre in capo al soggetto destinatario un vantaggio patrimoniale (elemento oggettivo). Ci si chiede quanto di questo "altruismo" deve essere presente nell'ambito dell'atto liberale.

¹⁶⁵ Secondo una certa impostazione B. BIONDI, *Le donazioni*, cit. 83 s., la spontaneità, indicando la mancanza di coazione, sarebbe da intendere in modo assoluto e cioè nel senso che non è sufficiente la mancanza di un dovere giuridico sottostante quanto piuttosto la massima libertà di azione e di determinazione. In altre parole sarebbe necessario per avere spontaneità non solo l'assenza di un dovere giuridico sottostante ma anche l'assenza di un dovere morale o sociale. Senza dubbio la distinzione netta tra doveri morali e sociali e spirito di liberalità si mostra abbastanza controvertibile e di difficile inquadramento tuttavia, anche aderendo all'idea di una distinzione sfumata tra le due categorie appare ragionevole sostenere che la liberalità non esaurisce il suo contenuto nell'ambito della spontaneità.

spirito di liberalità oltre che dell'elemento oggettivo dell'incremento del patrimonio del destinatario.

Ebbene, nel caso delle liberalità non negoziali, ed in particolare, nel caso delle fattispecie prese in considerazione, l'elemento oggettivo dell'incremento del patrimonio e conseguente impoverimento del patrimonio del disponente è evidentemente connesso alla volontà della legge e giustificato dalla tutela di interessi protetti dal nostro ordinamento, in quanto considerati di rilevanza pubblicistica.

4.3 TEORIA DEL NEGOZIO CONFIGURATIVO.

Si è anche dimostrato che la volontà del singolo, può essere parallelamente diretta al raggiungimento del risultato previsto dalla legge. Pertanto *l'elemento soggettivo* della liberalità non negoziale è da inquadrare sì nel concetto di spirito di liberalità, ma non si esaurisce in esso, ma diviene esplicitazione di un atto di autonomia privata. In sostanza sono le parti stesse «*ad attribuire all'acquisto ex lege il significato dell'arricchimento liberale ed a conformare il primo al secondo*»¹⁶⁶.

Sulla scorta di siffatta pregevole considerazione, appaiono inevitabili le conseguenze del ragionamento esposto. Secondo una parte della dottrina infatti questa interpretazione del comportamento futuro delle parti avrebbe natura di esplicitazione di un atto di autonomia privata che assumerebbe il significato interpretativo e vincolante rispetto al futuro comportamento delle parti. Appare evidente il richiamo al negozio configurativo, ovvero quella tipologia contrattuale in virtù della quale le parti si vincolano vicendevolmente a mantenere un determinato contegno o

¹⁶⁶ V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione, cit.*, 225.

di attribuire al comportamento delle stesse un significato particolare e rilevante per il diritto.

In altre parole, le parti si accordano al fine di conferire ad un effetto acquisitivo legale (in quanto tale neutro rispetto alla causa gratuita o onerosa), un significato liberale che altrimenti non avrebbe.

Si tratta in sostanza di una *expressio causae* nel senso che le parti determinano la ragione dell'attribuzione pur senza attribuire al fenomeno acquisitivo il rango di contratto.

Ci si chiede se un siffatto negozio abbia effettivamente la capacità di attribuire un significato liberale all'attribuzione e inoltre se, in caso di risposta affermativa, tale accordo non determini un mutamento della natura dell'attribuzione facendo in modo da trasformare la stessa da non negoziale a negoziale.

4.4. CONFUTAZIONE DELLA TEORIA DEL NEGOZIO CONFIGURATIVO.

Alla luce di quanto si è riportato e dei ragionamenti fatti sui fenomeni non negoziali, emerge il dubbio che effettivamente le fattispecie considerate siano incompatibili con l'argomento che ci occupa. In realtà la teoria dell'accordo configurativo posto a fondamento della elaborazione delle liberalità non negoziali, non è sempre condivisibile in tutte le sue sfaccettature. Infatti le implicazioni che un negozio configurativo comporta nell'ambito della teoria delle liberalità espone l'interprete all'impossibilità di spiegare come un accordo possa seriamente considerarsi privo di efficacia qualificatoria rispetto al fenomeno acquisitivo al quale si intende attribuire rilevanza liberale.

Innanzitutto già il concetto di *expressio causae* presupporrebbe il contratto cui attribuire la *causa* che si va ad esplicitare.

Se poi tale fattispecie è al di fuori del negozio, in quanto si tratta di una attribuzione *ex lege* ecco che, l'aver le parti stesse inteso coinvolgere quel fenomeno, nell'ambito del contratto configurativo e l'aver attribuito agli effetti di quella fattispecie legale un significato liberale, impone di rivalutare l'intera fattispecie non negoziale e di riconsiderare il tutto come una specie di negozio a formazione progressiva, la cui fonte è sempre e comunque la volontà delle parti trasfusa nell'accordo configurativo. L'attribuzione però, è effettivamente scissa dal momento negoziale iniziale, in quanto dipende dalla mera volontà della legge.

Ciononostante, benché l'arricchimento derivi effettivamente dalla volontà della legge, la fattispecie potrebbe restare espressione di un negozio così come avviene nell'ambito delle vendite obbligatorie, in cui l'effetto reale è differito e scisso dal contratto originario.

In realtà però si osserva che la liberalità non negoziale trova una sua autonoma collocazione nel nostro ordinamento, nella misura in cui il beneficiario è estraneo alla volontà del disponente. In sostanza sembra ragionevole ritenere che l'accordo configurativo non sia essenziale, in quanto l'arricchimento del destinatario della fattispecie legale, ad esempio del proprietario di un fondo in caso di accessione, prescinde totalmente dalla volontà dello stesso.

Si pensi ad esempio al caso della prescrizione volontaria di un credito da parte del creditore a favore del debitore, in questo caso il debitore, abbia concordato o meno, mediante un negozio configurativo, l'estinzione del debito, la prescrizione sarà ormai maturata ed il credito sarà virtualmente estinto.

Quindi ha sicuramente pregio la teoria ricostruttiva presa in considerazione, ma si presenta vulnerabile di fronte alla reale struttura delle fattispecie.

Pertanto, in considerazione del fatto che la liberalità non negoziale deve sicuramente presentare l'*elemento soggettivo*, dal quale non si può prescindere, altrimenti saremmo al di fuori dall'ambito delle liberalità, varrebbe la pena riconsiderare la liberalità sotto l'aspetto *fattuale*, liberalità come effetto, corroborato dallo spirito di liberalità.

Quindi è ragionevole ripensare all'*elemento soggettivo* più che in termini di negozio configurativo, in termini di spirito di liberalità inteso come spontaneità del comportamento (non negoziale) tenuto dal disponente (titolare del diritto di cui si dispone).

Pertanto la mancanza di doverosità del comportamento è il fondamento della liberalità non negoziale. Tuttavia tale aspetto psicologico e soggettivo, si ritiene che non possa, almeno normalmente, essere condiviso dal beneficiario. Se ciò fosse ci ritroveremmo a parlare di un accordo sottostante, che per alcuni non connota la fattispecie di alcun carattere di liberalità, ma che secondo altri, non sarebbe lontano da una struttura contrattuale la cui causa dell'attribuzione sarebbe da ricercare nel negozio configurativo stesso.

Non v'è dubbio che sotto il profilo della tutela dei diritti dei legittimari, quello del negozio configurativo è un espediente eccellente per rafforzare detta tutela. Tuttavia la fattispecie ricadrebbe in pieno nell'ambito della liberalità diverse dalla donazione ma di natura negoziale. Anche perché, ammettendo che la fattispecie sia effettivamente configurabile, ci si troverebbe di fronte alla difficoltà di comprendere a quale momento agganciare la liberalità stessa che si rilevasse pregiudizievole per gli eredi necessari. Se al momento dell'accordo o quello dell'avveramento della fattispecie acquisitiva legale. Dubbio che non è dato risolvere in quanto, si pensi all'usucapione, le cui perplessità sono già state abbondantemente esplicitate in precedenza, sarebbe

legittimamente opinabile qualunque soluzione si ritenesse di adottare.

Senza considerare che l'ipotesi di un accordo configurativo volto ad attribuire un significato liberale all'acquisto *ex lege*, potrebbe essere interpretato dalla giurisprudenza come una donazione nulla per mancanza della necessaria forma solenne. Con tutte le conseguenze del caso che hanno trovato anche applicazione in una nota sentenza della cassazione¹⁶⁷.

È ragionevole ritenere che le liberalità non negoziali siano effettivamente configurabili nel nostro ordinamento, ma che tuttavia l'*elemento soggettivo* di cui necessitano non possa essere condiviso dal destinatario.

D'altro canto, se si ammette che alla base dell'attribuzione *ex lege*, "doppiata" da un accordo esterno di natura configurativa, si dovrebbe anche discutere nuovamente sulla reale portata della spontaneità nell'ambito donativo. Infatti, la presenza di un accordo volto a specificare la natura liberale del comportamento omissivo o commissivo, ma non negoziale, del disponente renderebbe l'atto non negoziale, non più spontaneo ma *dovuto*. Di modo che l'eventuale "ripensamento" da parte del disponente potrebbe legittimamente comportare una pretesa risarcitoria da parte del destinatario.

È ragionevole ritenere che sulla questione delle liberalità non negoziali, il riferimento ad un negozio che decodifichi in termini di liberalità il comportamento del disponente, non faccia altro che spostare i termini della questione dal momento acquisitivo legale a quello interpretativo, se così si può dire, del negozio configurativo.

¹⁶⁷ GAZZONI F., *È forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?*, in *Gius. Civ.*, 1993, I, 2519 s.

Pertanto è quanto meno dubbia la ricostruzione del fenomeno acquisitivo legale in termini di liberalità, laddove presenti un elemento negoziale esterno.

5. CONCLUSIONI

Anche dal punto di vista strutturale non si ritiene possibile individuare un unico principio applicabile a tutte le fattispecie acquisitive non negoziali.

È infatti condivisibile l'idea¹⁶⁸ secondo la quale le liberalità non negoziali vanno analizzate in base alle singole ipotesi che si pongono all'attenzione dell'interprete.

Solo in base ad una valutazione caso per caso si può giungere ad individuare l'ipotesi effettivamente riconducibile alle liberalità prive del carattere della negozialità.

Quindi lasciar prescrivere un diritto reale limitato, per il mancato uso protratto per almeno vent'anni non può essere inquadrato *sic et simpliciter* nell'ambito delle liberalità non negoziali, se non in seguito ad una attenta analisi del fenomeno concretamente realizzatosi.

È condivisibile quindi l'idea che le fattispecie non negoziali siano idonei strumenti attributivi, anche alternativi al negozio, mediante i quali il singolo, con la sua volontà può affiancare e condividere gli effetti legali della fattispecie, tuttavia resta aperto il problema, grave, degli strumenti di tutela contro le lesioni di legittima, contro le ipotesi di revocazione per ingratitudine e di tutte le norme che sarebbero normalmente applicabili alle liberalità non donative ex art. 809 c.c. .

¹⁶⁸ PALAZZO A., *Le donazioni*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger,

Va da sé che se si ritiene, come in questa sede si sta evidentemente facendo, che le liberalità non negoziali rientrino nell'ambito delle liberalità atipiche, in base alle norme del nostro ordinamento ad esse deve essere applicato l'articolo 809 c.c.. In tal caso non può escludersi, salvo i necessari ulteriori approfondimenti, tutta la normativa in esso contemplata. Le difficoltà maggiori probabilmente si incontrano nel momento in cui si debba circoscrivere ed individuare l'esatta metodologia da seguire nell'applicare i rimedi cui rinvia l'articolo 809. Si pensi alla collazione o alle ipotesi di revocazione di fattispecie liberali non negoziali. Tuttavia tale problema esula dal campo dell'indagine fin qui svolta e dovrà essere espressamente approfondito in altra sede.

BIBLIOGRAFIA

- ALCARO F., *Le donazioni indirette*, in *Vita not.*, 2001, 1059.
- ALPA G., *voce: Accessione*, in *Digesto delle Disc. Privat.*, sezione *Civile*, vol. I, Torino, 1987, 29 s..
- ANGELONI F., *Liberalità e solidarietà*, Padova, 1994.
- ASCARELLI T., *il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano 1952.
- ASCOLI, *Trattato delle Donazioni*, Firenze, 1935.
- BALBI G., *La donazione*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, II, Milano, 1964.
- BALBI G., *Liberalità e Donazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I.
- BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1955.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, *Ristampa corretta della II edizione*, Napoli, 2002
- BIANCA M., *Comunione legale e collazione*, in *Vita not.*, 1981, 805.
- BIANCA M., *Diritto Civile, III Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000.
- BIANCA M., *Diritto Civile, IV La proprietà*, Milano, 1999.
- C.M. BIANCA, *La Vendita e la Permuta*, tomo I, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1993.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile 2, I diritti reali*, Torino, 2001.
- BIONDI B., *I beni*, in *Trattato Vassalli*, 1956.

- BIONDI B., *Le donazioni*, in *Trattato dir. Civ. Italiano* diretto da F. Vassalli, 1956.
- BIONDI B., voce: *Donazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. Italiano*, 1957, VI, 233.
- BONILINI G., *Le donazioni*, in *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. Bessone, Torino,
- BORTOLUZZI A., *Novità fiscali e oneri formali della donazione diretta e indiretta*, in *Vita not.* 2001, 493.
- BRANCA, voce: *Accessione*, in *Enc. Dir. I*, Milano, 1958, 258 s..
- CAPOZZI G., *Successioni e Donazioni*, Milano, 2003.
- CAREDDA V., *Le liberalità diverse dalla donazione*, 1996.
- CARIOTA- FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946-48.
- CARNELUTTI F., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. pro. civ.*, 1940, I, 3 s.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARNEVALI U., *Le donazioni*
- CASULLI V. R., voce: *donazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964.
- CATRICALÀ A., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol.I, 4 s. .
- CECCHINI A., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 229 s.
- CECCHINI A., *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 254.
- CECCHINI A., *Liberalità (atti di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol XVIII.
- CONTURSI LISI, *Le pertinenze*, in *Noviss. Dig. Italiano*, 1957, XII, 1145.
- CONTURSI LISI, *Le pertinenze*, Padova, 1952.
- COSTANZA M., *Il contratto e il negozio, due non categorie*, in *Vita not.*, 1988, 500.
- COVIELLO N., *Donazione*, Siracusa, 1927.

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, 4° ed., Milano, 1929, 319

D'AMBROSIO L., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, 11 s.

D'ETTORE F. M., *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996.

DE MARTINO, *Beni in generale proprietà*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 810-956, 1976, 1.

DI MAJO A., *La tutela dei diritti civili 3*, 3^a ed., Milano, 2001.

FALZEA A., *Fatto naturale*, in *Scritti in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, nonché in *voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FONTANA A., *Adempimento di obbligazioni naturali*, in *Vita not.*, 1988, 128.

FURNO C., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948.

GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1996.

GARDANI CONTURSI – LISI V., *Donazioni*, nel *Comm. Cod. Civ.* a cura di Scialoja e Branca, libro II: Successioni artt. 769-809, Bologna - Roma, 1976.

GATT L., *La liberalità – I*, Torino, 2002.

GAZZONI F., *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, nota a Corte di Cassazione 5 Febbraio 2001, n. 1596 in *Riv. Not.* 2001, 4, 867.

GAZZONI F., *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. Not.*, 2001, 867.

GAZZONI F., *È forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?*, in *Gius. Civ.*, 1993, I, 2519.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, IX ed., Napoli, 2004,

GAZZONI F., *Spirito di liberalità, errore nella qualificazione e decorrenza della prescrizione*, in *Riv. Not.* 2001, 414.

GHEZZI, voce: *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. del Dir.*, vol. X, Milano, 1962.

GIANOLA A., *Atto gratuito o atto liberale*, Milano, 2002.

GIORGIANNI M., voce: *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, vol. I, 232.

IACOVINO C., TAVASSI V., CASSANDRO T., *La donazione*, Milano, 2001.

JEMOLO A.C., *Lo spirito di liberalità*, in *Studi in memoria di Vassalli*, II, Torino, 1960, 973 ss.

LAZZARO G., *La causa del negozio di accertamento*, nota a Cass. 4 luglio 1962, n. 1701, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 83 s.

MANZINI C., « *Spirito di liberalità* » e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi, in *Contratto e Impresa*, 1985, 409.

MAROI V., *Delle Donazioni*, Torino, 1936.

MASUCCI S. T., *Non è ammessa la diseredazione occulta dei legittimari: brevi cenni sull'usucapione a domino*, in *Giur. Ital.*, 1995, I, 917.

MESSINEO F., *Disposizioni in tema di prescrizione applicabili o inapplicabili all'usucapione*, in *Studi in onore di A. Torrente*, II, Milano, 1968.

MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.

NICOLÒ R., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione (1934-1935)*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980.

NICOLÒ R., voce: *attribuzione patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 283.

OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.

PADULA L., *La vendita del possesso*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 831.

PALAZZO A., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita not.*, 1993, 1229.

PALAZZO A., *Forma e causa dell'attribuzione nelle donazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 984.

PALAZZO A., *La crisi della disciplina codicistica delle donazioni*, in *Vita Not.*, 1992, 984.

PALAZZO A., *Le donazioni Artt. 769-809*, Seconda Edizione, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000.

PANUCCIO, *Cortesia [prestazioni di]*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1 ss.

PARADISO M., *L'accessione al suolo*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, artt. 934-938, Milano, 1994.

PATTI S., *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.

PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, *Libro delle Obbligazioni*, vol. I, 114 s. .

RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 1281.

RESCIGNO P., voce: *Atto giuridico (diritto privato)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 3.

SACCO R. e CATERINA R., *Il Possesso*, Seconda edizione, Milano, 2000 in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu a. Messineo F. e continuato da Mengoni L. .

SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in *Trattato Rescigno*, vol. 7, Torino, 1982, 650 s.

SANTORO – PASSARELLI F., voce: *Atto Giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 203.

SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 1973.

SAPERI M., *Negoziato di accertamento e trasferimento di diritti reali*, nota a *Tribunale di Messina*, 19 gennaio 1991, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1612 s..

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. civ.*, a cura di G. Grosso – F. Santoro – Passarelli, Milano, 1972.

SCUTO, *Le Donazioni*, Catania, 1928.

SILVESTRONI U., *Donazione indiretta, adempimento di obbligazioni naturali e prestazioni immorali*, in *Studi Senesi*, 2001, 122.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TILOCCA, *La Remissione del Debito*, Padova, 1955, 46 s.

TAMBURRINO, *Pertinenze (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 548 ;

TORRENTE A., *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 1956.

TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

TRIOLA R., *Donazione nulla ed opponibilità dell'usucapione al legittimario*, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 375.

VALENZA F., *La donazione indiretta tra diritto civile e diritto tributario*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2001, II, 179.

VECCHIO F., *In tema di donazione indiretta e di liberalità atipiche*, in *Dir. e giur.*, 1998, 394.

VILLANI C., *Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio a titolo gratuito*, in *Giuris. Italiana*, 1998, 2019.

VILLANI C., *Il depauperamento del donante è elemento necessario della donazione?*, in *Giur. It.*, 2001, 243.

GIURISPRUDENZA

- Cass. 4 luglio 1962, n. 1701, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 83 s
- Cass. 22 gennaio 1976, n 185.
- Cass. 18 febbraio 1977, n 737
- Cass. 3 giugno 1980, n. 3621 in *Giust. civ.* 1980, I, 2138
- Cass. 18 giugno 1981, n 1389, in *Foro It.* 1982, I, 1389
- Cass. 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Giust. Civ. Mass.* 1982, 12;
- Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, 2477.
- Cass. 9 luglio 1987, n. 5999, in *Mass. Giust. Civ.*, 1987, 1726.
- Cass. 22 ottobre 1990, n. 10256, in *Riv. Not.* 1991, 1030
- Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I,1222;
- Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325 in *Not.* 1999, 317;
- Cass. 26 maggio 2000, n. 6994
- Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596
- App. Torino, 16 novembre 1995 in *Vita not.* 1997, 165;
- Trib. Roma, 18 maggio 1982 in *Fall.*, 1982, 1307;
- Trib. Messina 19 gennaio 1991, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1612.