

Capitolo Dodicesimo

Forma della donazione

di TIZIANA MONTECCHIARI

SOMMARIO: 1. La donazione quale atto a forma vincolata. Breve profilo storico – 2. Ragioni del formalismo previsto dalla legge – 3. Contenuto dell'atto pubblico di donazione – 4. Forma della donazione in casi particolari

1. La donazione quale atto a forma vincolata. Breve profilo storico

Il fondamento del requisito della forma solenne previsto per il contratto di donazione dall'art. 782, 1° co., c.c., sotto pena di nullità, si ricollega – innanzitutto – a ragioni di ordine storico.

Infatti, la donazione è atto a **forma solenne** in tutti gli ordinamenti il cui sistema giuridico è derivato da quello del diritto romano, in particolare, da Costantino in poi¹.

Ciò in quanto, in epoca classica la donazione non era considerata un negozio tipico e autonomo, ma quale «causa» di differenti atti giuridici (*mancipatio*, *stipulatio*, *acceptilatio*): era quindi, il tipo di negozio che richiedeva una determinata forma in relazione al tipo di attribuzione tramite il quale questa veniva effettuata.

In altri termini, la legge richiedeva la forma solenne, ad esempio, per la *stipulatio*, o libera, per la *traditio*, indipendentemente dalla causa donativa che poteva muovere l'atto, e quindi in base a ciò che la legge prescriveva come forma per quel «tipo» di atto.

La conseguenza di una violazione circa gli oneri di forma richiesti, non era la nullità dell'atto, bensì il donante poteva far valere una eccezione *ex lege Cincia*² per opporsi all'azione del donatario di far eseguire ugualmente tale donazione non rispettosa del requisito formale.

La fattispecie era divisa in due momenti: uno attributivo collegato ad uno esecutivo, funzionali entrambi a garantire la serietà della scelta del donante e la possibilità di non approfittarne per il donatario.

Tuttavia, tale metodo favorì una elevata incertezza del diritto in campo di donazioni tanto da sollecitare un sistema più adeguato e sicuro che

¹ BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, 431; AVANZINI, *La forma delle donazioni*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, II, Padova, 1994, 325 s.

² ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, 370.

La Legge Cincia risale al 204 a.C. circa, ed era in origine una legge che vietava le donazioni, con alcune eccezioni, che riguardavano le donazioni fra parenti stretti o affini.

si realizzò con la introduzione della legge di Costantino³ la quale prevede la donazione come negozio tipico ed autonomo, con causa propria e da stipulare attraverso una propria forma particolare.

Nel successivo diritto giustiniano si introdusse il principio secondo il quale la donazione risultava valida anche senza la *traditio*, ovvero mediante il mero consenso scritto e si prevedeva che tale forma rimanesse obbligatoria solo per le donazioni di valore superiore ai cinquecento denari, distinguendo così le donazioni di modico valore, che si potevano stipulare, invece, in forma libera.

Donazione
nel diritto
romano
classico

Pertanto, nel diritto romano classico la donazione era considerata valida se eseguita nelle formalità previste dalla legge Cincia, al fine di tutelare il donante circa la possibilità di un suo ripensamento.

Mentre, nel diritto di Costantino venne introdotta una forma pubblica accompagnata – a pena di nullità – sia dalla *traditio* pubblica, sia dalla *insinuatio apud acta* al fine di rendere l'attribuzione certa e irreversibile, nonché di tutelare anche i terzi interessati all'atto, che potevano essere pregiudicati da tale donazione.

Nel successivo periodo di Giustiniano⁴, il diritto si perfezionò ulteriormente, eliminando il requisito della *traditio* e prevedendo il tipo della donazione di modico valore.

L'evoluzione delle norme sul requisito della forma nella donazione si realizza, quindi, nella prospettiva funzionale di tutelare – *in primis* – gli interessi del donante, ma anche quelli di terzi interessati, così che, in particolare, il sistema giuridico francese conia, intorno al 1500 la regola della forma pubblica per tutte le donazioni, fino a prevedere nel 1731 l'obbligo dell'atto pubblico notarile a pena di nullità, riprodotto poi nell'art. 931 del *code civil*⁵.

Tale sistema è stato seguito anche dal nostro legislatore che con il codice civile del 1865 ha riprodotto per la forma della donazione, lo schema derivato dal *code Napoléon*.

È pertanto nel sistema francese che la **donazione** assume **natura contrattuale**⁶, ma pur essendo un contratto, viene disciplinata unitamente al testamento, poiché entrambi atti di liberalità⁷.

Il codice civile italiano del 1865 continua a definire la donazione «atto», pur non potendosi dubitare della natura contrattuale dell'istituto,

³ La legge di Costantino entrò in vigore intorno al 316 d.C. circa e con essa la donazione diventò un negozio tipico formale.

⁴ Nel diritto giustiniano sono state introdotte novità di rilievo, intorno all'anno 529 d.C. circa. Per un approfondimento, cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1930, 417.

⁵ BIONDI, *op. cit.*, 433; ASCOLI, *op. cit.*, 394.

Si tratta dell'Ordinanza del febbraio 1731, art. 1, che sancì l'obbligo dell'atto notarile per tutte le donazioni, a pena di nullità.

⁶ CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino, 1997, 492.

⁷ DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, Milano-Messina, s.d., 432 e ss.

mentre il codice civile del 1942 ha qualificato chiaramente la donazione come «contratto», anche se la collocazione sistematica dell'istituto è rimasta quella riservata agli **atti di liberalità**, ovvero nel secondo libro del codice civile.

Collocazione sistematica della donazione

Il legislatore ha ritenuto di elevata importanza l'intento di liberalità che accomuna le due fattispecie (donazione e testamento) tanto da riservare alle stesse norme comuni in materia di motivo illecito, di modo, di revoca legale, di conferma in ipotesi di nullità, ecc., intento ritenuto prevalente rispetto alla collocazione sistematica che strutturalmente dovrebbe ricondurre la donazione al libro quarto in materia di contratti, anche se la natura appunto di «contratto» della donazione impone che alla medesima siano applicate tutte le norme sul contratto in generale, nei limiti di compatibilità con la struttura stessa della donazione⁸.

Nella donazione, dunque, la forma è prevista a pena di nullità, ovvero prevista *ad substantiam* e se non vi sono dubbi che si tratti di «fonte legale», il requisito della forma non è, tuttavia, imposto con la medesima intensità in tutta la materia donativa.

Ciò in quanto, ad esempio, è prevista la c.d. «sanatoria» della donazione nulla per vizio di forma dall'art. 799 c.c. in determinate ipotesi.

Peraltro, per le donazioni indirette e per quelle «manuali» non è prevista la forma solenne ed inoltre i requisiti della specificazione e della valutazione dei beni donati sono richiesti solo in caso di donazione di cose mobili di non modico valore⁹.

Tali osservazioni conducono ad affermare che nel contratto di donazione il requisito formale si modella diversamente in relazione al suo oggetto (bene mobile o immobile) e al suo valore economico, nonché alle modalità attraverso le quali la donazione si attua (donazione diretta o indiretta)¹⁰.

Infatti, la giurisprudenza di merito ha precisato¹¹, ad esempio, come nel contratto a favore di terzo, in caso di attribuzione di somme a beneficio di quest'ultimo, non si è in presenza di una diretta attribuzione in favore del terzo, bensì di una liberalità che è conseguenza solo mediata di un negozio giuridico avente causa diversa, qualificabile come donazione indiretta, la quale non è sottoposta alle norme riguardanti la forma della donazione.

Il rilievo finale, tuttavia, è quello che induce a guardare le norme le quali affermano, in modo inconfutabile, che il legislatore ha elevato la forma a

⁸ RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977, 555; CARNEVALI, *op. cit.*, 493.

In particolare, quest'ultimo Autore sottolinea la novità prevista dal codice civile del '42 che ha introdotto l'art. 809 in materia di liberalità non donative, ritenuta norma di notevole importanza poiché concorre a chiarire e a delimitare l'ambito della donazione contrattuale.

⁹ VENDITTI, *La forma del contratto*, in BONILINI (diretto da), *La donazione*, Torino, 2001, 755.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Trib. Napoli, 6 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2004, 1400. Cfr., inoltre, sull'argomento, par. 4.

requisito essenziale della donazione e pur valutando tale scelta come **limite all'autonomia privata**, le parti che scelgono di stipulare una donazione sono obbligate a rispettarne le prescrizioni formali¹².

2. Ragioni del formalismo previsto dalla legge

La donazione deve essere redatta nella forma dell'atto pubblico, in presenza di due testimoni (artt. 782, 2699 c.c.)¹³.

Forma
dell'atto
pubblico
notarile

Innanzitutto, l'esigenza dell'atto pubblico notarile risponde ad una funzione c.d. di «adeguamento», come previsto dall'ult. co. dell'art. 47 l. not., ovvero il notaio deve accertare la volontà «effettiva» delle parti, nonché verificare la compatibilità della loro concreta scelta con i principi dell'ordinamento, effettuando cioè un controllo di legittimità del medesimo atto¹⁴.

Tant'è che l'art. 28, n. 1, l. not. impone al notaio di esprimere un giudizio di legalità dell'atto o, altrimenti, nell'ipotesi di un accertamento negativo, di negarne la redazione.

Per tradizione, la forma richiesta dalla legge per la donazione è giustificata al fine di rendere più ponderata la scelta del donante che – effettuando tale atto – deve essere consapevole di depauperare in via **definitiva ed irreversibile** il suo patrimonio¹⁵, senza ottenere alcun corrispettivo, né futuro, né indiretto per tale scelta.

Inoltre, l'atto scritto, ricevuto dal notaio alla presenza di due testimoni che partecipano con la propria sottoscrizione, è un mezzo di prova certa anche per i terzi interessati all'atto.

¹² Cfr. nota 15.

¹³ Cass., 18 febbraio 1975, n. 4153, in *Mass. Giur. it.*, 1975, 1185.

Recentemente la giurisprudenza ha affrontato il caso di una donazione effettuata da soggetto che non sapeva leggere e scrivere, ponendosi la domanda se l'atto doveva essere sottoscritto due volte dai testimoni (Cass., 21 marzo 1996, n. 2410, in *Guida dir.*, 1996, n. 3, 60, con nota di LEO, *L'atto compiuto nel rispetto della legge notarile non necessita di ulteriori adempimenti formali*).

Ciò in quanto, l'art. 20 bis, l. 4 gennaio 1968, n. 15 imporrebbe un'altra firma se il disponente non può o non è in grado di firmare. La S.C. ha dichiarato che una duplicità di firme non era, nel caso di specie, necessaria, in quanto la norma richiamata è applicabile unicamente agli atti amministrativi, e non anche agli atti negoziali ed inoltre che la prima firma richiesta è finalizzata a tutelare il donante, mentre la seconda per dichiarare l'incapacità di sottoscrivere del medesimo, precisando che le due circostanze sono comunque salvaguardate dall'apposizione di un'unica firma.

Sul punto, ed in particolare sulla funzione dei testimoni notarili quali testi strumentali e non giudiziali, cfr. BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, I, 267.

¹⁴ BOERO, *op. cit.*, I, 169; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 1993, 622; MORELLO, FERRARI, SGORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, 268; BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*, in *Notariato*, 1998, 12; CASU, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. not.*, 1998, 561.

¹⁵ Salve, ovviamente, le ipotesi di eventuale revocazione della donazione previste dalla legge *ex artt.* 800-808 c.c.

Considerato, quindi, che il legislatore ha previsto per la donazione il requisito **essenziale** della forma solenne per la validità dell'atto, ha in realtà predisposto un limite all'autonomia privata¹⁶, in funzione, principalmente, degli interessi del donante¹⁷.

Peraltro, si ritiene anche che la formazione della volontà del donante sottoposta alla verifica dell'atto notarile, sia meno suscettibile di vizi di dolo o di violenza¹⁸.

**Forma e
causa
della
donazione**

A tal proposito, viene in rilievo il nesso storico tra **forma e causa** della donazione¹⁹ che potrebbe spiegare le ragioni effettive che risiedono alla base della previsione legislativa sul formalismo dell'atto in questione.

Infatti, secondo le dottrine giusnaturalistiche, qualora uno spostamento patrimoniale non fosse accompagnato da una causa sufficiente, la forma solenne nella donazione assumeva il ruolo di requisito essenziale per azionare l'obbligazione.

¹⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 280, il quale precisa, tuttavia, che il requisito formale esprime un limite nella modalità di esercizio dell'autonomia privata e non del suo contenuto sostanziale; cfr. anche GIORGIANNI, voce «Forma degli atti. a) Diritto privato», in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 994 e 1004; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 132.

Peraltro, una parte della dottrina ritiene che il c.d. «principio di libertà della forma» non opera nei contratti liberali, in quanto tale elemento svolge in questi negozi un ruolo ulteriore: quello di sostituto di una causa che è insufficiente (SACCO, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 572).

In particolare, con riguardo alla forma, si è ritenuto che esistono sia forme libere, sia forme vincolate, ma nessuna di esse può essere considerata regola o eccezione, in quanto di volta in volta è necessario valutare l'interesse che – in concreto – l'ordinamento intende perseguire (G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, 313).

Sul contestato principio di libertà della forma, cfr. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Torino, 1985; sono poi intervenuti, con posizioni diverse fra loro e rispetto alla prima citata, anche B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione» (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 49; DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 539; A. PALAZZO, *La forma negoziale fra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Studi in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994; MONTECCHIARI, *La forma dei negozi giuridici unilaterali*, Milano, 1998, *passim*.

¹⁷ Sulla funzione tradizionalmente assegnata alla forma nella donazione di tutelare gli interessi del donante, cfr. fra gli altri, TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXII, Milano, 1956, 421; CASULLI, voce «Donazioni (diritto civile)», in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 974; IACOVINO, TAVASSI, CASSANDRO, *La donazione*, Milano, 1996, 28; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1990, 817.

In particolare, si osserva che la tutela degli interessi del donante attraverso l'adozione della forma solenne viene garantita non soltanto nel momento della stipula dell'atto, ma anche successivamente alla donazione stessa. Ciò in quanto la maggiore certezza che deriva dall'applicazione della forma pubblica è di aiuto per la corretta applicazione di quelle norme che riguardano il tempo della donazione, ad esempio in tema di revocazione o di alimenti: MONTECCHIARI, *op. cit.*, 70, la quale richiama gli artt. 784 (donazione a nascituri) e 774-775 (donazione di incapaci), che fanno preciso riferimento «al tempo della donazione».

¹⁸ BIONDI, *op. cit.*, 438, il quale sottolinea come tale requisito formale potrebbe essere un valido strumento di verifica contro le «donazioni inconsulte», per le quali i normali mezzi relativi ai vizi della volontà possono trovare evidenti limiti.

¹⁹ GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1953, 322; GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18.

Rilevanti sono le ricerche storiche sull'argomento eseguite da ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, 425 ss.

Si affermava, così, che il vincolo giuridico derivava in via immediata dalla «nuda promessa» unicamente se, con essa, concorreva anche un altro elemento oggettivo, ovvero la forma che rappresentava il *vestimentum* del «nudo patto», il quale da solo era, invece, inidoneo a produrre effetti obbligatori per il promittente.

In altri termini, la forma «salva» il negozio non sorretto da una controprestazione patrimoniale²⁰ con la conseguenza che tale elemento non risulta più solo un requisito strutturale, bensì assume il ruolo di garanzia del regolamento contrattuale, garanzia attraverso la quale è possibile individuare l'esistenza di specifici interessi del donante cui si rivolge tale tutela²¹.

Garanzia
del regola-
mento
contrat-
tuale

All'elemento essenziale della forma viene assegnato il ruolo di «sostituire» una causa mancante, ma intesa in senso «oggettivo», quale giustificazione economica dell'attribuzione, qualificazione che attualmente appare superata da una valutazione della causa intesa quale interesse «soggettivo» – nello specifico – del donante a compiere atti gratuiti²².

In simile contesto argomentativo, non viene più considerata «insufficiente» una causa di un atto negoziale ove questo non presenti una controprestazione per il promittente e quindi, non sarebbe più necessario per salvare tale atto, rivestirlo di una forma solenne, così che lo scopo di realizzare un interesse non patrimoniale può essere sussunto nell'ambito della **causa «soggettiva»** e, pertanto, il requisito della forma solenne deve necessariamente trovare altro e diverso fondamento²³.

Dunque, appare emergere con forza una più attuale funzione assegnata al formalismo nella donazione, che risiede nell'esigenza di tutelare l'interesse dei terzi in genere²⁴, correlata, in realtà, anche dalla formalità pubblicitaria della trascrizione che appare strumento più rispondente ad una effettiva tutela dei terzi, rispetto alla mera forma notarile in sé²⁵.

²⁰ SACCO, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 572.

²¹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 27 e 133.

²² SACCO, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 656, il quale precisa che se manca la causa nel senso oggettivo del termine, il negozio è salvato dalla nullità quando la causa soggettiva è sorretta dalla forma, prevista *ad substantiam*, come nella donazione.

Altri, invece, rileva come il legislatore nell'art. 1325 c.c. non abbia previsto la causa o in alternativa, la forma quali elementi essenziali, bensì li ha indicati entrambi secondo un diverso ordine di necessità: la forma quando prevista dalla legge a pena di nullità: MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 54 e ss.

²³ Sul concetto di «causa» e sulla sua evoluzione, fra gli altri, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, cit., 447; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 635; D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, Padova, 1996, 39; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 29.

²⁴ Anche se si è fatto notare come, ad esempio, la tutela di eventuali creditori contro atti donativi del proprio debitore in loro pregiudizio potrebbe trovare migliore realizzazione attraverso l'azione revocatoria (art. 2901) rispetto alla presenza di una forma solenne dell'atto: MONTECCHIARI, *op. cit.*, 68; LOMBARDI, *La donazione di modico valore. Spunti in tema di formalismo negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 304.

²⁵ BIONDI, *op. cit.*, 437; AVANZINI, *La forma delle donazioni*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, cit., 328; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 68.

In particolare, da un lato si è sottolineata l'esigenza di salvaguardare, attraverso la forma, la conservazione del patrimonio del donante in funzione di tutela dei familiari del medesimo, nello specifico, dei legittimari, e di preconstituire, nel contempo, uno strumento probatorio certo e sicuro per gli eredi o i creditori del donante stesso²⁶.

Peraltro, alcuni suggerisce di ridimensionare il ruolo della forma solenne della donazione per sottolineare, invece, l'importanza di una verifica caso per caso che possa indicare se effettivamente, la forma solenne sia garanzia degli interessi sottesi all'operazione negoziale, oppure tale scopo possa essere raggiunto anche attraverso altri strumenti giuridici di cui i privati possano disporre²⁷.

Forma
solenne
come
garanzia
contrat-
tuale

Tale indagine, tuttavia, coinvolgerebbe l'accertamento dei motivi sostantivi che di volta in volta si intendono raggiungere, così che lo strumento che tende a tutelare effettivamente gli interessi delle parti in tale operazione economica non sarebbe più rappresentato dalla forma solenne, bensì dall'**oggettivazione dei motivi** nell'atto²⁸.

Inoltre, si osserva come il rischio derivante da un impoverimento a causa di una donazione a volte non sarebbe così elevato rispetto ad altre operazioni negoziali che, pur non necessitando della forma solenne, potrebbero – di fatto – realizzare conseguenze patrimoniali negative assai elevate per il disponente²⁹.

Tuttavia, tale osservazione deve essere coordinata con la lettera della legge, ovvero la norma dell'art. 782, 1° co., c.c. che impone la forma dell'atto pubblico, qualunque sia il bene oggetto della donazione, purché non di modico valore.

Pertanto, non sarebbe giuridicamente possibile verificare, di volta in volta, se l'atto necessiti o meno della forma solenne se ed in quanto particolarmente rischioso per il donante.

Infatti, non tutte le considerazioni indicate sono apparse esaustive delle ragioni del formalismo in materia di donazione, tanto da sollecitare parte della dottrina ad individuare ulteriori e diverse spiegazioni, spostando il parametro proprio verso la tutela degli interessi di terzi soggetti interessati direttamente o indirettamente all'atto.

²⁶ LOMBARDI, *op. cit.*, 303;

²⁷ VENDITTI, *La forma del contratto*, in BONILINI (diretto da), *op. cit.*, 768.

²⁸ A. PALAZZO, *La crisi della disciplina codicistica delle donazioni*, in AA.Vv., *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, II, 687.

Infatti, si afferma, altresì, che la donazione redatta nella forma dell'atto pubblico non garantisce un controllo sulla liceità della causa, in quanto attraverso tale atto possono pur sempre essere conseguiti motivi illeciti che possono rimanere celati proprio a causa della solennità dell'atto, oltre la quale non si indaga (A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 30; Cass., 6 marzo 1992, n. 2695, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 806).

²⁹ VENDITTI, *La forma del contratto*, in BONILINI (diretto da), *op. cit.*, 769, nota 62. L'Autore considera, ad esempio, l'ipotesi di un mutuo a tasso variabile contratto da un lavoratore dipendente, con il rischio dell'innalzamento dei tassi o la cessazione del rapporto di lavoro, condizioni che potrebbero porre il contraente mutuatario in pregiudizio economico probabilmente molto più grave rispetto a quello derivante da una donazione che lo stesso avrebbe potuto fare di un metro quadro di terreno incolto, pur sempre in forma solenne.

La norma è chiara e non ammette eccezioni o diverse interpretazioni e quindi lo scopo assolto dalla forma nella donazione non si esaurisce solo nella necessità di tutelare il patrimonio del donante, bensì gli interessi di eventuali creditori o eredi del donante pregiudicati, indirettamente, per il depauperamento della loro garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.)³⁰.

Infine, è possibile affermare che l'atto pubblico accerta in modo inequivocabile l'esistenza dello **spirito di liberalità**, legando così la funzione della forma a quella della donazione medesima³¹.

Forma e donazione indiretta

Rimane da sottolineare, tuttavia, che se nel nostro sistema giuridico il requisito della forma è essenziale per la donazione, è anche vero che tale elemento appare superabile qualora si attivino fattispecie come, ad esempio, **donazioni indirette** attraverso le quali è possibile disporre ugualmente dell'intero patrimonio «per spirito di liberalità», senza l'obbligo di rispettare la forma solenne, o anche contratti con obbligazioni a carico del solo proponente, i quali rappresentano un ulteriore esempio di superamento del problema della forma³².

3. Contenuto dell'atto pubblico di donazione

La forma dell'atto pubblico è prescritta per ogni tipo di donazione, sia reale, sia obbligatoria, sia di beni immobili, sia mobili o universalità di beni, con l'eccezione delle donazioni di beni mobili di modico valore (art. 783 c.c.).

L'art. 782, 1° co., va integrato con l'art. 48, 1° co., l. 16 febbraio 1913, n. 89, in materia di attività notarile, che prevede, come in parte già sottolineato, il divieto di rinunciare all'assistenza dei testimoni.

L'unico soggetto legittimato a compilare l'atto è il **notaio** o i consoli all'estero³³, e non anche gli altri pubblici ufficiali.

Il notaio, nella compilazione dell'atto, è tenuto altresì a verificare la validità del medesimo, attività prevista soprattutto al fine di evitare il futuro insorgere di liti o contestazioni fra le parti e, pertanto, il suo ruolo di garante della legge si svolge anche nel redigere un atto il cui contenuto risulti inattaccabile sotto il profilo giuridico, sia formale, sia sostanziale.

³⁰ La giurisprudenza ha costantemente sostenuto che l'atto di donazione richiede la forma dell'atto pubblico a pena di nullità, tuttavia ha contribuito poco a chiarirne i motivi: fra le altre, Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222 ss.; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Soc.*, 1999, 562.

³¹ L'interesse del donante rimane di natura "tipicamente" non patrimoniale e pertanto sarebbe difficile provarne l'esistenza ricavandolo dal contenuto dell'atto (CECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 292).

Cfr., inoltre, MONTECCHIARI, *op. cit.*, 76; D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale. Profili di rilevanza donativa delle obbligazioni di fare gratuite*, cit., 104.

³² A. PALAZZO, voce «Donazione», in *Digesto/civ.*, VII, Torino, 1991, 141.

³³ Trib. Ivrea, 30 marzo 1983, in *Vita notar.*, 1983, II, 1545; art. 44 legge consolare 15 agosto 1958, n. 2984; TORRENTE, *op. cit.*, 421; CARNEVALI, *op. cit.*, 478.

Pertanto, il notaio dovrà informare le parti degli effetti giuridici dell'atto di donazione, sia a carico del donatario come, ad esempio, l'obbligo alimentare previsto a suo carico secondo le disposizioni di cui all'art. 437 c.c., oppure per l'eventualità che l'atto sia sottoposto a riduzione, sia per le cause di revocazione, e non meno rilevante sarà l'accertamento che la donazione sia conforme alla legge anche sotto il profilo delle autorizzazioni giudiziali da acquisire in ipotesi di beneficiario minore o incapace.

**Donazione
conclusa
per via
telematica**

Problema emerso recentemente per la redazione degli atti pubblici è quello legato alla possibilità di concludere **contratti per via telematica**, attraverso, ad esempio, un *computer*³⁴.

Ciò in quanto previsto da recenti novità legislative³⁵, nonché dall'art. 491 bis c.p. il quale prevede per il documento informatico pubblico l'applicazione delle norme sul falso in atto pubblico³⁶.

Tuttavia, considerata la peculiarità della previsione normativa sulla forma della donazione, sembra non sia possibile l'applicazione *tout court* della disciplina sul documento elettronico all'atto pubblico notarile in questione, per cui alcuni ritengono opportuno, per ottenere tale applicazione e al di là di interpretazioni estensive o analogiche delle norme, uno specifico intervento legislativo³⁷.

Altro aspetto di particolare rilievo riguarda il c.d. «contenuto minimo» del contratto di donazione, ovvero se il requisito formale deve esse-

³⁴ In argomento, cfr., recentemente EMILIOZZI, *Le firme elettroniche*, Napoli, 2007, 167 ss., in particolare per quanto riguarda il rapporto tra firme elettroniche e atto pubblico, il quale ritiene non vi siano ostacoli di ordine giuridico, né materiale per stipulare un atto pubblico informatico anche per l'atto di donazione.

Inoltre, in merito all'opinione che ritiene ammissibile l'atto pubblico informatico, cfr. anche DELFINI, *Documento informatico e firme elettroniche*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, 187; MOSCARINI, *Formalismo negoziale e documento informatico*, in AA.Vv., *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1988, 1065.

Riflessioni in tema di forma vincolata e atti sotto forma «elettronica» sono svolte anche da MONTECCHIARI, *op. cit.*, 53 e ss.; 141 e ss.

³⁵ In particolare, l'art. 15, 2° co., l. 15 marzo 1997, n. 59, ha previsto che «Gli atti, dati e documenti formati dalla Pubblica Amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge».

Sull'argomento, sono intervenuti numerosi commenti, fra gli altri: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2ª ed., 2006, 301 ss., il quale specifica che i requisiti legali del documento telematico o informatico sono attualmente disciplinati dal d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, dal titolo «Codice dell'amministrazione digitale» (aggiornato dal d.lg. 4 aprile 2006, n. 159).

³⁶ PICCOLI e ZANOLINI, *Il documento elettronico e la «firma digitale»*, in *Riv. not.*, 2000, 879, i quali precisano come il regolamento attuativo della l. 15 marzo 1997, n. 59, ovvero il regolamento n. 513 del 1997 nulla affermi in merito all'atto pubblico, deducendone che nel silenzio della legge, non sarebbe ammessa la possibilità di tali forme anche per gli atti pubblici solenni; mentre di diverso avviso PETRELLI, *Documento informatico, contratto in forma elettronica e atto notarile*, in *Notariato*, 1997, 567, il quale ritiene ammissibile l'atto pubblico notarile in forma elettronica; così anche LISERRE, *L'avvento del documento elettronico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 475; in generale, l'opinione dominante è nel senso di ammettere che tali nuovi strumenti di documentazione, come il documento informatico o le firme digitali, siano applicabili anche all'atto pubblico, in particolare, notarile.

³⁷ PICCOLI e ZANOLINI, *op. cit.*, 904 ss.

re rispettato per l'intero regolamento negoziale, oppure solo per alcune disposizioni essenziali.

Il problema è sorto in giurisprudenza per l'ipotesi in cui era avvenuto un trasferimento senza corrispettivo di un diritto reale su immobile, non menzionando la giustificazione causale, ovvero non era emerso se tale trasferimento fosse stato collegato all'adempimento di un'obbligazione.

Da ciò, si è dedotto trattavasi di donazione, così che la forma dell'atto doveva essere senz'altro quella pubblica, a pena di nullità³⁸.

Forma applicata all'intero contenuto dell'atto

Pertanto, la soluzione offerta dalla giurisprudenza è quella di applicare la forma richiesta dalla legge all'intero contenuto dell'atto, poiché una volta che tutti gli elementi previsti dalle parti siano entrati nel regolamento, questi devono rivestire la medesima forma³⁹, a meno che non si tratti di clausole o patti i quali possono risultare implicitamente dall'atto medesimo⁴⁰.

Il formalismo è rivolto tanto alla dichiarazione del donante, quanto all'accettazione del donatario, che può essere espressa nell'atto stesso di donazione, non necessariamente seguendo particolari formule di rito, essendo tuttavia, necessario che dal complesso dell'atto di donazione sia chiara la volontà inequivocabile di accettare in considerazione anche del comportamento dello stesso accettante⁴¹.

L'accettazione può avvenire anche con atto pubblico posteriore, come previsto dall'art. 782, 2° co., c.c. e deve questa essere notificata al donante, così che la donazione si perfeziona solo nel momento della esecuzione di tale notifica⁴².

Si ammette che prima del **perfezionamento** della **donazione**, si possa revocare la medesima (art. 782, 3° co., c.c.), sia da parte del donante, sia del donatario.

³⁸ Cass., 19 marzo 1998, n. 2912, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 2019, che ha deciso in merito alla costituzione a titolo gratuito di un diritto di superficie avvenuto per scrittura privata, ritenendo l'atto una donazione, nulla per vizio di forma.

Conforme Cass., 22 febbraio 2001, n. 2606, in *Giur. it.*, 2002, 1398, la quale ha stabilito come la costituzione di un diritto di superficie senza testuale previsione di un corrispettivo a favore del concedente e per il solo intento di arricchire il beneficiario, deve qualificarsi «donazione», accertando la nullità dell'atto in questione, stipulato con scrittura privata, per vizio di forma.

L'orientamento muta prospettiva, ritenendo che la mancanza di un corrispettivo non è sufficiente a qualificare l'atto come una donazione, bensì unicamente come atto a titolo gratuito, che non sempre coincide con la liberalità: Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Soc.*, 1999, 562; e in precedenza, tale linea interpretativa era stata già seguita da Cass., 7 luglio 1988, n. 4469, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 258, nella quale si è deciso come l'atto di trasferimento a titolo gratuito di un bene immobile di cui non è provato lo spirito di liberalità (e che quindi potrebbe essere legato al conseguimento di un interesse patrimoniale indiretto o futuro), non è donazione e quindi non richiede la forma solenne dell'atto pubblico notarile.

³⁹ Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, in *Mass. Foro it.*, 1996, Cass., 23 gennaio 1988, n. 523, *ivi*, 1988; Cass., 26 giugno 1987, n. 5641, in *Giur. agr. it.*, 1988, 163; Cass., 27 novembre 1986, n. 6990, in *Rep. Foro. it.*, 1986, voce «Contratto in genere», n. 241.

⁴⁰ VENDITTI, *La forma del contratto*, in BONILINI (diretto da), *op. cit.*, 779; CARNEVALI, *op. cit.*, 561.

⁴¹ Cass., 6 novembre 1992, n. 12280, in *Dir. eccl.*, 1993, II, 197; Cass., 16 novembre 1981, n. 6057, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 1518.

⁴² Cass., 16 giugno 1962, n. 1520, in *Giur. it.*, I, 1, 1082; Cass., 14 marzo 1977, n. 1026, in *Mass. Giur. it.*, 1977, 243.

Infine, la specifica del valore delle cose «mobili» donate (art. 782, 1° co., c.c.) che deve essere dichiarata nell'atto di donazione si ritiene rappresenti anch'essa un elemento sostanziale della medesima dichiarazione e non mero elemento probatorio⁴³, così che la nota, appunto, estimativa deve essere redatta contemporaneamente all'atto pubblico, in quanto si ritiene non sia consentito fare richiamo ad una nota compilata, benché sempre dal notaio, ma anteriormente o successivamente all'atto⁴⁴.

**Nullità
per vizio
di forma**

La sanzione della nullità per la donazione di cui all'art. 782, 1° co., c.c., che viene redatta senza il rispetto di tale disposizione, rappresenta la volontà del legislatore di imporre un ulteriore requisito formale per la validità dell'atto, a conferma del rigore formalistico che impera, nonostante i tentativi per diminuirne il valore, in materia di contratto di donazione.

La necessità di prescrivere l'indicazione del valore delle cose mobili donate in una specifica nota o nello stesso atto di donazione, è imposta, altresì, per la determinatezza del contenuto del contratto avuto riguardo, cioè, all'oggetto⁴⁵.

4. Forma della donazione in casi particolari

Per quanto concerne la forma della donazione in casi particolari, è necessario – *in primis* – precisare come la donazione di **beni mobili di modico valore** non è soggetta alla forma dell'atto pubblico, ai sensi dell'art. 783 c.c.

I beni mobili di cui sopra possono essere rappresentati anche da titoli di credito⁴⁶, pur sempre nei limiti del «modico valore» altrimenti sarebbe imposta la forma solenne⁴⁷.

⁴³ TORRENTE, *op. cit.*, 430 s.

⁴⁴ CARNEVALI, *op. cit.*, 542.

Peraltro, è stato affermato come la mancanza della nota estimativa comporti la nullità della donazione nei limiti delle cose mobili non specificate, ma non la nullità dell'intera donazione.

⁴⁵ CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2005, 107, nota 10, il quale precisa come le note eventualmente redatte in tempi successivi alla stipula dell'atto di donazione non sarebbero ammissibili, poiché l'Autore ritiene che una nota successiva tende a vanificare lo scopo della previsione legislativa, in quanto l'interesse del donante dovrebbe essere tutelato avendo riguardo al momento nel quale viene espressa la sua volontà.

Mentre, per quanto concerne eventuali note redatte anteriormente, l'Autore afferma la possibilità che queste siano ammissibili, poiché nella redazione dell'atto, le parti fanno riferimento *per relationem* a tali note nel determinare il contenuto della donazione stessa.

Sulla *ratio* della prescrizione di cui all'art. 782, 1° co., c.c., riguardante le cose mobili donate di «non modico valore», cfr. anche AVANZINI, *La forma delle donazioni*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, cit., 348.

⁴⁶ Cass., 8 gennaio 1994, n. 1260, in *Mass. Foro it.*, 1994, 87 s.

Per la validità di una donazione manuale di un libretto di risparmio contenente una somma di «modico valore», cfr. Cass., 23 febbraio 1973, n. 527, in *Foro it.*, 1973, I, 1414.

⁴⁷ Peraltro, si sottolinea come sia alquanto difficile, nella pratica, distinguere la donazione di modico valore dalle liberalità d'uso, le quali pur essendo di modico valore, non sono tuttavia, donazioni. Sul punto, cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, 547.

L'assenza della *ratio* che è a fondamento della previsione del requisito formale nell'ipotesi di donazione di modico valore, rispetto alla donazione *ex art.* 782 c.c., spiega la mancata prescrizione della forma solenne per tale fattispecie⁴⁸.

Forma
nella
donazione
obnuziale

Per quanto riguarda la forma nell'ipotesi di **contratto preliminare** di donazione, il problema va risolto considerando l'opinione contraria della giurisprudenza nell'ammettere tale figura⁴⁹, mentre rimane soggetta al vincolo della forma la **donazione obnuziale**, nella cui fattispecie si prevede, in considerazione dei peculiari effetti ad essa ricollegati, la forma solenne per la sola dichiarazione del donante, seguita dalla conoscenza di tale dichiarazione da parte del beneficiario il quale deve sapere che l'efficacia della donazione è legata alla celebrazione del matrimonio⁵⁰.

Inoltre, la creazione o il trasferimento di un **titolo di credito** con spirito di donazione è sottoposta ai requisiti formali previsti *ex art.* 782 c.c., poiché viene qualificata una effettiva donazione diretta, così come la **donazione di azioni** che, oltre all'atto pubblico, richiede il procedimento formale previsto per il trasferimento di tale tipo di bene⁵¹.

Si ritiene che la prescrizione formale non trovi applicazione per le **pertinenze**, argomentando dall'art. 818 c.c., il quale prevede che «gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non è diversamente disposto».

Infatti, le pertinenze si trasferiscono unitamente alla cosa principale cui accedono senza necessità di una loro specifica menzione nell'atto e pertanto non si pone un problema di forma per le medesime, essendo il loro trasferimento un effetto legale dell'atto stesso di disposizione⁵².

Per la donazione di **quote sociali**, è necessario, ma sufficiente specificarne il loro valore economico, essendo superfluo anche l'elenco dei beni della società, in quanto si afferma che la quota sociale e non tali beni è oggetto mediato della donazione⁵³.

⁴⁸ CARNEVALI, *op. cit.*, 549; AMBANELLI, *La donazione di modico valore*, in BONILINI (diretto da), *op. cit.*, 814.

⁴⁹ La problematica è stata affrontata, fra gli altri, anche da PERCHINUNNO *Il contratto di donazione*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, cit., 172; per SACCO, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 267, la fattispecie del preliminare di donazione è valido, ma andrebbe qualificato come donazione obbligatoria.

⁵⁰ Ritenendo la natura contrattuale della donazione obnuziale, alcuni affermano la necessità comunque della forma solenne, allo stesso modo delle altre donazioni: CATAUDELLA, *Successioni e donazioni*, cit., 108, nota 16.

⁵¹ La giurisprudenza è concorde nel ritenere che le prescrizioni formali previste dall'art. 782 c.c., non siano riferite alle liberalità non donative, di cui all'art. 809 c.c.: Cass., 10 febbraio 1997, n. 1214, in *Foro it.*, 1997, I, 743; Cass., 10 aprile 1999, n. 3499, in *Fam. e dir.*, 1999, 404; Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, in *Contratti*, 2000, 653; Cass., 29 marzo 2001, n. 4623, in *Rep. Foro. it.*, 2001, voce «Donazione», n. 15.

⁵² CATAUDELLA, *Successioni e donazioni*, cit., 107; VENDITTI, *La forma del contratto*, in BONILINI (diretto da), *op. cit.*, 801; TORRENTE, *op. cit.*, 431; AVANZINI, *La forma delle donazioni*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, cit., 349;

⁵³ CATAUDELLA, *Successioni e donazioni*, cit., 108; Trib. Bari, 29 maggio 1959, in *Foro it.*, 1960, I, 160.

Con riguardo alla donazione di **universalità di mobili** o di un'**azienda**, giuridicamente considerate un'unità, l'opinione prevalente ritiene sia sufficiente l'indicazione del valore complessivo, con specificazione unicamente degli elementi più importanti che contraddistinguono l'universalità e dei dati economici relativi all'avviamento dell'azienda⁵⁴.

**Forma
nella
donazione
di azienda**

In particolare, la giurisprudenza di merito⁵⁵ ha, tuttavia, stabilito come il precetto contenuto nell'art. 782 c.c. in materia di requisiti di forma della donazione, non può considerarsi osservato nel caso di mera indicazione del complesso aziendale donato, senza ulteriori specificazioni dei beni che lo compongono, e di attribuzione allo stesso di un determinato valore «a meri fini fiscali».

Questione peculiare riguarda la donazione dei diritti successori, ovvero la donazione di eredità, *ex art. 477 c.c.* e del relativo obbligo di forma solenne previsto dall'art. 782, 1° co., c.c., che va risolta mediante l'individuazione dell'oggetto dell'atto di donazione.

Infatti, la **donazione di eredità** è, in sostanza, un trasferimento a scopo di liberalità, di un complesso di beni e di situazioni giuridiche soggettive, considerati come unità, con la conseguenza che per i beni mobili si dovrà seguire la prescrizione dei requisiti di forma solenne indicati dalle norme.

Nell'ipotesi, altresì, della **donazione mista**, inquadrata nella categoria dei contratti misti – pur non mancando opinioni contrarie che la collocano nella figura della donazione indiretta⁵⁶ – la soluzione circa il problema della forma da seguire è legata al criterio della prevalenza, considerando la forma solenne lo strumento di tutela maggiormente efficace per l'interesse del donante medesimo⁵⁷, con la conseguenza che ragionando in termini di prevalenza dell'*animus donandi*, rispetto al negozio a titolo oneroso, si applica sostanzialmente il criterio dell'assorbimento.

⁵⁴ Cass., 9 ottobre 1953, n. 3282, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce «Donazione», n. 37; TORRENTE, *op. cit.*, 433; CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, cit., 108; l'opinione non è da tutti condivisa: cfr., Trib. Genova 14 marzo 1980, in *Rep. Foro. it.*, voce «Donazione», 748, n. 8; GIANNATTASIO, *Delle donazioni*, Torino, 1964, 255.

⁵⁵ Trib. Genova, 14 marzo 1980, in *Arch. civ.*, 1981, 55.

⁵⁶ Dottrina e giurisprudenza prevalenti inquadrano la donazione mista nella categoria delle donazioni indirette, e per questo non sarebbe necessario il requisito formale previsto dall'art. 782, 1° co., c.c.: DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina*. *Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, 204; ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, «negotium mixtum cum donatione»*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 88; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1962, 270; Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, in *Notariato*, 2000, 514; Cass., 16 marzo 2004, n. 5333, in *Giust. civ.*, 2005, I, 199; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, *ivi*, I, 642; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 1; Cass., 12 giugno 2006, n. 13524, in *Riv. not.*, 2007, I, 164.

⁵⁷ CATAUDELLA, *La forma del «negotium mixtum cum donatione»*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, 101; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1972, 64; Cass., 29 maggio 1999, n. 5265, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Donazione», 957, n. 17.

Ulteriore questione riguarda il rapporto tra **contratto a favore di terzo** e liberalità donativa e l'obbligo o meno di rispettare il requisito della forma solenne.

**Contratto
a favore
di terzo e
donazione**

Sul punto è intervenuta la giurisprudenza di merito⁵⁸ che ha stabilito come nel contratto a favore di terzo, in caso di attribuzione di somme a beneficio di quest'ultimo, non si è in presenza di una diretta attribuzione in favore del terzo, bensì di una liberalità che è conseguenza solo mediata di un negozio giuridico avente causa diversa, qualificabile come donazione indiretta, la quale non è sottoposta alle norme riguardanti la forma della donazione.

⁵⁸ Trib. Napoli, 6 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2004, 1400.