

DONAZIONE DI COSA ALTRUI E DI QUOTA INDIVISA: PRIME RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE, 15 MARZO 2016, N. 5068 *

Approvato dall'Area Scientifica – Studi Civilistici il 5 aprile 2016

Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 21 aprile 2016

Lo studio in sintesi (Abstract): *Il presente Studio affronta il tema della donazione di beni altrui e quello della donazione di una quota indivisa su di un bene facente parte di una più ampia massa comune, lasciando emergere questioni vecchie e nuove.*

La scelta della trattazione di questo tema trae origine dalla recente sentenza della Corte di Cassazione, 15 marzo 2016, n. 5068, la quale, pronunciandosi nella sua più autorevole composizione a Sezioni Unite, ha enunciato il seguente principio di diritto: «La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante».

In tale principio è possibile cogliere tutta la portata della sentenza, la quale ha chiarito che il concetto legale di donazione di bene altrui non è riducibile al solo tradizionale paradigma della donazione come atto traslativo immediato della proprietà, coinvolgendo al suo interno anche la figura della donazione con effetti obbligatori. Vi sarebbero, quindi, due distinte figure, le cui sorti non sono accomunabili in quanto, mentre la prima è nulla, la seconda è valida ed efficace come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.).

Si tratta di una conclusione, questa, non condivisa nel presente studio, ma al contempo non eludibile dall'operatore pratico, proprio a causa del suo profondo radicamento nella giurisprudenza. Sicché, sotto questo aspetto, quantomeno per ragioni prudenziali, è opportuno seguire in futuro le indicazioni della Cassazione per la soluzione dei singoli casi concreti, fermo restando l'inapplicabilità dell'art. 28 della Legge notarile agli atti stipulati in precedenza, tenuto conto che la particolare opinabilità della questione esclude in radice che la nullità in questione possa ritenersi manifesta e inequivoca.

Se tutto questo è vero, è parimenti indubitabile che, con limitato riferimento al profilo di indagine in oggetto, la sentenza in commento lascia aperti molti dubbi e criticità a causa della mancata concettualizzazione dell'inciso "bene futuro"; della mancata qualificazione della natura del

diritto del comunista sul bene oggetto della comunione; dell'incertezza sulla natura e sulle modalità di adempimento dell'obbligo assunto dal donante, nonché sulla stessa trascrivibilità della donazione obbligatoria. Altri dubbi dipendono dall'assenza di 'chiare e precise' coordinate ermeneutiche nell'esame dei titoli di provenienza; altri ancora riguardano la sorte delle ipotesi di donazione di cosa altrui nota al donante ma non comunicata al donatario; di donazione di cosa erroneamente ritenuta propria; di donazione di bene che la parte donante dichiara di avere acquistato per usucapione non accertata giudizialmente; di donazione di un singolo bene della più ampia massa comune compiuta con il consenso di tutti i comproprietari. Infine, restano aperte altre questioni in tema di effetto del successivo acquisto del bene in capo al donante di cosa altrui.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La vicenda sottoposta al giudizio della Corte. 3. La donazione di cosa altrui, fra nullità ed inefficacia, nei dicta giurisprudenziali. 3.1 La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 15 marzo 2016, n. 5068 e la sua ricaduta applicativa. 3.2. Segue...la nullità della donazione di cosa altrui ad effetti traslativi immediati (cd. 'patologica'). 3.3. Segue... la validità della donazione di cosa altrui con efficacia obbligatoria (cd. 'fisiologica'). 3.4. Critica alla posizione della Suprema Corte sulla donazione di cosa altrui. 4. La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune di fonte ereditaria e non. 4.1. Critica alla posizione della Suprema Corte sulla "quotina". 5. Note a margine su alcune questioni rimaste aperte. 5.1. Segue... La mancata concettualizzazione dell'inciso "bene futuro" e la mancata qualificazione della natura del diritto del comunista sul bene oggetto della comunione. 5.2. Segue... L'incertezza sulla natura dell'obbligo assunto dal donante e sulle modalità di adempimento: i labili confini dell'art. 1478, comma 2, c.c. 5.3. Segue... La donazione di cosa altrui nota al donante ma non comunicata al donatario. 5.4. Segue... La donazione di cosa erroneamente ritenuta propria fra nullità ed annullabilità. 5.5. Segue... L'assenza di 'chiare e precise' coordinate ermeneutiche nell'esame dei titoli di provenienza. 5.6. Segue... La donazione di bene che la parte donante dichiara di avere acquistato per usucapione non accertata giudizialmente. 5.7. Segue... La 'incerta' sorte della donazione di bene altrui sospensivamente condizionata all'esito divisionale. 5.8. Segue... L'effetto del successivo acquisto del bene in capo al donante di cosa altrui. 5.9. La donazione di un singolo bene della più ampia massa comune compiuta con il consenso di tutti i comproprietari. 5.10. Segue... La pubblicità della donazione obbligatoria. 5.11. Segue... L'inapplicabilità dell'art. 28 della Legge notarile alla donazione di beni altrui agli atti stipulati in precedenza. 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il presente Studio affronta un tema quale "la donazione di beni altrui" da sempre oggetto di costante attenzione da parte degli interpreti, come di differenti elaborazioni teoriche, ognuna delle quali ispirata a diversi indici di valutazione ermeneutica.

La scelta di una sua odierna “riconcettualizzazione”, o per meglio dire di una “rimeditazione”, nasce a seguito della recente sentenza della Corte di Cassazione, 15 marzo 2016, n. 5068. Tale sentenza, pronunciandosi, nella sua più autorevole composizione a Sezioni Unite, ha affrontato da un angolo visuale ‘inedito’, dal punto di vista giurisprudenziale, il tema della donazione di una cosa altrui e quello della donazione di una quota indivisa su di un bene facente parte di una più ampia massa comune, lasciando emergere questioni vecchie e nuove.

La portata innovativa della sentenza si coglie già nel principio di diritto affermato dalla Suprema Corte: «La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell’atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell’attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante».

Con tale decisione, a quasi due anni dall’ordinanza di rimessione (n. 11545, depositata il 23 maggio 2014 ⁽¹⁾), le Sezioni Unite intervengono quindi su un argomento, quale la donazione di bene altrui, che aveva già fatto molto discutere gli interpreti ⁽²⁾, e che certamente continuerà a far discutere, avendo inaugurato un nuovo corso, che (si anticipa) lascia aperte vecchie questioni e ne fa germogliare di nuove.

2. La vicenda sottoposta al giudizio della Corte.

Prima di esaminare i principi di diritto sanciti dalla Cassazione può essere utile ripercorrere brevemente la fattispecie concreta che ha portato alla pronuncia in commento.

Con atto pubblico del 1987, un soggetto (Tizio) donava al nipote *ex fratre* (Caio) la nuda proprietà della propria quota di comproprietà, pari a 5/12, di due appartamenti facenti parte di un fabbricato sito in Reggio Calabria.

Detta quota era pervenuta a Tizio in parte *inter vivos* (per 4/12) e per il resto (1/12) per successione legittima al fratello (Mevio).

Morto Tizio, una delle eredi legittime adiva il Tribunale di Reggio Calabria affinché, tra l’altro, fosse dichiarata aperta la successione del medesimo Tizio, da devolversi secondo le norme della successione legittima, e si procedesse alla divisione ereditaria.

Una delle parti costituitesi in giudizio chiedeva, quindi, che tra i beni da dividere fosse inclusa la quota donata con l'atto del 1987, sostenendone la nullità per inesistenza dei beni donati nel patrimonio del donante.

Il Tribunale, con sentenza del 30 aprile 2004, dichiarava la nullità dell'atto di donazione.

La Corte di Appello, con sentenza del 23 novembre 2006, confermava la sentenza di primo grado, ritenendo che «dalla lettura sistematica degli artt. 769 e 771 cod. civ., doveva ritenersi la nullità dell'atto di donazione, potendo costituire oggetto di donazione solo ed esclusivamente i beni facenti parte del patrimonio del donante al momento in cui veniva compiuto l'atto di liberalità, tali non potendosi ritenere quelli di cui il donante era comproprietario *pro indiviso* di una quota ideale».

Aggiungeva, inoltre, che «non andavano di contrario avviso le decisioni sul punto prodotte dagli appellanti, in particolare la sentenza della Corte di Cassazione 5 febbraio 2001 n. 1596 e quella del Tribunale di Vallo della Lucania 14 aprile 1992 n. 187, che riguardavano fattispecie affatto diverse e comunque non si ponevano in contrasto con l'interpretazione dell'art. 771 c.c. offerta dal primo giudice e condivisa dalla corte di merito, giacché anche a volere considerare inefficace e non nulla la donazione ovvero sottoposta alla condizione che i beni di cui all'atto di liberalità rientrassero nella quota assegnata al donante in sede di divisione, la condizione non si era avverata né poteva mai più avverarsi per essere il donante deceduto prima di avere conseguito la proprietà esclusiva dei beni donati».

Proposto il ricorso per cassazione, venivano formulati alla Suprema Corte di Cassazione i seguenti quesiti di diritto:

1) se il divieto di cui all'art. 771 c.c. può essere legittimamente esteso anche ai beni di cui il donante è titolare in comunione ordinaria con i propri fratelli;

2) se l'art. 771 c.c. può essere legittimamente interpretato equiparando a tutti gli effetti la categoria dei "beni futuri" con quella dei "beni altrui".

Con ordinanza n. 11545 del 2014, la Seconda Sezione Civile, ritenuta la questione di particolare importanza, ha rimesso gli atti al Primo Presidente ai fini della assegnazione alle Sezioni Unite, enucleando la seguente questione: «Se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 cod. civ., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi ad oggetto i beni altrui, oppure sia valida ancorché inefficace, e se tale disciplina trovi applicazione, o no, nel caso di donazione di quota di proprietà *pro indiviso*».

3. La donazione di cosa altrui, fra nullità ed inefficacia, nei *dicta* giurisprudenziali.

La prima questione all'esame delle Sezioni Unite - e che costituisce l'aspetto centrale della motivazione della sentenza - riguarda la validità della donazione di cosa altrui.

La Corte richiama, anzitutto, i suoi precedenti giurisprudenziali sull'argomento, rilevando come la maggioranza di essi abbia reiteratamente sancito⁽³⁾, in via di interpretazione analogica, la nullità della donazione di cosa altrui per contrasto con il divieto di cui all'art. 771 c.c., assumendosi come tratto caratterizzante della donazione l'immediatezza dell'arricchimento altrui, e, dunque, l'appartenenza del bene nel patrimonio del donante al momento della stipula dell'atto di liberalità⁽⁴⁾.

In netto contrasto con quello che sembrava essere l'orientamento ormai consolidato, la Corte si è posta in un'unica occasione⁽⁵⁾, quando ha affermato che la donazione di cosa altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., essendo semplicemente inefficace⁽⁶⁾, in quanto, «a prescindere dall'argomento logico costituito dal fatto che, ad altri fini, il legislatore ha considerato separatamente gli effetti di atti di disposizione di beni futuri e di beni altrui (art. 1472 e 1478 ss. c.c.)», il divieto di donazione di beni futuri andrebbe riferito esclusivamente ai beni non ancora esistenti *in rerum natura*, in base alla formulazione letterale della norma contenuta nell'art. 771 c.c., e alla natura eccezionale di tale regola (limite, questo, ad una applicazione analogica della norma di cui all'art. 1348 c.c.).

In nessuna di queste sentenze, tuttavia, si è dubitato che la donazione di cosa altrui, sebbene nulla, possa fungere da titolo idoneo ai fini della usucapione abbreviata, dovendo la idoneità del titolo essere intesa come idoneità in astratto a fare acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, e non come idoneità in concreto⁽⁷⁾ «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⁽⁸⁾».

Sicché, come evidenziato anche dalla stessa Corte di Cassazione, in occasione della remissione alla Sezioni Unite, la diversa impostazione ermeneutica non riguarda la idoneità del titolo a valere ai fini della usucapione abbreviata, bensì investe la validità o invalidità del titolo stesso⁽⁹⁾.

3.1. La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 15 marzo 2016, n. 5068 e la sua ricaduta applicativa.

Nel tentativo di comporre la rigidità dell'evocato contrasto giurisprudenziale, e, quindi, di recuperare, per esigenza di uniformità di trattamento, una regola unitaria applicabile a tutti i casi di donazione di beni altrui, la Corte di Cassazione, senza prendere posizione riguardo al perimetro applicativo dell'art. 771 c.c., ha statuito che «alla questione debba essere data risposta nel senso che la donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 cod. civ. per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione» ⁽¹⁰⁾, salvo che essa non sia stata conclusa «come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 cod. civ.)».

In tal modo, secondo la Corte di Cassazione bisogna distinguere due fattispecie:

- una per così dire “patologica”, rappresentata dalla donazione di cosa altrui ad effetti traslativi immediati;
- un'altra per così dire “fisiologica”, costituita dalla donazione di cosa altrui con efficacia obbligatoria ⁽¹¹⁾.

3.2. Segue...la nullità della donazione di cosa altrui ad effetti traslativi immediati (cd. 'patologica').

Soffermandoci su ognuna di esse, e procedendo con ordine, bisogna rilevare che la donazione di cosa altrui dovrebbe essere per così dire “patologica” quando:

- le parti non siano consapevoli dell'altruità del bene;
- il donante ritenga “per errore” che il bene sia proprio ⁽¹²⁾;
- il donante sia in mala fede, perché consapevole dell'altruità del bene, ma non l'ha comunicata al donatario, facendogli intendere di esserne il pieno proprietario ⁽¹³⁾;
- le parti, nella comune e piena consapevolezza dell'altruità del bene, concludano un atto di liberalità, senza che l'alienità risulti dal titolo del bene e senza che il donante si assuma espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene al donatario.

Infatti, in tutti questi casi, espressamente richiamati dalla sentenza, secondo la Suprema Corte a Sezioni Unite la donazione è nulla per difetto di causa, in quanto l'appartenenza del bene al donante costituisce un elemento essenziale del contratto di donazione, in base al tenore letterale dell'articolo 769 c.c., il quale prevede che la donazione è il contratto con cui il donante dispone di “un suo diritto” per spirito di liberalità.

In altri termini, ed in buona sostanza, in queste ipotesi, stando alla Cassazione, «prima ancora che per la possibile riconducibilità del bene altrui nella categoria dei beni futuri, di cui all'art. 771, primo comma, cod. civ., la altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto (incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio)».

La nullità della donazione di cosa altrui trova quindi il suo fondamento non già (o non tanto) nell'art. 771 c.c. quanto piuttosto nell'impossibilità di realizzazione della causa del contratto di donazione⁽¹⁴⁾.

La Corte critica, sotto questo aspetto, la posizione in precedenza assunta in un suo isolato precedente⁽¹⁵⁾, nel quale si faceva riferimento all'assenza di un espresso divieto di legge, ritenendo che invece la nullità vada collegata «alla struttura e funzione del contratto di donazione». Sicché, la donazione di cosa altrui – conclude la sentenza – è da ritenersi nulla per difetto di causa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 769, 1418, comma 2, e 1325 c.c. (quale causa di nullità “autonoma e indipendente” rispetto a quella di cui all'art. 771 c.c.).

3.3. Segue... la validità della donazione di cosa altrui con efficacia obbligatoria (cd. 'fisiologica').

La seconda fattispecie di donazione di cosa altrui da considerare è quella cd. “fisiologica”, la quale ricorre quando le parti siano consapevoli dell'altruità del bene, e, quindi, il bene viene donato come tale, e non come cosa propria del donante, con l'obbligo espresso da parte di quest'ultimo di procurare l'acquisto del diritto in capo al beneficiario della liberalità.

A tale riguardo, le Sezioni Unite, ponendosi in linea con quanto già sostenuto da parte della dottrina⁽¹⁶⁾, ritengono che la donazione di cosa altrui è valida purché il donante assuma espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario. Si tratta, quindi, di una donazione obbligatoria riconducibile nell'ambito dell'art. 769 c.c., laddove la regola in esso contenuta prevede che il donante possa, per spirito di liberalità, assumere una obbligazione.

Segnatamente, secondo la Corte: «La donazione di bene altrui vale, pertanto, come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 cod. civ.)». Mentre, in mancanza di una formale assunzione dell'obbligo da parte del donante la donazione sarebbe nulla per

impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale. Ciò perché «avendo l'*animus donandi* rilievo causale, esso deve essere precisamente delineato nell'atto pubblico; in difetto, la causa della donazione sarebbe frustrata non già dall'altruità del diritto in sé, quanto dal fatto che il donante non assuma l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene dal terzo»⁽¹⁷⁾.

Ne discende, quindi, che secondo la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, la donazione di cosa altrui è valida in presenza di due presupposti:

1. la conoscenza da parte del donante dell'altruità della cosa (per meglio dire, la conoscenza da parte di entrambe le parti considerando il secondo presupposto di cui appresso);

2. la consapevolezza della altruità della cosa risultante da una espressa affermazione nell'atto pubblico, con formale assunzione dell'obbligazione del donante di procurare l'acquisto al donatario.

In tal modo, esce confermata l'autorevole linea di pensiero che, in passato, aveva già evidenziato la necessità, ai fini della validità del contratto, che «la volontà del donante sia precisamente diretta all'assunzione di tale obbligazione (non si tratta della semplice consapevolezza dell'altruità della cosa)»⁽¹⁸⁾.

3.4. Critica alla posizione della Suprema Corte sulla donazione di cosa altrui.

Le conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte non possono essere condivise alla stregua dei principi generali che, nel sistema positivo, regolano gli atti di disposizione, onde deve ribadirsi quanto a suo tempo già sostenuto da questa Commissione al riguardo⁽¹⁹⁾.

A tale proposito non può sfuggire che in linea di principio nel sistema positivo la mancanza della legittimazione a disporre non è mai causa di invalidità dell'atto di disposizione.

Siffatta mancanza, infatti, dà luogo alla mera inefficacia dell'atto quanto all'effetto traslativo.

Tale regola pacifica si può agevolmente ricavare in primo luogo dall'art. 1372, secondo comma, c.c., che pone il principio generale dell'intangibilità delle sfere giuridico-patrimoniali.

La citata norma, infatti, laddove dispone che il contratto "non produce effetto rispetto ai terzi" che nei casi previsti dalla legge, chiaramente presuppone che la mancanza della titolarità del diritto incide solo sull'attitudine dell'atto a produrre effetti rispetto al terzo titolare e non sulla validità dello stesso.

A *contrario* si può dedurre che ciò non esclude una qualche efficacia ad altro titolo dell'atto tra i contraenti.

Dunque non si tratta tanto di affermare l'efficacia o l'inefficacia dell'atto, quanto di stabilire i soggetti rispetto ai quali gli effetti dell'atto si producono.

In conseguenza, laddove l'atto non può produrre l'effetto traslativo, in quanto stipulato senza la partecipazione del titolare del bene di cui si è disposto, la mancata partecipazione al contratto di cui costui può essere surrogata dall'instaurarsi di un rapporto obbligatorio tra i contraenti.

L'instaurarsi di tale rapporto, infatti, ha lo scopo di consentire al contratto di svolgere la propria funzione, senza tuttavia ledere la sfera giuridico-patrimoniale del terzo proprietario del bene alienato.

Ancor più eloquenti al riguardo sono gli artt. 1478 e 1479 c.c., che nel disciplinare la vendita di cosa altrui, presuppongono la validità della medesima, sancendone l'efficacia meramente obbligatoria.

Si tratta peraltro di una precisa scelta sistematica del legislatore del '42, poiché nell'art. 1459 del codice del 1865 la vendita di cosa altrui era qualificata come nulla.

Si intese in tal modo risolvere il conflitto che si era creato con l'art. 59 del codice di commercio, che al contrario sanciva la validità della vendita commerciale della cosa altrui e l'obbligo del venditore di farne acquistare la proprietà al compratore.

Tale innovazione legislativa si inquadra a ben vedere nell'adozione di un concetto evoluto e dinamico dello scambio economico, diretto a favorire il più possibile la movimentazione della ricchezza; donde la preferenza del legislatore del '42 per la soluzione già adottata dal codice di commercio, tipicamente votato allo sviluppo dei traffici commerciali ⁽²⁰⁾.

In secondo luogo, il principio dell'inefficacia si desume dall'art. 1398 c.c. in materia di *falsus procurator*, così come esso è correntemente interpretato ⁽²¹⁾.

Il negozio posto in essere dal rappresentante volontario sprovvisto dei necessari poteri rappresentativi è, infatti, considerato un negozio munito di tutti i requisiti di validità prescritti dalla legge e tuttavia inefficace, proprio a causa della sua inettitudine a incidere sulla sfera giuridica del rappresentato, in assenza della sua volontà, alla stessa stregua di quanto disposto dall'art. 1478 c.c.

La differenza tra le due fattispecie della vendita di cosa altrui e del negozio del *falsus procurator* risiede invero, dal punto di vista morfologico, nella circostanza che il disponente, in entrambi i casi privo della legittimazione a disporre, abbia speso il proprio o l'altrui nome.

Ciò implica altresì anche una differenziazione delle due fattispecie dal punto di vista effettuale, in quanto nel primo caso (vendita di cosa altrui) il negozio produce comunque effetti, anche se meramente obbligatori, ed è idoneo a produrre l'effetto reale con il concorso della volontà del proprietario della cosa (cfr. art. 1478, secondo comma, c.c.).

Nel secondo caso (negozio del *falsus procurator*) l'atto non produce alcun effetto, salva la possibilità di ratifica da parte del rappresentato ex art. 1399 c.c. o il risarcimento dei danni a carico del procuratore ex art. 1398 c.c.

La spiegazione sistematica di tale assetto normativo risiede nella circostanza che, ai fini del rispetto del principio dell'intangibilità delle sfere giuridico-patrimoniali di cui all'art. 1372 c.c., la sanzione di nullità è incongrua quando manchi la legittimazione a disporre.

Ed invero il negozio nullo può essere sanato, anche in relazione alla produzione dell'effetto traslativo, sia pure in casi eccezionali, come avviene in materia di atti aventi ad oggetto immobili nella fattispecie della c.d. "trascrizione sanante" (art. 2652 n. 6 c.c.).

D'altro canto la sanatoria è tipicamente diretta a consentire al contratto sanato di produrre gli effetti traslativi che esso era originariamente destinato a produrre, ad onta della causa di nullità.

Ma, laddove manchi la legittimazione a disporre, siffatta sanatoria, se riferita all'effetto traslativo, andrebbe a ledere la sfera giuridica del terzo proprietario del bene, che subirebbe indebitamente una sorta di espropriazione del proprio diritto.

Invece la sanzione dell'inefficacia, apparentemente più blanda di quella della nullità, è in realtà più rigorosa, quanto alla tutela del terzo titolare del bene di cui si è disposto, poiché l'inefficacia medesima non è mai suscettibile di "sanatoria", se non a seguito del consenso dell'avente diritto.

Di fronte a tale fenomeno, dunque, ed in mancanza di siffatto consenso, il sistema esclude sempre l'incidenza nella sfera giuridica del titolare del bene, salvo l'autonomo verificarsi di una causa di acquisto a titolo originario ⁽²²⁾.

Per altro verso l'impossibilità di affermare la nullità della donazione dispositiva di bene altrui deriva anche dall'analisi delle specifiche disposizioni in materia di donazione.

Basti al riguardo citare le ipotesi in cui alla donazione si applichi la garanzia per evizione ex art. 797 c.c.

In tali ipotesi, infatti, il donante per definizione rimane obbligato ad assicurare alla parte donataria il conseguimento dell'effetto traslativo della proprietà del bene donato o perché egli ha assunto un preciso obbligo al riguardo (art. 797 n. 1 c.c.) o perché, pur non sussistendo un vero e proprio rapporto sinallagmatico, il donatario ha a sua volta assunto obblighi verso il donante a fronte dell'attribuzione in suo favore (art. 797 n. 3 c.c.) ovvero perché l'evizione dipenda dal dolo o dal fatto personale del donante stesso (art. 797 n. 2 c.c.).

Ma in ogni caso l'operatività della garanzia per evizione presuppone la validità del negozio che abbia ad oggetto il bene altrui, salva la possibilità di applicare la disciplina dell'errore ove ne ricorrano i presupposti.

Ma se ciò è vero, non può sfuggire che in tali ipotesi ci troveremmo di fronte ad una particolare fattispecie di donazione obbligatoria, comunque valida.

Non convince, invero, l'affermazione della dottrina, cui la Suprema Corte ha fatto riferimento nella sentenza in commento, secondo cui "In questi casi la donazione è pur sempre nulla come atto di disposizione, ma è valida come contratto obbligatorio, al solo effetto dell'accollo al donante della garanzia per evizione" ⁽²³⁾.

La nullità, infatti, non può che colpire il negozio *tout court*, non essendo possibile nel sistema positivo ipotizzare che essa colpisca il negozio solo a certi effetti, in omaggio al principio *quod nullum est nullum producit effectum*.

4. La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune di fonte ereditaria e non.

Dopo aver affrontato nei termini sopra prospettati il tema della donazione di cosa altrui in generale, la sentenza in commento passa a considerare il caso, oggetto di controversia, in cui la donazione aveva ad oggetto una quota su un bene facente parte di una più ampia massa comune ereditaria ⁽²⁴⁾.

Com'è noto, è da tempo discusso ⁽²⁵⁾ se sia ammissibile un atto di disposizione della cd. "quotina ⁽²⁶⁾", ossia della quota su un singolo bene del patrimonio comune di fonte successoria, in quanto è controverso se il coerede possa ritenersi titolare solo della quota ereditaria nel suo complesso ovvero di una quota su ciascun bene ereditario.

La Cassazione, con una motivazione per taluni aspetti apodittica, e per altri piuttosto stringata nonostante la complessità del tema, aderisce alla tesi più rigorosa, escludendo che la quota sul singolo bene possa ritenersi compresa nel patrimonio del coerede (prima della divisione) ⁽²⁷⁾.

A sostegno si richiama l'art. 757 c.c., secondo il quale "Ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari".

Tale norma, ad avviso della S.C., «impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria, ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata ad essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio».

La quota sul singolo bene, dunque, considerando la possibilità che non entri “mai” a far parte del patrimonio del coerede, è equiparabile al bene altrui. Né per la Corte avrebbe rilevanza la circostanza che l'altruità nel caso in esame non sia certa, bensì eventuale. «Non è, infatti, dato comprendere quale effettiva differenza corra tra i “beni altrui” e quelli “eventualmente altrui”, trattandosi, nell'uno e nell'altro caso, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento» (28).

Una volta qualificata la quota in esame come bene altrui, è possibile per la Corte estendere alla donazione di quota sul singolo bene della massa comune le “medesime conclusioni” prima raggiunte con riguardo alla donazione di cosa altrui.

Tale donazione è anch'essa ritenuta nulla per difetto di causa, laddove la quota fosse donata come propria. Nella massima della sentenza in commento si legge infatti che «la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante».

Sebbene non sia esplicitamente affermato, la riferita ipotesi di ragionamento raggiunta con riguardo alla donazione di cosa interamente altrui dovrebbe valere, per ragioni di simmetria, anche con riferimento alla donazione della quota sul singolo bene: entrambe saranno quindi valide soltanto qualora concluse in termini di donazione obbligatoria, con espressa assunzione in atto da parte del donante dell'obbligo di procurare l'acquisto.

Del pari la sentenza in commento sembra, a prima vista, limitare la validità di tali conclusioni al solo caso della comunione ereditaria e lascerebbe, dunque, supporre che esse non siano applicabili al caso della donazione della quota su un singolo bene di una più ampia massa comune di natura non ereditaria.

Tuttavia non può farsi a meno di notare che:

la tesi della Suprema Corte si basa in buona sostanza sul disposto del citato art. 757 c.c. dettato in sede di disciplina della divisione ereditaria;

l'art. 1116 c.c., in materia di comunione ordinaria, dispone che “Alla divisione delle cose comuni si applicano le norme sulla divisione dell'eredità, in quanto non siano in contrasto con quelle sopra stabilite”.

Sulla base del combinato disposto di tali disposizioni, la Suprema Corte ha in altra occasione affermato che “l'effetto dichiarativo-retroattivo della divisione ... poggia in via esclusiva sull'art. 757 cod. civ. ... che l'art. 1116 cod. civ. estende al rapporto fra comproprietari che non sono coeredi” (29).

Ne consegue che, alla stregua di tali considerazioni, la decisione delle Sezioni Unite qui commentata potrebbe, a ben vedere, essere ritenuta applicabile anche alle comunioni non ereditarie ad oggetto plurimo costitutesi in forza del medesimo titolo.

Piuttosto va sottolineato che l'atto di donazione sottoposto all'esame della Suprema Corte aveva ad oggetto una quota di comproprietà, pari a 5/12, di due appartamenti facenti parte di un fabbricato sito in Reggio Calabria, pervenuta al donante in parte *inter vivos* (per 4/12) e per il resto (1/12) per successione legittima al fratello. Non consta, peraltro, che la quota pervenuta per atto fra vivi fosse ascrivibile ad una comunione avente ad oggetto anche altri beni non compresi nella donazione.

A tale riguardo appare, dunque, singolare che le Sezioni Unite non abbiano tenuto conto di tale circostanza, pur essendo essa stata puntualmente eccepita dal ricorrente.

A sostegno di siffatta conclusione la Suprema Corte adduce la considerazione che “deve ritenersi che non sia possibile operare la prospettata distinzione tra la donazione dei quattro dodicesimi riferibili al donante e del restante dodicesimo, comportando l'esistenza di tale quota la attrazione dei beni menzionati nella disciplina della comunione ereditaria. Ne consegue che la nullità dell'atto di donazione per la parte relativa alla quota ereditaria comporta la nullità dell'intero atto, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., non risultando che nei precedenti gradi di giudizio sia emersa la volontà del donatario di affermare la validità della donazione per la quota spettante al donante. D'altra parte, non può non rilevarsi che l'inclusione, anche se solo in parte, degli immobili oggetto di donazione nella comunione ereditaria comportava la astratta possibilità della loro assegnazione, in sede di divisione, a soggetto diverso dal donante; con ciò dimostrandosi ulteriormente la sostanziale inscindibilità della volontà negoziale manifestatasi con l'atto di donazione dichiarato nullo dal Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza confermata dalla Corte d'appello”.

Tuttavia non v'è chi non veda come, se la supposta nullità è ascrivibile all'effetto retroattivo della divisione di cui all'art. 757 c.c., tale effetto non può che coinvolgere i soli cespiti inclusi nella comunione avente ad oggetto anche altri cespiti non inclusi nella donazione, che nel caso di specie

era costituita dalla sola comunione ereditaria. Solo tali cespiti, infatti, sono dedotti nella successiva divisione di una massa ad oggetto plurimo e del conseguente effetto retroattivo, in forza del quale il bene in questione potrebbe essere assegnato, per la quota inclusa in tale massa, ad altro convivente.

Ma anche in questo caso tale assegnazione e tale effetto retroattivo non potrebbero coinvolgere la quota del bene in questione che nella specie era pervenuta per atto fra vivi e, come tale, non era inclusa nella divisione ereditaria.

E' ben vero che, in forza dell'art. 1419 c.c., la nullità parziale della donazione, relativa alla sola quota di provenienza ereditaria, può comportare la nullità dell'intero contratto. Ma tale conseguenza costituisce un principio di carattere eccezionale, applicabile solo "se risulta che i contraenti non ... avrebbero concluso" il contratto "senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità".

La Suprema Corte, invece, opera una singolare inversione di tale principio, fondando la propria conclusione sulla mera circostanza che non risulta "che nei precedenti gradi di giudizio sia emersa la volontà del donatario di affermare la validità della donazione per la quota spettante al donante".

Tale affermazione è tanto più opinabile se si considera la particolare natura del contratto ricorrente nel caso di specie. Trattandosi di donazione e non di un contratto oneroso, è, infatti, presumibile, in base all'*id quod plerumque accidit*, che il donante avrebbe comunque dato corso al suo spirito liberale con riferimento alla sola quota a lui pervenuta per atto fra vivi se avesse saputo che non poteva disporre di quella pervenuta per successione. Di regola, invero, chi intende beneficiare un proprio congiunto è mosso dall'intento di procurare a costui il massimo vantaggio possibile e non dalla logica del "tutto o niente".

4.1. Critica alla posizione della Suprema Corte sulla "quotina".

Ciò posto, deve sottolinearsi che, alla base del menzionato orientamento giurisprudenziale, vi è la considerazione che, poiché a seguito della divisione ciascun partecipante «è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione (...) e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni», ne conseguirebbe che, nel momento in cui egli aveva disposto del bene che non gli sarebbe stato poi attribuito in sede di divisione, egli aveva praticamente disposto della cosa altrui.

A tale riguardo deve, anche in questo caso, ribadirsi quanto a suo tempo già sostenuto da questa Commissione ⁽³⁰⁾.

Si tratta, invero, di un modo di ragionare non condivisibile sia sul piano logico che su quello normativo. Sul piano logico perché si finisce per valutare una fattispecie attuale (l'atto di disposizione della quota) alla stregua di un evento futuro e dall'esito incerto (la divisione); sul piano normativo perché l'art. 1103 c.c., non ha ripetuto il disposto dell'art. 679 c.c. 1865⁽³¹⁾ ed ha pertanto ammesso in via generale l'immediata efficacia traslativa dell'atto di disposizione della quota indivisa, senza peraltro porre alcuna deroga quanto alla cessione della quota su un singolo bene fra quelli comuni.

L'art. 757 c.c., la cui interpretazione è peraltro controversa, non va, dunque, sopravvalutato, in quanto la circostanza che a seguito della divisione ciascun partecipante è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota, non toglie che, fintantoché la divisione non venga effettuata il cessionario della quota diviene comproprietario del bene in vece del suo dante causa.

Del resto se il citato art. 757 c.c. dovesse essere inteso nel senso qui criticato dovrebbe negarsi l'efficacia reale dell'atto di disposizione anche qualora questo abbia ad oggetto la quota su tutti i beni comuni ovvero la quota della comunione gravante su un unico bene. Ed invero in tale ultima ipotesi, qualora uno dei comproprietari ceda la sua quota sull'unico bene comune ad un terzo, non può dubitarsi che il cessionario potrebbe non ottenere in sede di divisione alcun diritto su porzione materiale del bene comune.

È, infatti, possibile che, trattandosi di bene indivisibile, il cessionario riceva soltanto una somma in danaro e che l'intero bene comune sia assegnato ad altro partecipante o venduto all'incanto (art. 720 c.c.).

Ma certamente ciò non autorizza a ritenere che l'atto di disposizione della quota non abbia efficacia reale immediata.

In realtà, la possibilità che in sede di divisione il cessionario della quota non riceva alcuna porzione del bene comune è il rischio che corre in quanto tale ogni partecipante alla comunione, sia esso tale *ab origine* ovvero lo divenga a seguito di un atto di disposizione *ex art. 1103 c.c.*

Inoltre l'applicazione della teoria in esame, in materia di comunione ereditaria, conduce a risultati pratici inaccettabili.

Ed invero ogni qual volta si pone in essere un atto di disposizione avente ad oggetto quote di comproprietà su beni ereditari, l'efficacia (reale ovvero obbligatoria) del negozio - e nel caso della donazione, in base alla sentenza in commento, *addirittura la validità dello stesso* - sarebbe incerta; infatti, in mancanza di un'espressa volontà delle parti diretta a considerare oggetto di cessione la

quota dell'eredità nel suo complesso, non è dato sapere con certezza se i beni considerati rappresentino la totalità dei cespiti ereditari o, comunque, una parte di rilevanza tale da rappresentare nell'intento delle parti la quota ereditaria, atteso che, considerata la mancanza di un sistema di pubblicità relativamente ai beni mobili, non è possibile sapere con certezza se nell'asse ereditario erano compresi beni mobili, magari di grande valore, che non sono stati oggetto di disposizione.

Alla stregua delle esposte considerazioni, riprendendo quanto già osservato in precedenza⁽³²⁾, pare preferibile ritenere che l'atto di cessione della quota indivisa di un singolo bene facente parte della massa comune, sia esso a titolo oneroso o, come nella specie, gratuito, abbia immediato effetto traslativo; il cessionario diviene pertanto comproprietario del bene medesimo e può in quanto tale esercitare le facoltà di uso e di amministrazione di cui agli artt. 1100 e segg c.c. ancorché naturalmente con riferimento al solo bene oggetto di disposizione e non anche agli altri beni comuni.

5. Note a margine su alcune questioni rimaste aperte.

A questo punto, una volta ricostruito l'impianto della pronuncia in commento, nei punti maggiormente salienti, non resta che passare in rassegna alcuni dubbi intervenuti a margine della sua lettura, e che lasciano tuttora irrisolte alcune questioni.

5.1. Segue... La mancata concettualizzazione dell'inciso "bene futuro" e la mancata qualificazione della natura del diritto del comunista sul bene oggetto della comunione.

Innanzitutto, la sentenza non prende posizione sul perimetro applicativo dell'art. 771 c.c., né sul concetto di futurità e di altruità del bene⁽³³⁾, omettendo di considerare l'esistenza di «indici significativi di una valutazione differenziata delle problematiche connesse alle due figure da parte del legislatore⁽³⁴⁾». Senza contare che «riconoscere un rapporto di continenza tra futurità e alienità, tale per cui quest'ultima è contenuta nella prima, disconosce l'autonomia concettuale dei due attributi, tant'è che la cosa appartenente al patrimonio di un terzo può essere ulteriormente concepita come *attuale* o come *futura*»⁽³⁵⁾. Con la conseguenza che, ragionare diversamente, aderendo cioè ad una piana «riconduzione della *res* altrui al concetto di bene futuro», rischia di rivelarsi «errata sia sotto il profilo logico, ben potendo tale *res* essere sia presente che futura, sia sotto il profilo giuridico, essendo per ciascuna delle due categorie di beni predisposta una particolare disciplina»⁽³⁶⁾.

Ancora, la sentenza in esame non si sofferma neppure sulla natura del diritto del comunista sul bene oggetto della comunione ereditaria, assumendo, alla stregua di un «postulato⁽³⁷⁾», dando per acquisito ciò che invece andrebbe dimostrato, che il comunista è titolare di una quota di comproprietà sull'intero compendio, e non già di un diritto parziario su ogni singolo bene⁽³⁸⁾, con la conseguenza di negare la piena ed immediata efficacia traslativa di un atto di liberalità dispositivo della c.d. "quotina", ammettendosi, all'opposto, una sua efficacia esclusivamente obbligatoria.

La pronuncia in commento presta quindi il fianco, sotto questo aspetto, alla critica di una eccessiva sinteticità con riferimento al problema della donazione di quota sul singolo bene ereditario, non considerando (né criticando) gli orientamenti contrari alla tesi prospettata. La stessa, inoltre, risulta anche piuttosto anodina laddove discorre indifferentemente ora di coerede che dona la sua "quota" su uno di più beni comuni, ora, subito dopo, di coerede che dona "uno dei beni compresi nella comunione". Altro è donare la quota sul singolo bene; altro è donare un intero bene comune.

5.2. *Segue...* l'incertezza sulla natura dell'obbligo assunto dal donante e sulle modalità di adempimento: i labili confini dell'art. 1478, comma 2, c.c.

Ancora, la sentenza in epigrafe ammette, alle condizioni sopra indicate, la validità della donazione di cosa altrui se costruita in termini di donazione obbligatoria. Ma non si spinge oltre, probabilmente perché non era la fattispecie che ricorreva nel caso di specie. Resta così palesemente lacunosa, e non chiarita all'operatore giuridico, la natura dell'obbligo assunto dal donante né le modalità con cui esso può essere adempiuto⁽³⁹⁾, limitandosi la sentenza a far riferimento ad un obbligo "di procurare l'acquisto dal terzo al donatario", nel momento in cui discorre di "donazione obbligatoria di dare".

Per un verso, si potrebbe sostenere che l'obbligazione di dare implichi necessariamente, quale modalità di adempimento, un doppio trasferimento (dal terzo al donante e da questi al donatario), e, quindi, che il donante deve prima procurarsi il bene, facendolo entrare nel proprio patrimonio, per poi poterne disporre con una donazione ad efficacia traslativa immediata⁽⁴⁰⁾.

In alternativa, si potrebbe anche valutare se al contratto di donazione possa applicarsi la regola contenuta nell'art. 1478, comma 2, c.c., secondo la quale l'acquirente diventa proprietario nel momento in cui l'alienante acquista la proprietà dal terzo⁽⁴¹⁾. Sennonché, la dottrina sembra divisa sul punto in due sostanziali orientamenti. Quello allo stato prevalente sembra esprimersi in senso contrario⁽⁴²⁾. Tale conclusione, tuttavia, si ricollega alla ritenuta nullità della donazione di cosa

altrui, anche quale donazione obbligatoria ⁽⁴³⁾. Sicché, non può escludersi che, accolta la tesi della S.C. favorevole alla donazione obbligatoria di un bene altrui, possa affermarsi un diverso orientamento che estenda alla fattispecie in esame il meccanismo acquisitivo di cui all'art. 1478, 2° comma, c.c. ⁽⁴⁴⁾.

Un'ultima strada potrebbe essere infine quella di valutare se l'obbligo di procurare l'acquisto al donatario possa essere ricostruito in termini di obbligazione di *facere*, e quindi possa ritenersi adempiuto anche nel caso in cui «il donante della cosa altrui procuri al donatario l'acquisto del bene direttamente dal terzo proprietario» ⁽⁴⁵⁾.

Anche sotto questo profilo non vi è però concordia di opinioni fra gli interpreti ⁽⁴⁶⁾.

Taluna dottrina si è espressa in termini negativi, ritenendo che ciò non sarebbe possibile in quanto l'adempimento di un simile obbligo non sarebbe in grado di «produrre, in senso giuridico, l'impovertimento del patrimonio di chi si obbliga, né l'arricchimento del beneficiario» ⁽⁴⁷⁾.

Ma, anche volendo aderire alle premesse teoriche di tale impostazione, non può escludersi innanzitutto che nella donazione obbligatoria di cosa altrui la particolare natura della causa di liberalità imponga al donante di acquistare direttamente dal terzo proprietario il bene donato, senza poterne altrimenti procurare l'acquisto al donatario, come avviene nella vendita.

In tal caso, infatti, la prestazione del donante potrebbe pur sempre essere qualificata come di dare, nel senso che il donante della cosa altrui si procurerà la proprietà del bene allo stesso modo in cui il donante della donazione obbligatoria in senso classico si procura il denaro, oggetto dell'obbligazione assunta a titolo di donazione, che non sia nel suo patrimonio al momento della stipulazione dell'atto di liberalità

In tale ipotesi «a ben vedere la causa di liberalità sussiste pienamente (...) anche laddove il donante della cosa altrui procuri al donatario l'acquisto del bene direttamente dal terzo proprietario. In tale ipotesi infatti il donante dovrà normalmente pur sempre procedere al pagamento a favore del terzo proprietario del prezzo di siffatto acquisto, subendo un conseguente impoverimento, cui fa riscontro l'arricchimento del donatario a favore del quale l'acquisto del bene del terzo opera. L'unica particolarità di tale fattispecie risiede nel fatto che l'oggetto dell'impovertimento del donante non coincide con quello dell'arricchimento del donatario» ⁽⁴⁸⁾.

5.3. Segue... La donazione di cosa altrui nota al donante ma non comunicata al donatario.

A seguito della pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione ci sarebbe da chiedersi se lo stato soggettivo del donante possa sottrarre in qualche modo la donazione di bene altrui dalla scure della supposta nullità.

Il problema si pone, ad esempio, nel caso in cui il donante sia in mala fede, perché consapevole dell'altruità del bene, ma non abbia comunicato tale circostanza al donatario, facendogli intendere di esserne il pieno proprietario.

In tal caso, in base al ragionamento evincibile dal testo della sentenza della Corte di Cassazione ⁽⁴⁹⁾ la via sembra tracciata: anche tale donazione dovrebbe essere dichiarata nulla per difetto di causa, senza possibilità di valutare altri percorsi ermeneutici ⁽⁵⁰⁾.

5.4. *Segue...* La donazione di cosa erroneamente ritenuta propria fra nullità ed annullabilità.

Ancora, sempre con riferimento agli stati soggettivi del donante, la sentenza in commento porta a chiedersi quale sia la sorte della donazione di cosa erroneamente ritenuta propria.

Anche qui, però, la strada sembra dettata, se si tiene conto dell'inciso nel quale la sentenza afferma che «La sanzione di nullità si applica normalmente alla donazione di beni che il donante ritenga, per errore, propri, perché la mancata conoscenza dell'altruità determina l'impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale, e, quindi, la carenza della causa donativa» ⁽⁵¹⁾.

Se così fosse, andrebbe allora forse revocato in dubbio l'orientamento di taluni che, diversamente da altri ⁽⁵²⁾, avevano fin qui scomposto la fattispecie in questione in «due differenti ipotesi: la donazione in cui il dante causa dona il bene come proprio ignorando l'appartenenza del bene al patrimonio di un terzo; la donazione in cui il donante è consapevole dell'altruità del bene» ⁽⁵³⁾, ritenendo che, nel primo caso, e cioè in quello in cui il donante doni cosa altrui erroneamente reputata propria, «la donazione è impugnabile per errore secondo i principi generali» ⁽⁵⁴⁾, «quindi annullabile, per errore, su istanza dello stesso alienante ⁽⁵⁵⁾ ».

Invece, stando alla sentenza, come sopra detto, si sarebbe in presenza di una causa di nullità anche nel caso in cui il donante ignori, per errore, l'altruità del bene. E questo nonostante il fatto che, in tale ipotesi, «non ricorre, invero, la *ratio* dell'art. 771 c.c., che risiede come si è detto nell'intento di reprimere la prodigalità del donante. Costui, infatti, non può essere più facilmente indotto a dilapidare il proprio patrimonio laddove egli ritenga, sia pure erroneamente, che il bene donato gli appartenga. In tal caso l'atteggiamento psicologico del donante in nulla differisce da quello che ricorre in una normale donazione di bene proprio» ⁽⁵⁶⁾. Nonostante ciò, la Cassazione, con

riferimento alla sanzione applicabile, ha ritenuto di accomunare tale donazione a quella in cui il donante conosca l'altruità della cosa.

5.5. *Segue...* L'assenza di 'chiare e precise' coordinate ermeneutiche nell'esame dei titoli di provenienza.

Un ulteriore e diverso aspetto problematico riguarda, poi, l'esame dei titoli di provenienza.

Bisogna, infatti, distinguere gli atti di liberalità di beni altrui validi da quelli nulli ⁽⁵⁷⁾.

Leggendo la sentenza in commento, pare evidente che sarebbero necessari, affinché possa predicarsi la validità dell'atto di donazione di bene altrui, la consapevolezza delle parti circa l'alienità della cosa e, soprattutto, la formale assunzione da parte del donante dell'obbligo di procurare l'acquisto al donatario (configurandosi come donazione obbligatoria). Quindi, come pure già sostenuto in passato dalla dottrina tradizionale, «l'obbligazione di procurare all'altra parte un diritto che al momento del contratto appartiene ad un terzo può sì ricollegarsi a una donazione, ma solo in quanto la volontà del donante sia precisamente diretta all'assunzione di tale obbligazione (non si tratta quindi della semplice consapevolezza dell'alienità della cosa) ⁽⁵⁸⁾ ».

Tuttavia, se è chiaro che per aversi donazione obbligatoria è necessaria «un'inequivoca manifestazione di volontà del donante avente ad oggetto l'assunzione di una obbligazione di dare ⁽⁵⁹⁾ », non è altrettanto evidente in che modo tale manifestazione di volontà debba atteggiarsi a livello pratico. Nel senso che potrebbe tuttavia discutersi se la "conoscenza della altruità" richieda una espressa presa d'atto del donante ovvero (come sembra) possa evincersi dal contesto dell'atto e, soprattutto, se l'assunzione dell'obbligazione in capo al donante richieda un'apposita clausola negoziale (come sembrerebbe dal testo della sentenza) ovvero tale manifestazione di volontà possa evincersi, per via ermeneutica, dall'insieme dell'atto e dalla sua premessa ⁽⁶⁰⁾.

Anche tale problema avrebbe meritato un maggiore approfondimento della Suprema Corte.

5.6. *Segue...* La donazione di bene che la parte donante dichiara di avere acquistato per usucapione non accertata giudizialmente.

Un altro aspetto problematico riguarda la ipotesi, diffusa nella prassi ⁽⁶¹⁾, di donazione rogata dal notaio sulla scorta della dichiarazione del donante di avere usucapito il bene ⁽⁶²⁾, quando risulti, in un momento successivo alla stipula dell'atto, che l'usucapione non è in realtà maturata avendo il proprietario vittoriosamente agito in rivendica ⁽⁶³⁾.

Fin qui, si è ritenuta ammissibile la donazione di un bene usucapito, sottolineandosi come «*il donante non intende donare un bene altrui ma un bene che asserisce essere proprio per acquisto effettuato per usucapione a titolo originario*». Si tratterebbe, quindi, «di donazione di un bene “proprio” e non di un bene “altrui”⁽⁶⁴⁾». L'unico accorgimento suggerito dalla dottrina in commento, onde fugare ogni rischio di impingere nel divieto di cui all'art. 771 c.c., era quello di «escludere espressamente la garanzia per evizione a carico del donante, in tal modo eliminando ogni rischio che tale donazione sia fonte di obbligazioni o di responsabilità per il donante»⁽⁶⁵⁾.

Oggi, alla luce della pronuncia della Corte di Cassazione, proprio quest'ultima affermazione sembra entrare in crisi, e, forse, meriterebbe di essere riveduta. Perché se è vero che una volta accertata l'alienità del bene, l'unica 'salvezza' dell'atto di donazione dipende dal suo essere stata costruita in termini obbligatori, allora, sarebbe necessario prevedere, e non già escludere, la garanzia per evizione. Per meglio dire, sarebbe opportuno, quantomeno per ragioni prudenziali, prevedere in atto un ampliamento della garanzia evizionale, facendo assumere al donante, formalmente ed espressamente, l'obbligo di impegnarsi a procurare al donatario la titolarità del bene, nel caso in cui dovesse accertata l'alienità del bene donato.

5.7. Segue... La 'incerta' sorte della donazione di bene altrui sospensivamente condizionata all'esito divisionale.

Residua poi il dubbio se, alla luce della sentenza in commento, sia valida la donazione della quota sul singolo bene sottoposta alla condizione sospensiva dell'assegnazione in sede di divisione di quel bene al donante (donazione del c.d. esito divisionale⁽⁶⁶⁾).

Tale ipotesi deve, invero, tenersi distinta rispetto a quella, fatta salva dalla sentenza in commento, della donazione obbligatoria di cosa altrui.

In quest'ultima, infatti, come si è avuto modo di rilevare, il donante assume espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene al donatario (*rectius* l'assegnazione dello stesso in sede di divisione).

Nell'alienazione dell'esito divisionale, invece, l'assegnazione del bene *pro quota* donato in sede di divisione non è dedotta in un rapporto obbligatorio, ma è assunta quale oggetto di una condizione sospensiva, onde nella specie non può ritenersi che il donante sia obbligato a ottenere siffatta assegnazione in sede di divisione.

La Cassazione non si occupa del problema⁽⁶⁷⁾, anche se fa riflettere, oltre all'evocato concetto di consapevolezza della altruità del bene, anche la frase contenuta nella sentenza nella quale si

asserisce che «l'esistenza nel patrimonio del donante del bene che questi intende donare rappresenta elemento costitutivo del contratto», stante la tendenziale inammissibilità di sottoporre in condizione elementi essenziali di validità del contratto.

Tuttavia, nell'ottica della tesi qui sostenuta, contraria a quella affermata nella sentenza in commento, dovrebbe risultare chiaro che la titolarità del diritto donato deve qualificarsi non già come requisito di validità, ma come elemento richiesto ai fini della produzione dell'effetto traslativo ⁽⁶⁸⁾.

Laddove, tuttavia, si preferisca utilizzare una soluzione inattaccabile, per ragioni di prudenza, sarebbe opportuno adottare il diverso schema negoziale della donazione obbligatoria, facendo assumere espressamente al donante l'obbligo di ottenere l'assegnazione del bene *pro quota* donato in sede di divisione.

Diversamente, non pare invece dubitabile, alla luce dei riferiti indici ermeneutici, la validità della donazione dell'usufrutto che il nudo proprietario faccia per il momento in cui, per la morte del titolare, l'usufrutto si consolidi a favore dell'attuale proprietario. Tale fattispecie non può farsi rientrare nel perimetro applicativo dell'art. 771 c.c., e non può essere trattata alla stregua di una donazione di beni futuri (*rectius* altrui), in quanto in essa difetta proprio il requisito sopra indicato della consapevolezza dell'altruità del bene. In tal caso vi è, infatti, certezza circa l'entrata del bene nel patrimonio del disponente, nel senso che «è certo che il consolidamento avverrà, pur essendo incerto solo il quando: il nudo proprietario, ora per allora dispone, per cui la certezza del consolidamento fa sì che la disposizione riguardi un bene presente ⁽⁶⁹⁾ ».

Ma soprattutto manca nel caso di specie quel vizio della causa addotto dalla sentenza delle Sezioni Unite qui commentata a sostegno della supposta nullità del negozio. Non si verifica, infatti, la necessità che la funzione traslativa, in ragione dell'altruità del diritto, sia mediata dall'espressa assunzione di un'obbligazione da parte del donante che presupponga la collaborazione del terzo titolare del diritto donato.

Il diritto donato, invero, alla stregua delle esposte considerazioni, può trasferirsi direttamente dal donante al donatario, con l'unica particolarità che siffatto trasferimento è temporalmente differito al momento del consolidamento del primo usufrutto.

5.8. Segue... L'effetto del successivo acquisto del bene in capo al donante di cosa altrui.

Altro problema riguarda la possibilità di ammettere una sorta di "sanatoria" dell'atto in questione laddove il donante sia divenuto successivamente proprietario del bene, e, quindi, il bene

donato sia entrato a fare parte del suo patrimonio, anche se in un momento successivo alla conclusione dell'atto di donazione.

La soluzione a tale questione parrebbe a prima lettura della sentenza di segno negativo, specie se si tiene conto del passo nel quale si afferma che il momento dell'atto è «l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento».

Se così fosse, si sarebbe ben lontani dalle conclusioni raggiunte da un risalente pronunciamento della Corte di Cassazione ⁽⁷⁰⁾, il quale aveva negato al donante la impugnazione «della validità dell'atto nel caso in cui avendo donato cosa non sua ne sia divenuto poi proprietario per effetto di successione o altrimenti». Come pure verrebbe ad essere recisa in radice l'opinione di chi, in dottrina, ha affermato che «se successivamente il donante a qualunque titolo abbia acquistato la proprietà della cosa donata, il donatario ne acquista la proprietà. In tal caso non è che la donazione si convalidi, ma risulta produttiva di quell'effetto traslativo, che non si poté produrre per mancanza del titolo nell'alienante, in conformità alla disposizione dell'art. 1478, 2° comma, formulata per la vendita, ma che risponde ad un principio generale» ⁽⁷¹⁾.

Per converso, si sarebbe quindi molto più vicini alla ricostruzione di segno contrario secondo la quale «Se [...] il divieto di donare cose future s'ispira a considerazioni di ordine pubblico, non ci sembra meritevole di approvazione una decisione la quale ha ritenuto sanato il vizio determinato dall'alienità del bene con l'acquisto della proprietà di esso da parte del donante: del resto, tanto l'art. 1064 cod. civ. 1865 quanto l'art. 775 cod. civ. vigente, sono espliciti nel sancire la nullità della donazione avente per oggetto beni futuri. Ed è noto che, salva la particolare ipotesi prevista nell'art. 799 cod. civ., la nullità non ammette convalida. Ne risulta che il donante può impugnare la donazione di cosa altrui, anche se sia diventato successivamente proprietario del bene» ⁽⁷²⁾.

5.9. La donazione di un singolo bene della più ampia massa comune compiuta con il consenso di tutti i comproprietari

La gravità delle conseguenze derivanti dalla sentenza in commento deve indurre a verificare se possano essere individuati nel sistema positivo altri rimedi atti a scongiurare la nullità del negozio, oltre a quello, espressamente previsto nella medesima sentenza, costituito dall'assunzione da parte del donante dell'obbligazione di procurare alla parte donataria l'acquisto *pro quota* del bene all'esito della divisione della massa comune.

A tale riguardo va sottolineato che il principio della retroattività della divisione di cui all'art. 757 c.c. costituisce l'antecedente logico che ha consentito alla Suprema Corte di qualificare la donazione di cui trattasi come una particolare fattispecie di donazione di bene altrui.

Ne consegue che, ove per qualsiasi ragione siffatto principio non possa operare, viene evidente meno qualsiasi possibilità di ravvisare la sussistenza di una donazione di tal fatta, considerata nulla dalla sentenza in esame.

Da ciò deriva innanzitutto che deve escludersi che possa essere affetta da nullità la donazione di un singolo bene facente parte della massa comune laddove essa sia effettuata da tutti i partecipanti alla comunione.

In tal caso, infatti, il bene esce dalla comunione e diventa di esclusiva proprietà della parte donataria, onde esso non potrà essere né incluso nella divisione né assoggettato all'effetto retroattivo di cui all'art. 757 c.c.

Da tale ovvio principio può, tuttavia, essere dedotto con ragionevole tranquillità un ulteriore più generale principio secondo cui i comproprietari della massa comune possono, di comune accordo, apportare modificazioni oggettive e soggettive alla stessa, che incidano sulla configurazione della successiva divisione e sull'effetto retroattivo che le è proprio.

Alla stregua di tali considerazioni, deve ritenersi possibile stipulare validamente:

una donazione di quote su un singolo bene incluso in una più ampia massa comune effettuata in favore di uno dei comproprietari da parte di tutti gli altri comproprietari, dimodoché il primo ne divenga proprietario esclusivo;

una donazione dell'intera quota ereditaria su tutti i beni da parte di un coerede nei confronti di uno come di tutti gli altri coeredi; fattispecie, questa, pacifica e per nulla controversa in considerazione dell'esistenza nel patrimonio del donante della quota ereditaria nel suo complesso (cd. quotona);

una donazione della quota di un singolo bene facente parte di una più ampia massa comune effettuata da un singolo comproprietario con l'intervento di tutti gli altri comproprietari, che, pur mantenendo la titolarità delle proprie quote sul bene in questione, acconsentano a che sul medesimo si formi una nuova e distinta comunione con la parte donataria, da assoggettarsi a divisione separata rispetto a quella dell'originaria massa comune.

In tale ultima ipotesi, invero, il consenso di tutti i comproprietari appare idoneo a produrre il menzionato effetto modificativo della comunione, in quanto i principi che regolano la comunione

stessa e la successiva divisione sono con ogni evidenza diretti a tutelare interessi privati facenti capo ai singoli comproprietari e sono, come tali, disponibili da parte degli stessi.

Basti qui ricordare che la Suprema Corte, in materia di retratto successorio, ha statuito che “Lo scioglimento della comunione ereditaria non è incompatibile con il perdurare di uno stato di comunione ordinaria rispetto a singoli beni già compresi nell'asse ereditario, per cui l'attribuzione congiuntiva di beni ereditari non dà luogo al cosiddetto stralcio di quota o ad una divisione parziale, ma produce lo scioglimento della comunione ereditaria, con la conseguente inconfigurabilità del diritto di prelazione legale *ex art. 732 cod. civ.*, che imprescindibilmente la presuppone, ed applicabilità viceversa - ai beni congiuntamente attribuiti - della disciplina propria della comunione ordinaria” (73).

In particolare, alla stregua di tale principio, deve ritenersi possibile che i comproprietari dell'originaria massa comune ereditaria stipulino di comune accordo un atto di natura divisionale con il quale si assegni un determinato cespite in comunione alla pluralità dei coeredi, con l'effetto di instaurare su tale cespite una distinta comunione ordinaria sottratta alla disciplina dell'originaria comunione ereditaria.

Ma a questo punto non si vede per quale ragione tali comproprietari non possano direttamente consentire che siffatta distinta comunione si instauri nei confronti del donatario della quota del singolo bene con riferimento al bene medesimo.

5.10. *Segue...* La pubblicità della donazione obbligatoria.

Il riconoscimento da parte della Suprema Corte di Cassazione di una valenza giuridica obbligatoria della donazione di bene altrui, laddove ricorrano i presupposti dalla stessa indicati, apre ad un'ulteriore considerazione problematica relativa alla trascrivibilità del negozio in esame quando esso abbia ad oggetto un bene immobile.

Il problema si pone in quanto è discusso se la trascrizione della vendita di cosa altrui, e più in generale degli atti di disposizione su beni altrui, vada curata al momento della conclusione del contratto, oppure, successivamente, una volta verificatosi l'effetto traslativo, e, quindi, se sia necessaria un'unica trascrizione oppure una doppia trascrizione.

Nonostante la diversità di opinioni, pare preferibile e maggiormente convincente la tesi secondo la quale l'atto è immediatamente trascrivibile con utili effetti positivi (74) - (75).

5.11. Segue... L'inapplicabilità dell'art. 28 della Legge notarile alla donazione di beni altrui agli atti stipulati in precedenza.

Ultimo aspetto da considerare riguarda la responsabilità del notaio che abbia ricevuto, prima della pronuncia in commento delle Sezioni Unite, un atto di donazione della quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune con efficacia traslativa immediata. Come si è detto, infatti, secondo la sentenza in commento tale atto deve ritenersi nullo per difetto di causa.

Al riguardo, come già sostenuto da attenta dottrina ⁽⁷⁶⁾, deve escludersi la possibilità di ravvisare in capo al notaio una violazione dell'art. 28 L.N. La particolare opinabilità della questione, tale da portare ad un pronunciamento a Sezioni Unite della Suprema Corte, esclude infatti che la nullità in questione possa ritenersi manifesta e inequivoca.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza ⁽⁷⁷⁾, infatti, al notaio può addebitarsi la violazione dell'art. 28 L.N. solo in caso di nullità assoluta. Ciò, tuttavia, non è ravvisabile nel caso in esame.

Può essere utile, al riguardo, un parallelo con la fattispecie delle clausole compromissorie di diritto comune negli statuti societari, rispetto alle quali la Cassazione ⁽⁷⁸⁾ ne ha affermato la nullità, escludendo però la responsabilità del notaio per gli atti compiuti anteriormente al suo pronunciamento.

6. Conclusioni.

In definitiva, il presente studio ha permesso di raggiungere le seguenti conclusioni in tema di donazione di bene altrui.

In esso è possibile innanzitutto evincere la portata significativa della sentenza della Corte di Cassazione, la quale, intervenendo con l'autorevolezza dell'attività nomofilattica delle Sezioni Unite, ha chiarito che il concetto legale di donazione di bene altrui non è riducibile al solo tradizionale paradigma della donazione come atto traslativo immediato della proprietà, coinvolgendo al suo interno anche la figura della donazione con effetti obbligatori. Vi sono, quindi, due distinte figure, le cui sorti non sono accomunabili, in quanto, mentre la prima sarebbe nulla, la seconda sarebbe, invece, valida ed efficace «come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 cod. civ.)» ⁽⁷⁹⁾. Soprattutto, la medesima sentenza, una volta fissata tale linea di confine, ha anche individuato, sulla scorta di criteri ermeneutici e valutazioni funzionali ⁽⁸⁰⁾, quale sia, fra le diverse soluzioni possibili ⁽⁸¹⁾, la causa di invalidità del contratto di donazione di beni altrui. In tal modo, essa ha così composto la vischiosità della prospettata rigida alternativa fra nullità ed

inefficacia. Anche se, in verità, sotto questo profilo, essa niente aggiunge alla opinione già largamente accreditata secondo la quale «la nullità della donazione di cosa altrui non dipende da un vizio di struttura del negozio, ma da una ragione inerente alla funzione del negozio. Il difetto di titolarità da parte del donante si traduce in una ragione di nullità perché la donazione dispositiva, in quanto soggetta al requisito dell'attualità dello spoglio, è idonea soltanto ad una funzione traslativa immediata, non anche (a differenza della vendita) ad una funzione traslativa mediata ⁽⁸²⁾ ».

Si tratta di una conclusione non condivisa nel presente studio e, tuttavia, non eludibile dall'operatore pratico, proprio a causa del suo profondo radicamento nella giurisprudenza.

Nondimeno, la sentenza si lascia apprezzare anche da un diverso angolo visuale, per avere fornito a livello operativo importanti e significative indicazioni per la soluzione dei singoli casi concreti ⁽⁸³⁾, e, soprattutto, per il notaio chiamato a ricevere l'atto di donazione di bene altrui, il quale, come detto più volte, è valido ed efficace soltanto se ricostruito come donazione obbligatoria.

In termini operativi, e con specifico riferimento alla donazione di quota indivisa su un singolo bene facente parte di una più ampia massa comune, al fine di scongiurare la supposta nullità dell'atto, sarebbe sufficiente inserirvi una clausola che tenga conto delle indicazioni emerse dalla sentenza in commento.

Se tutto questo è vero, è parimenti indubitabile che, con limitato riferimento al profilo di indagine in oggetto, la sentenza in commento lascia aperti alcuni dubbi ed alcune criticità che, forse, come meglio sopra precisato, avrebbero meritato nella occasione un maggior approfondimento.

Marco Bellinvia, Federico Magliulo e Antonio Musto

***)** L'obiettivo del presente studio è quello di fornire, nell'immediatezza della pronuncia, alcune primissime riflessioni ed indicazioni all'operatore giuridico, rinviando ad un successivo ed ulteriore studio l'approfondimento delle diverse problematiche suscitate dalla sentenza in esame, con cenni e rinvii (nella occasione e per ragioni di completezza espositiva) anche al diverso tema della vendita di quota indivisa (artt. 1103-1113-732 c.c.), che, in tutta evidenza, è fuori dal perimetro applicativo della decisione in commento.

1) Cass., ord., 23 maggio 2014, n. 11545, in *Dir. civ. cont.*, 9 luglio 2014, E. FERRANTE, *Donazione di cosa altrui: perché «scomodare» le Sezioni Unite*; in *www.diritto.it.*, con nota G. ZAMPINO, *Nullità o inefficacia della donazione di cosa altrui: l'intervento delle sezioni unite*.

2) Un compiuto approfondimento del tema, in G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2013, p. 493: «In merito alla donazione di bene altrui, si propende, pur con voci contrarie, per la sua nullità, quindi si esclude che il donante, a differenza del venditore (art. 1478 cod. civ.), si possa obbligare a procurarne l'acquisto al donatario: ai sensi dell'art. 771 cod. civ., si sostiene, la donazione deve comprendere soltanto beni presenti del donante, e l'art. 769 cod. civ., inoltre, stabilisce che questi dispone, a favore del donatario, di un "suo" diritto. A giustificazione, si osserva che i beni altrui sono equiparabili ai beni futuri, perché non si trovano, attualmente, nel patrimonio del donante, il quale sarebbe obbligato a procurarne l'acquisto, sicché l'ordinamento giuridico tende ad evitare, con la nullità della donazione di beni altrui, liberalità avventate. Si aggiunge: va applicata, in via analogica, la norma racchiusa nell'art. 771, primo comma, cod. civ., con la

conseguenza che, ove la donazione comprenda, oltre a beni presenti, beni altrui, essa è nulla solo rispetto a questi ultimi. Si rammenti che, secondo un'interpretazione, la donazione di beni altrui è valida come donazione obbligatoria, importando, quindi, l'obbligo del donante di procurare l'acquisto al donatario».

Ancora, per ulteriori spunti sulle diverse opinioni in materia, si rinvia, in letteratura, per una sintesi analitica, a: A. MERLO, *Donazione di beni altrui*, in *Glossario notarile*, L. MAMBELLI e J. BALOTTIN (a cura di), Milano, 2013, p. 153; R. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, *passim*; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, P. PERLINGIERI (diretto da), Napoli, 2009, 379 ss.; M. ERMINI, *Contratto di donazione*, in *Diritto civile*, N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), A. ZOPPINI (coordinato da), vol. II, *Successioni, donazioni, beni*, t. I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 416; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazioni*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, P. RESCIGNO (diretto da), II, Padova, 2009, 400; M. ONORATO, *Donazione del bene altrui e donazione del bene presente nell'asse ereditario indiviso*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 825 ss.; E. MORELATO, *Donazione di bene altrui ed usucapione immobiliare abbreviata*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 981; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, A. FERRUCCI e C. FERRENTINO (a cura di), Milano, 2015, p. 1531.

- 3) In questi termini, una parte copiosa e consistente della giurisprudenza antecedente la pronuncia in epigrafe delle Sezioni Unite, fin dal lontano precedente: Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, 1702; e successivamente: Cass., 20 dicembre 1985, n. 6544, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Usucapione*, n. 8; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *I Contratti*, 1997, p. 460, con nota G. BONILINI, *Preliminare di donazione di beni futuri da parte di enti pubblici* (dove particolare è la fattispecie in questione, trattandosi di atto di donazione compiuto dalla Pubblica amministrazione, avente ad oggetto un'area che la stessa Pubblica amministrazione si era impegnata ad espropriare); Cass., 5 maggio 2009, n. 10356, in *Notariato*, 2009, p. 486, con nota F. MAGLIULO, *Il problema della validità della donazione di bene altrui*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 277, con nota E. FERRANTE, *La Cassazione sulla donazione di cosa altrui: un revirement atteso*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 1225 ss., con nota V. MARICONDA, *La donazione di cosa altrui è nulla ma è titolo idoneo all'usucapione abbreviata*; in *Giur. it.*, 2010, I, 1, 76 ss. con nota M. D'AURIA, *Sul concetto di titolo astrattamente idoneo ad usucapire: il caso della donazione di bene altrui*; in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 11, p. 898, con nota M. ONORATO, *La donazione di bene altrui*; *ivi*, 2010, p. 42, con nota G. LA MARCA, *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*; in *Giust. civ.*, 2010, p. 2609, con nota P. FURGIUELE, *La donazione di cosa altrui. Note in tema di atto dispositivo e titolo astrattamente idoneo*; in *I Contratti*, 2010, p. 25, con nota E. BACCIARDI, *Il "titolo astrattamente idoneo" nel pensiero della Cassazione*; ed *ivi* p. 35, con nota G. TORRASI, *La donazione di bene altrui e l'usucapione abbreviata*; Cass., 23 maggio 2013, n. 12782, in *Banca dati Dejure*.

Per la giurisprudenza di merito, cfr. anche Trib. Torre Annunziata, 6 marzo 2013, in *Banca dati Leggi d'Italia*: «l'art. 771, comma 1, c.c., nel comminare la nullità della donazione di beni futuri, esprime l'esigenza, comune alle liberalità riguardanti cose altrui, di limitare gli atti di prodigalità del donante. Tale istanza protettiva richiede un superamento dell'interpretazione letterale dell'art. 771 c.c., così da ricomprendere nel suo divieto ogni bene futuro, sia in senso oggettivo, che in senso solo soggettivo»; Trib. Cassino, 12 settembre 2012, in *Banca dati Leggi d'Italia*: «la donazione dispositiva di un bene altrui, benché espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della normativa complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., giacché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante»; Trib. Benevento, 1 aprile 2010, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Corte Appello Napoli, 14 luglio 2009, *ivi*.

- 4) Nel significato del testo, in particolare, Cass., 5 maggio 2009, n. 10356, cit: «La regola di attualità dello spoglio, tratto caratterizzante della donazione con effetti reali immediati, implica il requisito dell'appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto, ossia, come precisa l'inciso della citata disposizione di un suo diritto (...). L'esigenza, che ne è alla base, di porre un freno agli atti di prodigalità e di limitare l'impovertimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante, accomuna futurità ed altruità (...).».

Analogamente, per molti versi, alle conclusioni della predetta sentenza, e, quindi, per la nullità della donazione di cosa altrui, si è espressa una parte della dottrina, argomentando ora dalla *ratio* di tutela contro il rischio di prodigalità riguardo ad atti di disposizione di beni non ancora entrati nel patrimonio, ora da considerazioni di ordine sistematico *ex art. 769*, dove si discorre di disposizione da parte del donante "di un suo diritto" ora dall'art. 771 c.c. facendo leva sull'inciso "beni presenti del donante" dal quale si ricava la necessità dell'attualità dello spoglio quale elemento costitutivo della donazione medesima. In questi termini, *inter alia*, G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010, p. 431 e 436; G. OPPO, *Recensione a Biondi*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, p. 489; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 17; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, p. 223. Ancora:

- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 1533: «È preferibile la tesi negativa condivisa anche da qualche pronuncia della giurisprudenza, la quale esclude che la donazione possa avere per oggetto una cosa totalmente altrui. Sul piano normativo l'invalidità di siffatta donazione si argomenta in primo luogo dallo stesso art. 769, il

quale esige che il donante deve disporre di un suo diritto; non, quindi, di un diritto che si trova nel patrimonio di un altro soggetto; in secondo luogo dall'art. 771, norma che, sancendo la nullità della donazione di beni futuri, fa riferimento non solo ai beni oggettivamente, ma anche ai beni soggettivamente futuri, ossia ai beni altrui. La *ratio* delle due ipotesi è, infatti, la stessa, vale a dire frenare la prodigalità del donante. Quanto, poi, all'art. 797 (garanzia per evizione), norma da una parte della dottrina ritenuta non coerente con le altre disposizioni sulla donazione, essa può essere interpretata nel senso di operare esclusivamente nel caso di donazione di bene gravato da diritti reali di garanzia (oltre che nel caso di evizione dipendente da dolo o dal fatto personale del donante: art. 797 n. 2 e di donazione che impone oneri al donatario o di donazione remuneratoria: art. 797 n. 3)».

- U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 2008, 6, p. 527-528: «sembra da accogliere la tesi che, argomentando dalla nullità della donazione di beni futuri e dalla sua *ratio* tendente ad evitare prodigalità avventate (i beni altrui sono equiparabili a dei beni futuri, perché non si trovano attualmente nel patrimonio del donante, il quale sarebbe obbligato a procurarne l'acquisto), sostiene la nullità della donazione di cose altrui (con applicazione analogica dell'art. 771, 1° comma, per cui la donazione, se comprende anche beni altrui, è nulla solo rispetto a questi ultimi)».
 - G. BONILINI, *La donazione di beni altrui, L'oggetto*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, G. BONILINI (diretto da), vol. I, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 446: «sembra accoglibile la tesi secondo cui, argomentando dalla nullità della donazione dei beni futuri, si deve sostenere la nullità della donazione di beni altrui»; negli stessi termini, ID., *Art. 771*, in *Comm. cod. civ.*, G. BONILINI (a cura di), E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2014, 118.
 - A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), U. CARNEVALI e A. MORA (aggiornato a cura di), Milano, 2006, p. 498: «E questa soluzione coincide, a nostro avviso, con il fine, che il legislatore persegue, di infrenare la prodigalità, limitando l'autonomia del donante all'impoverimento attuale, e cioè, relativo ai beni esistenti nel suo patrimonio».
 - M. FRANZONI, *Donazione: inefficace e rimedi*, in *I contratti di donazione*, A. PALAZZO (a cura di), Torino, 2009, p. 363: «Per lungo tempo tra gli interpreti vi è stata concordia nel ritenere che il divieto di donare beni futuri dovesse essere esteso anche alla donazione di beni altrui, questi ultimi essendo ricondotti al più ampio genere dei beni futuri».
- 5)** Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *I Contratti*, 2001, p. 760 ss., con nota M. FERRARIO, *Usucapione immobiliare abbreviata e donazione di bene altrui*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 683 ss., con nota R. RINALDI, *La donazione di beni altrui tra nullità ed inefficacia*; in *Il nuovo diritto*, 2001, II, p. 945, con nota V. SANTARSIERE, *Donazione di terreni altrui nella problematica dell'usucapione*; in *Giur. it.*, 2001, 1596, con nota M. D'AURIA, *La donazione di beni altrui. Sul concetto di titolo astrattamente idoneo e di liberalità*; in *Riv. not.*, 2001, p. 862, con nota F.M. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*; in *Riv. not.*, 2002, p. 404 ss., con nota G. VISALLI, *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di "titolo idoneo" ai fini dell'usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 281 ss., con nota E. FERRANTE, *Donazione di cosa altrui: una sentenza eccentrica della cassazione*; in *Notariato*, 2001, 454, con nota A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui: tra nullità e inefficacia*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 756, con nota V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*; in *Contr. e impr.*, 2002, p. 981, con nota E. MORELATO, *Donazione di bene altrui ed usucapione immobiliare abbreviata*. Per la giurisprudenza di merito, Corte Appello Napoli, 6 giugno 2008, in *Corr. merito*, 2008, p. 898; in *Obbl. e contr.*, 2009, 183, con nota G. SCHIAVONE, *Osservatorio di merito*: «La donazione di cosa altrui costituisce una fattispecie sostanziale diversa dalla donazione di cosa futura, per cui quest'ultima risulta nulla e la prima soltanto inefficace»; Trib. Lamezia Terme, 17 novembre 2008, in *Corti calabresi*, 2009, p. 145: «La donazione di cosa altrui, benché inefficace, è titolo idoneo per l'acquisto "ad usucapionem" del bene posseduto».
- 6)** Secondo un diverso indirizzo, specie dottrinale, la nullità di cui all'art. 771 c.c. opererebbe soltanto nelle ipotesi di donazioni traslative immediate di beni altrui, mentre sarebbe valida la donazione di cosa altrui con efficacia obbligatoria, dove il donante si assume l'obbligo di procurare l'acquisto della cosa al donatario (arg. ex artt. 769 e 797 c.c.). In questi termini, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1961, 346-347 ss.; G. BALBI, *Le donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), Milano, 1964, p. 43.: «Si ha donazione (nulla) di cosa futura quando le parti vogliono trasferire fin d'ora la proprietà di un bene non ancora esistente nel patrimonio del donante, oppure, vogliono che, quando si sia verificato l'acquisto del bene da parte del donante, esso si intenda trasferito senz'altro in proprietà al donatario. Riterremmo invece valida la donazione di cosa futura od altrui, ove si risolve in donazione obbligatoria nota, se cioè al momento della conclusione del contratto, il donatario acquisti il diritto di pretendere l'adempimento della prestazione consistente nel trasferimento in suo favore del diritto reale di godimento quando la cosa venga acquisita al patrimonio del donante, nonché dall'altra prestazione consistente nell'attività del donante che porti all'acquisizione del bene al suo patrimonio»; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 26 ss.: «la nullità della donazione di cosa altrui non dipende da un vizio di struttura del negozio, ma da una ragione inerente alla

funzione del negozio. Il difetto di titolarità da parte del donante si traduce in una ragione di nullità perché la donazione dispositiva, in quanto soggetta al requisito dell'attualità dello spoglio, è idonea soltanto ad una funzione traslativa immediata, non anche (a differenza della vendita) ad una funzione traslativa mediata ... l'obbligazione di procurare all'altra parte un diritto che al momento del contratto appartiene ad un terzo può sì ricollegarsi a una donazione, ma solo in quanto la volontà del donante sia precisamente diretta all'assunzione di tale obbligazione (non si tratta quindi della semplice consapevolezza dell'alienità della cosa). Ma in tal caso non si ha donazione di cosa altrui in senso tecnico, la quale si configura come contratto dispositivo, e pertanto è nulla»; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (diretto da), F. GALGANO (a cura di), Bologna-Roma, 1976, p. 112-113 secondo la quale il divieto riguarda la donazione traslativa di beni futuri e non già la donazione obbligatoria, con la conseguenza che «o il donante si procura (facendolo entrare nel patrimonio) il bene del quale non è ancora proprietario, facendolo così diventare bene "presente"; dopo di che potrà disporne con donazione reale; ovvero, anziché procrastinare nel tempo la donazione, si obbliga a procurare il bene (donazione obbligatoria) allo stesso soggetto che sarebbe stato destinatario della futura donazione reale»; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, P. RESCIGNO (a cura di), II, Padova, 1994, p. 220; ID., *Donazione obbligatoria*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 1643 ss.: secondo il quale «La donazione di cosa altrui costituisce quindi un valido caso di donazione obbligatoria che determina a carico del donante l'obbligo di procurare al donatario l'acquisto della cosa» (*ivi*, p. 1647-1648). A sostegno di tale conclusione, egli adduce che bisogna considerare «la diversa intensità dell'interesse tutelato tra l'ipotesi in cui il bene donato non esista, e quindi la prestazione liberale prevista non possa essere eseguita, e quella in cui il bene esiste e può essere reperito anche se il donante non è ancora legittimato a disporne» (*ivi*, p. 1646). Ancora, con riferimento agli artt. 769 e 771 c.c. «Non sembra tuttavia che l'argomento testuale abbia solide fondamenta, stante l'espressa previsione della donazione obbligatoria, che nega in radice qualsiasi argomento all'attualità dello spoglio» (*ivi*, p. 1647). Come pure, con riguardo, all'art. 797 c.c., «una ricostruzione sistematica coerente dell'incerto dato normativo impone di separare le sorti della donazione di beni futuri da quella della donazione di beni altrui e di coniugare quest'ultima con la donazione obbligatoria prevista dalla seconda parte dell'art. 769 c.c. e non con la donazione ad effetti reali immediati prevista dalla prima parte del medesimo articolo» (*ivi*, 1647); A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 379, il quale - ora riconcettualizzando il concetto stesso di bene futuro, ora perimetrando diversamente la *ratio* sottesa al divieto dell'art. 771 c.c., ora rileggendo le norme contenute negli artt. 769 e 771 c.c. in combinato disposto con quelle contenute negli artt. 587 e 651 c.c., ora facendo leva sull'art. 797 c.c. in tema di garanzia per evizione, e ancora giungendo a diverse conclusioni riguardo alla sorte del preliminare di donazione - afferma che: «(P)otrebbe allora ritenersi ammissibile una donazione di cosa altrui effettuata dal donante nella consapevolezza dell'alienità della cosa e per questo strutturata con l'assunzione della relativa obbligazione di dare da parte dell'autore della liberalità». Ricostruisce le diverse tesi, A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO (diretto da), Torino, 2000, p. 343 ss.

- 7) Nonostante l'animato dibattito, si intravede, quindi, una comune e condivisa conclusione ora in Cass., 5 maggio 2009, n. 10356, cit: «la provenienza dell'attribuzione dal non legittimato, se intacca la validità della donazione, non inficia la sua astratta idoneità ad inserirsi in una più complessa fattispecie acquisitiva *a non domino*»; ora in Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, cit: «la donazione di beni altrui (...) è (...) tuttavia idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c.».
- 8) Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, cit.
- 9) Già, E. FERRANTE, *La Cassazione sulla donazione di cosa altrui: un revirement atteso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 282: «gli interrogativi devono essere diversificati: altro è discutere della validità della donazione di cosa altrui, altro è valutarne l'idoneità a valere da titolo per l'usucapione abbreviata». Ancora, ID., *Donazione di cosa altrui: perchè "scomodare" le sezioni unite?*, cit.
- 10) In dottrina, tra gli altri, riconduce al difetto di titolarità attuale del bene la nullità in questione, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 222, secondo il quale quel difetto si: «traduce in ragione di nullità, perché la donazione dispositiva, in quanto soggetta al requisito dell'attualità dello spoglio, è idonea soltanto a una funzione traslativa immediata, non anche (a differenza della vendita) a una funzione traslativa mediata»; V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, cit., p. 758-759: «Una tale obbligazione, in collegamento con un atto voluto quale produttivo dell'immediato effetto reale, si pone in contrasto, che pare arduo superare, con il requisito della *attualità dello spoglio* che costituisce il fondamento della nullità della donazione di beni futuri quale contemplata nell'art. 771 c.c.». Per un richiamo ora alla causa ora alla forma, M. D'AURIA, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1229: «A nostro parere, la ragione di nullità della donazione di beni altrui, si deve ascrivere all'insufficienza della causa o alla mancata adozione della forma solenne avente ad oggetto l'obbligo di procurare l'acquisto del diritto. (...). La soluzione della nullità deve quindi essere preferita sia

per motivi sistematici che dogmatici, purché la si giustifichi in forza di una lacuna strutturale della fattispecie e non in forza della mera altruità del diritto».

- 11) E. FERRANTE, *Donazione di cosa altrui: una sentenza eccentrica della cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 291, secondo il quale: «bisogna distinguerne una versione per così dire “fisiologica” ed una viceversa “patologica”, a seconda che le parti conoscessero ovvero ignorassero l'altruità della *res* al momento della stipulazione».
- 12) Fattispecie, questa, meglio affrontata nel par. 5.4. del presente lavoro. Qui, ci si limita a segnalare che un Autore (M.L. INSINGA, *Note critiche sulla donazione di cose altrui come titolo astrattamente idoneo al trasferimento del dominio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 389) affronta proprio questa fattispecie «connotata da un'assoluta buona fede del donante il quale, ignaro di donare un bene alieno, effettua la liberalità nella convinzione di poter immediatamente produrre l'effetto reale in capo al donatario».
- 13) Ipotesi, questa, meglio analizzata nel par. 5.3 del presente lavoro e al quale si rinvia.
- 14) Per tutti, sul dibattito della causa della donazione, P. GALLO, *La causa della donazione*, in *Tratt. di dir. delle succ. e don.*, G. BONILINI (diretto da), VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 349; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 211 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 1516. Sulla concetto di causa in concreto v., da ultimo, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 252 ss. Per la giurisprudenza, fra le tante, cfr. Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, 2460, con nota F.S. COSTANTINO, *Adempimento del debito altrui, fallimento del «solvens» e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*; in *Giur. it.*, 2010, 2081, con nota M. SPIOTTA, *La «causa concreta» del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*. Sulla nozione di causa, quale sintesi degli effetti giuridici essenziali del negozio, cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 119; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 93; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 242; ID., *Scuole. Tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 29; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 27.
- 15) Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, cit., secondo la quale, in assenza di una espressa previsione legislativa, la donazione di beni altrui è soggetta alla stessa disciplina della vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.), e di conseguenza deve essere qualificata come donazione obbligatoria (art. 769 c.c.).
- 16) Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 26 ss.; F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, studio n. 380-2009/C, approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato, in data 17 settembre 2009, in *Studi e materiali*, 2010, 2, p. 385 ss.; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, cit., p. 229; ID., *Donazione obbligatoria*, cit., p. 1643; M. TAMPONI, *La nullità del contratto di donazione*, in *Tratt. di dir. dell succ. e don.*, G. BONILINI (diretto da), VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 1052.
- 17) Cfr., sul punto, E. FERRANTE, *Donazione di cosa altrui*, cit.: «ammessa la validità della donazione anche quando il donante ignori l'altruità del bene, occorrerebbe porre a carico di quest'ultimo l'obbligazione di «far acquistare» ex art. 1476 n. 2 c.c.: un donante persuaso d'impoverirsi *hic et nunc* disponendo del «suo», dovrebbe allora prodigarsi per adempiere un'obbligazione non solo impreveduta ma anche piuttosto ardua, giacché il bene si scopre appartenere a terzi; esito che pare inaccettabile per un atto di liberalità, ove non ricorre alcun affidamento oneroso di controparte da proteggere».
- 18) L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 27 ss.. V. anche V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, cit., p. 758.
- 19) F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, studio n. 380-2009/C, cit., p. 378 ss.
- 20) Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore n. 7*, secondo cui «L'uniformità di disciplina fu raggiunta anche in tema di vendita di cosa altrui, che si è potuta ritenere valida, come la considerava l'art. 59 del Codice di commercio, data la facilità odierna degli scambi. Per cui le parti rimangono indifferenti circa l'attuale appartenenza della cosa; la conoscenza di questa alienità, se mai, può fra credere al compratore che il venditore si sia già assicurato l'acquisto della proprietà della cosa non propria».
- 21) V. da ultima Cass, 13 marzo 2015, n. 5105, in *Rep. Foro it.*, 2015, *Rappresentanza nei contratti*, n. 6.
- 22) V. *amplius* sul punto F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, studio n. 380-2009/C, cit., p. 381 ss. anche con riferimento alla particolare disciplina della comunione legale fra coniugi.
- 23) L. MENGONI, *op. cit.*, p. 28.
- 24) La sintesi ragionata della questione è con consueta attenzione e meditata riflessione riferita in M. LEO, nota a Cass. Sez. Unite, sentenza 10 marzo 2016, n. 5068, in *Guida al diritto*, n. 18/2016, del 23 aprile 2016. In dottrina,

riassume il dibattito sull'argomento, F. LOFFREDO, *Atti tra vivi. Legge notarile*, Milano, 2005, p. 43, dove si evidenzia che «Qualora si ritenga che il comunista sia titolare di una quota astratta indisponibile se non concretizzata del singolo bene, la donazione deve essere considerata totalmente nulla, perché il donante comunista non è titolare esclusivo neanche di un diritto *pro parte* sul singolo bene. (...). Ove si consideri, al contrario, che il comunista sia titolare di un diritto parziario su ogni singolo bene facente parte della comunione, si versa in ipotesi di nullità parziale della donazione, poiché il donante, disponendo dell'intero bene, dona una cosa parzialmente altrui». Per le diverse opinioni appena evocate, si rinvia, rispettivamente, a G. GRECO e COTTINO, *Della vendita, Art. 1470-1547*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1981, p. 181 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1993, p. 22.

- 25) In dottrina, per un approfondimento del tema, L. BORSANI, *Alienazione dell'esito divisionale*, in *Glossario notarile*, L. MAMBELLI e J. BALOTTIN (a cura di), cit., p. 153; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 1301 ss.; G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, cit., p. 431 ss.; M. PROTO, *Alienazione, da parte dei coeredi, di quote relative a beni determinati "comodamente" divisibili*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 137 ss.; M. CIOCIA, *Vendita di un bene ereditario*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 218; F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione sui beni indivisi*, in *Riv. not.*, 1995, p. 119. Più di recente, ID., *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, Studio CNN n. 380-2009/C, cit., p. 337 ss. Sul punto, si rinvia anche alle risposte a quesito di questo Ufficio studi, n. 768-2013/C, est. A. MUSTO, in *CNN notizie*, 18 luglio 2014, e n. 387-2013/C, est. M. BELLINIA, nelle quali si riferisce l'annoso dibattito dottrinario sulla questione. Con taglio casistico, C. CARBONE, *Nuovi casi notarili, Mortis causa*, Napoli, 2011, p. 249 ss.; A. FERRUCCI, C. FERRENTINO e A. AMORESANO, *Atti tra vivi di diritto civile*, Milano, 2012, p. 427 ss.
- 26) Sottolineano come l'espressione "vendita della c.d. *quotina*" «è utilizzata per distinguere la vendita della quota su un singolo bene, dalla vendita della quota sull'intera massa comune, che invece è chiamata vendita della c.d. *quotona*», T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI e L. GENGHINI, *I diritti reali*, Padova, 2011, p. 588.
- 27) Secondo una prima opinione, ciascun coerede è titolare soltanto di una quota sull'intero asse ereditario (cd. *quotona*), e non già di una quota di comproprietà su ogni singolo bene che lo compone (cd. *quotina*): P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 762; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), XII, I, Torino, 1977, p. 381; Cass., 18 marzo 1981, n. 1609, in *Mass. foro it.*, 1981, n. 1609; Cass., 9 giugno 1987, n. 5042, *ivi*, 1987, n. 854. Da qui la nullità della donazione della quota di propria spettanza su di un singolo bene ereditario, cfr. G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, cit., p. 431-436.
- Si tratta della soluzione espressamente adottata, in materia di *Erbengemeinschaft*, dall'art. 2033, § 2, del B.G.B. secondo cui «Über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen», ossia «Un coerede non può disporre della sua quota su un singolo oggetto della comunione».
- Diversamente, A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 293 ss.; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), XII, V, Torino, 1974, p. 37; F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione sui beni indivisi*, cit., p. 119; M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, Torino, 1986, p. 54 ss, secondo cui ciascun partecipante sarebbe comproprietario *pro quota* di ogni singolo bene ereditario e, in conseguenza, egli potrebbe liberamente compiere atti di disposizione della propria quota limitatamente al bene medesimo; in giurisprudenza, Cass., 13 agosto 1964, n. 2308, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 57.
- Per approfondimenti, puntualmente, per tutti, F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione sui beni indivisi*, cit., p. 119. Più di recente, ID., *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 337 ss., spec. p. 351 ss. Per l'analisi dei contrapposti orientamenti, con ricadute applicative, cfr. S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2014, p. 295 ss. Per riferimenti bibliografici, L. BORSANI, *Alienazione dell'esito divisionale*, cit., p. 153. In letteratura, A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 293 ss.
- 28) Cfr. A. SPATUZZI, *Futurità e attualità dei beni oggetto di donazione*, in *Riv. not.*, 2015, p. 958 ss., spec. p. 972 ss., con riferimento alla donazione di beni eventualmente altrui, e cioè al caso di trasferimento di quota su beni inclusi in comunioni non ancora sciolte. A tale riguardo, secondo l'Autore, se, per un verso, a prima vista, tale ipotesi diverge tanto dalla donazione di beni futuri quanto da quella di beni altrui, in quanto «differentemente dalla prima, la cosa donata già esiste in natura, pur non essendone ancora possibile stabilirne la futura titolarità, diversamente dalla seconda, non può scorgersi ancora "un'appartenenza esclusiva del bene in capo a terzi" (*ivi*, p. 972), tuttavia, «la maggiore probabilità – peraltro da dimostrarsi nel caso concreto – di acquistare il bene attualmente comune in sede di apporzionamento del patrimonio condiviso, non sembra in grado di mutare l'indole della donazione, la quale continua ad atteggiarsi a contratto obbligatorio, orfano, nell'immediato, di efficacia traslativa, sempre che il donante non ignori l'alienità di quanto intenda trasferire» (*ivi*, p. 973).
- 29) Cass. 29 marzo 2006 n. 7231, in *Giust. Civ.*, 2006, 1, p. 1142.

- 30) F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, studio n. 380-2009/C, cit., p. 353 ss.
- 31) Tale articolo affermava che «ciascun partecipante (...) può liberamente alienare, cedere ed ipotecare tale quota, ed anche costituire altri nel godimento di essa, se non si tratti di diritti personali», ma precisava che «l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione».
- 32) F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, cit., p. 355.
- 33) È discusso se la futurità del bene, di cui all'art. 771 c.c., debba essere intesa in senso solo oggettivo (ossia come bene non esistente *in rerum natura*); oppure anche in senso soggettivo (ossia come beni esistente *in rerum natura*, ma che non fa parte del patrimonio del disponente). Diversamente da taluna dottrina (B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 340 e 346 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 328), un'altra opinione ritiene che «La *ratio* del divieto di donare cose future conduce ad attrarre nella proibizione anche i beni altrui. Del resto, il concetto di bene futuro è inteso non solo in senso oggettivo (bene non esistente *in rerum natura*), ma anche soggettivo (bene che non fa parte del patrimonio del disponente)» (A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 498). In questi termini, anche L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 110: «bene futuro, ai fini del divieto, sarà anche una cosa esistente ma non ancora appartenente al donante il quale dovrà avere ed esprimere fiducia nell'acquisto, a titolo oneroso o gratuito (es.: "la casa che riceverò da mio padre alle nozze, la casa che comprerò alla data della mia laurea"). In effetti, la casa che ho comprato in progetto o la casa, già costruita, che mi sarà lasciata da mio padre, sono identiche ipotesi di bene futuro: in entrambi i casi la *res* che dovrebbe essere oggetto di donazione non appartiene al donante (non è "oggetto del suo diritto" cioè bene) o perché non ancora venuta ad esistenza, o perché di proprietà altrui». Ancora, si è detto che il concetto di bene futuro «serve da sfogo per le ipotesi in cui l'oggetto manchi, ma possa venire in essere in tempo utile» R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), Torino, 1975, p. 508. Cfr., anche sul punto, S. PUGLIATTI, voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1972, p. 93. Sotto il vecchio codice civile, A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, p. 207: «Beni futuri sono tanto le cose che ancora non sono in natura (...), quanto le cose non ancora in proprietà del disponente»; A. BUTERA, *Il codice civile italiano, Libro delle successioni per causa di morte e delle successioni*, Torino, 1940, p. 503: «futuri si dicono i beni che o non esistono per niente *in rerum natura* o non hanno ancora acquistato la loro autonomia giuridica, oppure non sono nel patrimonio del disponente». In giurisprudenza, in particolare, Trib. Vallo della Lucania, 13 aprile 1992, n. 187, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 525, con nota D. RUGGIERO, *Donazione di cosa altrui e di cosa eventualmente altrui*: «Il concetto di bene futuro è inteso non solo in senso oggettivo (bene non esistente *in rerum natura*), ma anche soggettivo (bene che non fa parte del patrimonio del disponente)».
- 34) R. LENZI, *Donazione obbligatoria*, cit., p. 1646, il quale fa riferimento alla diversa disciplina dettata in tema di vendita (artt. 1472 e 1478-1480 c.c.) e di ipoteca (art. 2822 e 2823 c.c.).
- 35) G. TORRASI, *La donazione di bene altrui e l'usucapione abbreviata*, in *I Contratti*, 2010, p. 41-42.
- 36) A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 388, il quale riprende l'autorevole insegnamento di P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 17, per il quale: «Comunque errata, e certamente inutile, è la equiparazione fatta tra il concetto di cosa altrui e quello di cosa futura, e ciò sia sotto il profilo del diritto, che attribuisce ad ognuno di essi una propria disciplina, sia, e soprattutto, sotto il profilo concettuale: la *res aliena* può essere, a sua volta, così presente come futura». Analogamente, nella stesso solco concettuale, R. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, p. 164; Ancora, più di recente, E. FERRANTE, *Donazione di cosa altrui: una sentenza eccentrica della cassazione*, cit., p. 285: «il concetto di futurità soggettiva, così abilmente elaborato, non può trascurare la profonda lontananza che separa, in fatto e in diritto, ciò che non esiste in natura da ciò che rimane semplicemente estraneo ad un determinato patrimonio». Secondo l'Autore «futurità ed altruità non coincidono normativamente e (...) la loro ricomprensione entro una categoria logica unitaria pare il frutto, non certo il fondamento di una concettualizzazione». Cfr. anche opinione di G. LA MARCA, *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 46, per il quale: «il relativo divieto deve operare necessariamente (ex art. 3 Cost.) anche per la donazione di beni altrui propriamente intesa, nella quale può dirsi dedotto un bene "soggettivamente" futuro nel senso che, pure tale bene, non è ancora presente nel patrimonio del donante ma del quale – esattamente come nella donazione di bene "oggettivamente" futuro – le parti si sono prefigurate la successiva venuta ad esistenza». Sicché, secondo questo Autore il divieto di cui all'art. 771 c.c. si dispiega nel caso in cui Tizio dona a Caio la piena proprietà dell'immobile che sarà costruito sul fondo Tuscolano; mentre non opera nel caso di Tizio che dona a Caio la piena proprietà dell'immobile costruito sul fondo Tuscolano, e che, però, è andata completamente distrutto in un incendio, perché, in tal caso, la nullità discenderebbe dagli artt. 1325, n. 3, c.c. e 1418 c.c., per essere una donazione priva del suo oggetto. Per approfondimenti, S. TROIANO, *La vendita di cosa futura*, in *I contratti di*

vendita, I, D. VALENTINO (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2007, p. 475.

37) M. LEO, nota a Cass. Sez. Unite, sentenza 10 marzo 2016, n. 5068, cit.

38) Per l'opposto orientamento, secondo cui ciascun partecipante sarebbe comproprietario *pro quota* di ogni singolo bene ereditario e, in conseguenza, egli potrebbe liberamente compiere atti di disposizione della propria quota limitatamente al bene medesimo, v. la nota 28.

Ciò posto, resta tuttavia da chiarire quali conseguenze produca l'atto di disposizione in esame relativamente alla divisione della massa comune.

Contrario all'idea della costituzione di una pluralità di comunioni conseguente alla alienazione della posizione giuridica del partecipante su una delle più cose comuni, con conseguente pluralità di divisioni, G. BRANCA, *Della comunione e del condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1982, p. 118, perché ciò contrasterebbe con l'art. 727 c.c., costringendo anche l'altro partecipante ad una doppia divisione; P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Nov. dig. it.*, XXVI, Torino, 1971, p. 762; nonché, A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ.*, F. VASSALLI (diretto da), XII, V, Torino, 1974, p. 37; F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 351 ss.; G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, cit., p. 431-436. *Contra*, A. FEDELE, *La comunione*, Milano, 1967, p. 295, secondo il quale «L'art. 727 cod. civ. non costituisce affatto un ostacolo all'ammissione nella specie di una pluralità di comunioni. Se è vero che per tale norma le porzioni devono farsi con tutti i beni comuni, è altrettanto vero che ciò vale per i beni comuni della medesima comunione e non per quelli di due distinte comunioni. È invece innegabile l'inconveniente derivante dalla pluralità di comunioni e consistente nel costringere gli altri comunisti, estranei al contratto di alienazione, a procedere ad una doppia divisione. Ma questo inconveniente non può indurre ad abbandonare la soluzione accolta, che *de jure condito* è la più fondata e risponde anche alla tradizione del diritto romano».

39) Come pure sarebbe interessante stabilire come il principio di diritto enunciato nella sentenza in questione si atteggi rispetto al caso in cui le parti, nella comune consapevolezza dell'altrui del bene, configurano l'accordo nei termini di una donazione per propria quota sul bene compreso nella comune indivisa con promessa del fatto del terzo per quelle quote in proprietà di altri. Sul punto, secondo un Autore (M. D'AURIA, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico*, cit., p. 1243): «Il problema consiste nell'ammettere la validità della donazione in presenza di una promessa di garanzia che quel bene appartenente a terzi al momento della stipulazione della donazione sarà trasferito in capo al donatario». Secondo taluna opinione la promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.) è compatibile con lo spirito di liberalità, e la relativa donazione è valida, e sarà assoggettata alla seguente disciplina: «Il donatario avrà diritto ed il donante sarà tenuto a dare un indennizzo limitato in ragione della liberalità che connota il patto donativo, se il rifiuto del terzo sia avvenuto nonostante l'impegno effettivo del donante; laddove il donante non abbia adempiuto la prestazione di *facere*, il donatario potrà ottenere il risarcimento dei danni, ma non la risoluzione del contratto di donazione, che rimarrà nulla per incompletezza della fattispecie» (*ivi*, p. 1242). Sulla promessa del fatto del terzo, in giurisprudenza, Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *I Contratti*, 2003, p. 977, con nota C. LEO, *La promessa del fatto del terzo tra indennizzo e risarcimento*.

40) B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 348: «La donazione di cosa altrui, come donazione obbligatoria, importa a carico del donante di dare la cosa, ossia di trasferirne la proprietà al donatario, il che importa procurarsi la cosa onde darla al donatario. Non è obbligazione di fare, cioè acquistare la cosa, a meno che il donante si sia assunto tale obbligo, ma di dare la cosa altrui; poiché in tanto si può dare in quanto si procura, procurarsi la cosa è soltanto il mezzo per adempiere l'obbligazione di darla al donatario».

41) Per l'ammissibilità si rinvia, più di recente a A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 392: «Preso atto che la donazione oggi non è solo strumento per attuare delle liberalità pure ma è spesso utilizzata per sistemare interessi di entrambe le parti contrattuali, ci si può, sulla base delle considerazioni esposte, orientare allora nel senso di una possibile applicazione alla fattispecie donativa dell'art. 1478 c.c., anche quanto al modo di produzione dell'effetto traslativo in favore del donatario, se una tale conseguenza è frutto di una pianificazione non erronea dei soggetti coinvolti nella vicenda negoziale ed è coerente con il programma da loro predisposto, il quale, con riferimento a fattispecie meritevoli di essere gestite diversamente, ad esempio, per la necessità di controllare l'evoluzione del rapporto che lega il donante e il donatario, può invece in altri casi risultare meglio articolato con una strutturazione obbligatoria della vicenda». Più risalente, B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 349: «il donante è tenuto a trasferirla al donatario, in conformità a quello che l'art. 1478, 1° comma dispone per la vendita. Né si può distinguere tra atto a titolo oneroso ed atto a titolo gratuito, giacché la obbligazione nascente dalla donazione non diverge da quella derivante da qualunque contratto con effetti obbligatori».

Contra, L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 27; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, cit., p. 220. In particolare, cfr. la opinione di A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 498: «Se quest'opinione fosse esatta, in

applicazione analogica del disposto contenuto nel secondo comma dell'art. 1478 cod. civ., l'acquisto a favore del donatario avverrebbe automaticamente, non appena, con l'acquisto della cosa da parte del donante, fosse rimosso l'ostacolo che si frapponeva alla realizzazione del trasferimento. Invece, l'acquisto della proprietà della cosa da parte del donante non avrebbe nessun valore, se la donazione riguardasse, *sic et simpliciter*, una cosa altrui. Essendo la donazione originariamente nulla, il fatto successivo non potrebbe valere a sanarla: se il donante volesse trasferire il bene, sarebbe necessario un nuovo atto di donazione. Tuttavia, se si parte dalla premessa, da noi accolta, che solo l'obbligazione di dare può formare oggetto di donazione, si deve escludere in ogni caso la validità della donazione di cosa altrui». Ancora, M. FRANZONI, *Donazione: inefficace e rimedi*, in *I contratti di donazione*, A. PALAZZO (a cura di), Torino, 2009, p. 363 «Dalla nullità della donazione di beni altrui derivava l'inefficacia dell'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà al donatario. Da quella nullità, coerentemente, derivava anche l'inoperatività dell'art. 1478, 2 co., c.c., secondo il quale "il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa"». Il dibattito in A. MERLO, *Donazione di beni altrui*, cit., p. 153 ss.

Cfr., inoltre, F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 387 ss

42) V. nota precedente.

43) Cfr. A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2009, p. 363

44) Cfr. inoltre M.L. INSINGA, *Note critiche sulla donazione di cose altrui come titolo astrattamente idoneo al trasferimento del dominio*, cit., p. 398, per il quale sarebbe possibile configurare la donazione di cosa altrui «alla stregua di un negozio condizionato», dove l'evento dedotto in condizione è individuato «nell'ingresso del bene alieno nel patrimonio del donante. La condizione in questione non avrebbe nondimeno natura volontaria – stante il rischio di ricadere nella nullità di cui all'art. 1355 cod. civ. – bensì legale, atteggiandosi quale presupposto di efficacia non sussistente al momento della conclusione del negozio e tuttavia "recuperabile"».

45) F. MAGLIULO, *Il problema della validità della donazione di bene altrui*, in *Notariato*, 2009, p. 494.

46) In senso contrario:

- A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia*, in *Notariato*, 2001, p. 454;
- U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 527-528: «non solo il donante non è tenuto a procurare l'acquisto della proprietà al donatario, ma quest'ultimo non diventa neppure proprietario della cosa qualora il donante abbia ad acquistarla dal suo titolare, essendo a ciò necessario un secondo atto di donazione».
- G. BONILINI, *La donazione di beni altrui, L'oggetto*, cit., p. 446: «sicché, non solo il donante non è tenuto a procurare l'acquisto della proprietà al donatario, ma quest'ultimo non diviene neppure proprietario del bene, nel caso in cui il donante abbia ad acquistare il diritto dal terzo che ne sia titolare, essendo necessario, invero, un secondo atto di donazione».

A favore invece:

- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 1579;
- F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 387 ss., il quale ipotizza l'adempimento dell'obbligo del donante per il tramite di un adempimento del terzo o di un contratto a favore del terzo.

47) A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia*, cit., p. 454.

48) F. MAGLIULO, *Il problema della validità della donazione di bene altrui*, cit., p. 494; F.M. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. not.*, 2001, p. 870-871: «l'adempimento traslativo si identifica o con l'atto traslativo del donante, il quale disponga della cosa a favore del donatario dopo averla acquistata dal terzo proprietario, oppure con l'atto traslativo che costui compia direttamente in favore del donatario, in adempimento dell'obbligo assunto in tal senso con il donante. Pertanto al fine di far conseguire l'altrui proprietà al donatario, il proprietario dovrà vendere, il donante dovrà pagare il prezzo, sicché dovrà tra i due raggiungersi un accordo, che potrà essere o di vendita (rendendosi così il donante acquirente del bene per poi ritrasferirlo al donatario, con un doppio passaggio di proprietà più oneroso) oppure (di vendita o di) preliminare di vendita a favore del terzo donatario, con pagamento del prezzo da parte del donante stipulante e adempimento dell'obbligo di trasferire la proprietà, assunto dal proprietario promittente, direttamente a favore del donatario stesso, che così l'acquisterà senza corrispettivo»

49) M. D'AURIA, *La donazione di beni altrui. Sul concetto di titolo astrattamente idoneo e di liberalità*, cit., 1598 «se il donante è in mala fede, ovvero sa dell'altruità della cosa e non la comunica al donatario, il titolo sarebbe invalido dal punto di vista causale, posto che verrebbe meno l'*animus donandi* nella sua generalmente ammessa accezione psicologica».

50) A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui: tra nullità e inefficacia*, cit., p. 460: «Ci si deve chiedere, infine, se la nullità della donazione di cosa altrui debba essere ravvisata, oltre che nel caso in cui l'altruità del bene sia dedotta in contratto, anche qualora essa sia nota solo al donante. In tal caso, infatti, l'esigenza di evitare il rischio di prodigalità, connesso alla consapevolezza del donante medesimo di disporre di un bene di cui non abbia la

titolarità, non essendo egli, rispetto ad un tale atto, considerato dall'ordinamento in grado di valutarne appieno il significato economico, deve essere temperata con l'esigenza di tutelare l'affidamento del donatario, che in buona fede ignori l'altruità del bene. Il temperamento degli interessi sopra citati potrebbe portare al superamento della nullità, positivamente sancito dall'art. 771 c.c., laddove si ritenesse che la consapevolezza del donante di donare una cosa altrui (...) in quanto connessa ad una sorta di elemento psicologico, possa essere determinata al pari di un motivo che abbia determinato il donante a compiere la liberalità», con la conseguenza che «affinché la consapevolezza del donante in merito all'altruità del bene rilevi, ai fini della nullità del contratto ex art. 771 c.c., essa debba emergere dall'atto di donazione, essendo, perciò, l'alienità del bene nota ad entrambe le parti». Ancora, M. D'AURIA, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, cit., p. 1240: «il donante, conoscendo l'alienità del diritto, non solo non l'ha comunicato al donatario, ma si è addirittura affermato titolare. Si tratta d'ipotesi significativa perché, da un lato, conferma che la preesistenza della causa di evizione determina l'invalidità della donazione, dall'altro perché l'ipotesi viene formulata in termini di dolo, con chiara allusione alla relativa disciplina dell'annullabilità. L'opportunità di simile soluzione rispetto ad una declaratoria di nullità risiede nel fatto che, mentre la nullità si limiterebbe a ripristinare lo *status quod ante*, senza interessarsi dei possibili profili di tutela del donatario, al contrario il ricorso alla disciplina dell'annullamento per dolo rimette al donatario la scelta di annullare il contratto o avvalersi eventualmente della garanzia per evizione».

- 51) In dottrina, cfr. G. LA MARCA, *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*, cit., p. 48: «qualora Tizio doni a Caio la piena proprietà di un appartamento che, erroneamente, entrambi ritenevano appartenere a Tizio, o che solo Tizio riteneva proprio o, ancora, che solo Caio credeva appartenere a Tizio (= in tutti e tre i casi ove non può certo dirsi che le parti abbiano programmato la sopravvenienza del bene), il contratto stipulato sarebbe una semplice donazione di bene non appartenente al donante, e in quanto tale priva di un elemento costitutivo del contratto di donazione. La conseguenza giuridica, allora, è che siffatta donazione sarebbe di per se stessa nulla ai sensi del combinato disposto artt. 1325 e 1418, 2° co., c.c., e che dunque, anche qui, il divieto dell'art. 771 c.c. non avrebbe alcuna ragione di operare».
- 52) M. D'AURIA, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, cit., p. 1243: «Quando il donante disponga ignorando che il diritto appartiene ad altri, stante il rilievo causale della titolarità del diritto, non è possibile riferirsi alla disciplina dell'errore: l'atto è propriamente inutile perché, in conseguenza della causa liberale, la donazione dispositiva non può essere integrata *ex lege* da un'obbligazione non preventivata e spontaneamente assunta dal donante di procurare l'acquisto del diritto dal terzo».
- 53) Così, A. MERLO, *Donazione di beni altrui*, cit., p. 153, il quale ricostruisce la opinione espressa da F. MAGLIULO, *Il problema della validità della donazione di bene altrui*, cit., p. 492.
- 54) G. BONILINI, *La donazione di beni altrui, L'oggetto*, cit., p. 445. Già, B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 348: «La donazione di cosa altrui, falsamente ritenuta propria, è impugnabile per errore, secondo i principi generali».
- 55) V. ROMANAZZO, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in F. VOLPE (a cura di), *Nuovi casi di diritto privato*, I, Torino, 2013, p. 174. Negli stessi termini, G. TORRASI, *La donazione di bene altrui e l'usucapione abbreviata*, cit., p. 39, secondo il quale se «il donante, per mancata o erronea conoscenza, reputa che il bene donato sia di sua proprietà, sarebbe da considerare più appropriata l'applicazione della disciplina in materia di errore: il rimedio sarebbe dunque l'annullabilità e non la nullità». Già, in dottrina, R. LENZI, *Donazione obbligatoria*, cit., p. 1648: «Sembra più conforme ai principi generali ritenere che in tal caso la donazione sia annullabile per errore». L'Autore non omette però di considerare che «vi è chi ha ritenuto doversi applicare per analogia l'art. 651 c.c., relativo al legato di cosa al terzo, che sanziona con la nullità della disposizione la mancata consapevolezza dell'altruità della cosa». Cfr. anche con riferimento al richiamo all'art. 651 c.c., le opinioni di: M. FERRARIO, *Usucapione immobiliare abbreviata e donazione di bene altrui*, cit., p. 770: «Il fondamento di tale nullità differisce da quello del divieto di donazione di beni futuri, e risiede nella presunzione che il testatore abbia voluto disporre di un bene come proprio, con la conseguenza della irrealizzabilità assoluta della disposizione»; ancora di M. D'AURIA, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, cit., p. 1228, secondo il quale, le «ipotesi di liberalità *mortis causa* di beni altrui si prestano ad essere spiegata in termini di impossibilità (giuridica) dell'oggetto del testamento: è giuridicamente impossibile disporre *mortis causa*, ossia ora per allora, di un oggetto che non sarà presente nell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione. (...). Nella donazione non si pone un problema d'impossibilità giuridica dell'oggetto. Si pone semmai un problema di sufficienza del contratto di donazione immediatamente dispositivo a reggere l'effetto traslativo quando non sia stata espressamente assunta la relativa obbligazione di procurare l'acquisto del diritto»; B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 248; R. RINALDI, *La donazione di beni altrui tra nullità ed inefficacia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 689.
- 56) F. MAGLIULO, *Il problema della validità della donazione di bene altrui*, cit., p. 492. Negli stessi termini, E. MORELATO, *Donazione di bene altrui ed usucapione immobiliare abbreviata*, cit., p. 998: «potendo le parti cadere

nell'errore di considerare il bene di proprietà dello stesso donante. E qualora ciò accada, è difficile sostenere che il donante si sia determinato a contrarre senza valutare il conseguente depauperamento del proprio patrimonio». Significativa, anche, opinione espressa da A. LOMONACO, *La donazione di beni altrui: tra nullità e inefficacia*, cit., p. 454, nt. 15: «nell'ipotesi in cui il donante, che ignori l'altruità del bene, non presti la garanzia per evizione, si potrebbe, forse, ipotizzare, in presenza dei requisiti dell'annullamento per errore, la possibilità di un'impugnativa da parte del donante, ravvisando un errore sulle qualità giuridiche della prestazione, ai sensi dell'art. 1429 c.c.».

- 57) Sul problema della responsabilità del notaio per gli atti già stipulati che fossero ritenuti nulli alla luce della pronuncia in commento, cfr. M. LEO, nota a Cass. Sez. Unite, sentenza 10 marzo 2016, n. 5068, cit., il quale, al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 28 L.N., ipotizza l'applicazione dei medesimi principi indicati da Cass. 13 ottobre 2011, n. 21202 (in *Giur. it.*, 2012, 2033) in tema di nullità delle clausole compromissorie di diritto comune inserite negli statuti societari. La nullità in esame, infatti, non potrebbe ritenersi "manifesta", stante le incertezze sul punto che hanno portato all'intervento delle Sezioni unite.
- 58) L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 27.
- 59) V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, cit., p. 758.
- 60) In dottrina, ad esempio, G. BONILINI, *La donazione di beni altrui, L'oggetto*, cit., p. 445 riferisce come secondo una interpretazione: «per la qualificazione dell'atto come donazione obbligatoria, non è sufficiente la conoscenza dell'altruità della cosa, ma occorre una manifestazione di volontà del donante, precisamente diretta all'assunzione di quell'obbligazione». Il riferimento in nota è all'opinione di L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 27; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 344 ss.
- 61) M.L. INSINGA, *Note critiche sulla donazione di cose altrui come titolo astrattamente idoneo al trasferimento del dominio*, cit., p. 389: «L'ipotesi, tutt'altro che di scuola, è il più delle volte riconducibile ad un titolo di provenienza assai fragile, costituito unicamente dalla dichiarazione del donante di aver usucapito il bene, benché non accompagnata anche dalla sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto a titolo originario e della successiva trascrizione ai sensi dell'art. 2651 cod. civ.».
- 62) Secondo l'orientamento della Corte di Cassazione, l'alienazione di un immobile, del quale l'alienante dichiara di essere proprietario per avvenuta usucapione, non è affetta da nullità se tale diritto non sia stato ancora giudizialmente accertato. Quanto al notaio non incorre in responsabilità professionale se ha avuto cura di inserire in atto una clausola dalla quale risulti che l'acquirente era consapevole del rischio di evizione derivante dal mancato accertamento giudiziale dell'avvenuta usucapione: Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, n. 2485, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2030; in *Riv. not.*, 2007, p. 1441; in *Vita not.*, 2007, p. 840, in *Resp. civ.*, 2008, p. 160, con nota F. TOSCHI VESPASIANI, *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*. Nel caso di specie, la clausola che ha tenuto indenne il notaio da responsabilità era del seguente tenore «Il sign. (...) si impegna rifondere alla (...) tutti i danni derivanti da azioni che eventuali terze persone o Enti possano avanzare in conseguenza della vendita imperfetta di terreni a lui intestati o avuti (...)». Per indicazioni di tecnica redazionale, in conseguenza del principio di diritto enunciato dalla predetta sentenza, C. BOTTA, *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*, in *Notariato*, 2008, p. 628. In termini analoghi alla precedente pronuncia, Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 2357. Sul punto, in dottrina, C. MAZZÙ, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata e alienazione del possesso*, in *Glossario notarile*, L. MAMBELLI e J. BALOTTIN (a cura di), Milano, 2013, p. 194 ss.; P. PAOLA, *L'usucapione*, Padova, 2011, p. 193; con indicazioni di tecnica redazionale, e con riferimenti bibliografici, A. FERRUCCI, C. FERRENTINO, A. AMORESANO, *Atti tra vivi di diritto civile*, cit., p. 475 ss. Con riferimento poi al tema degli acquisti con provenienza da usucapione ed allineamento catastale, ex d.l. 31 maggio 2010, n. 78, si rinvia a Circolare CNN, 29 giugno 2010, *La Circolazione immobile a seguito del d.l. 31 maggio 2010*, n. 78, est.ri M. LEO, A. LOMONACO e A. RUOTOLO, in *Studi e materiali*, 2011, 3. Per la dottrina, G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, Milano, 2010, p. 122. Ancora, Studio n. 718-203, est. M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 78/2013, Approvato dal CNN, 31 maggio 2014, in *Studi e materiali*, 2014, p. 233.
- 63) F.M. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, cit., p. 875: «Si può pensare all'eventualità che un notaio roghi l'atto di donazione sulla base della dichiarazione del donante di aver usucapito il bene, atteso che una sentenza trascritta ex art. 2651 c.c., non sarebbe strettamente necessaria, in quanto di mero accertamento, e poi il proprietario del bene agisca in rivendica dimostrando che l'usucapione non era maturata [...]. In tal caso il donatario potrebbe difendersi solo opponendo, a sua volta, l'usucapione (non già abbreviata, ma) ordinaria, avvalendosi se del caso, dell'accessione. Viceversa se il donante vantava un titolo poi venuto meno, il donatario può, se del caso, invocare l'art. 2652 c.c. Questa norma, infatti, fa salvo l'acquisto del subacquirente a date condizioni, tra le quali solo in caso di azione revocatoria e di azione di riduzione (art. 2652 n. 5 e 8 c.c.) è prevista l'onerosità dell'acquisto, sicché nelle ipotesi di rescissione, risoluzione, simulazione,

nullità, annullabilità (salvo l'art. 1445 c.c.), petizione ereditaria (salvo l'art. 534 c.c.), revocazione e opposizione di terzo, il subacquirente può anche essere un donatario».

- 64)** A. TORRONI, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa o per usucapione non accertata giudizialmente: tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2009, p. 278-279.
- 65)** A. TORRONI, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa*, cit. Sul punto, anche, G. BENEDETTI, *L'oggetto*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, G. BONILINI, (diretto da), vol. I, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 520.
- 66)** Per la sua ammissibilità, S. CERVELLI, *I diritti reali*, cit., p. 296; F. LOFFREDO, *Atti tra vivi. Legge notarile*, cit., p. 54.
- 67)** Su tale questione era intervenuta una pronuncia di merito richiamata in sede di giudizio: Trib. Vallo della Lucania, 13 aprile 1992, cit., il quale aveva parlato di condizione "implicita". Segnatamente, secondo il Tribunale «la donazione da parte di un coerede di beni ricadenti nella massa ereditaria non costituisce donazione di cosa altrui, ma di cosa solo eventualmente altrui; con la conseguenza che trattasi di valida donazione, sottoposta alla condizione sospensiva che i beni donati rientrino nella quota assegnata, in sede di divisione, al coerede donante». Già di alienazione sottoposta a condizione sospensiva tacita si esprimevano: Cass. 7 maggio 1960, n. 1043, in *Foro it. Mass.*, 1960, 238; Cass., 30 marzo 1963, n. 794, *ivi*, 1963, 227; Cass., 30 giugno 1965, n. 1370, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 137.
- 68)** F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 360, il quale, nel suo pregevole contributo, sviluppa l'intuizione secondo la quale la condizione debba essere espressa, non potendo ritenersi implicita.
- 69)** B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 344 e nt. 12, ripreso in L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 110 nt. 2; ID., *Donazione*, Torino, 1967, p. 143. Ancora, in dottrina, F. SANTORO PASSARELLI, *Nullità della riserva di usufrutto da parte del nudo proprietario*, in *Vita not.*, 1951, p. 49, Per la validità, Trib. Palermo, 23 aprile 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 528, con nota G. PUGLIESE, *Cessione dell'usufrutto «post mortem» con consenso del nudo proprietario*, secondo il quale «è valida la donazione dell'usufrutto che il nudo proprietario faccia per il momento in cui, con la morte dell'attuale usufruttuario, si verificherà il consolidamento con la nuda proprietà e che deve considerarsi non donazione concernente beni o diritti futuri, ma costituzione dell'usufrutto con termine iniziale. Quando sia stato regolarmente trascritto l'atto è perciò opponibile ai terzi». In senso contrario, Trib. Catanzaro, 10 gennaio 1950, in *Foro pad.*, 1950, I, p. 1211 «viola il divieto della donazione di beni futuri, e quindi è nulla la riserva di usufrutto consentita a favore di chi dona la nuda proprietà di una cosa, soggetta all'usufrutto di un terzo».
- Per approfondimenti, v. Risposte ai quesiti di questo Ufficio studi, n. 930-1994, G. CASU, *Donazione di nuda proprietà con riserva di usufrutto a far data dal momento in un precedente usufrutto si estinguerà con la morte del titolare*, in *Banca dati del notariato A. Gallizia*; n. 539-2010, D. BOGGIALI, *Donazione con riserva di usufrutto successivo da parte del nudo proprietario*, *ivi*, nella quale si ammette anche la riserva dopo di sé a favore di altra persona, escludendo che ci si trovi in presenza di una donazione di beni futuri vietata ex art. 771 c.c. Con riferimento a fattispecie per taluni aspetti similari, v. Quesiti n. 802-2014/C, a cura di M. BELLIN VIA; n. 2043, a cura di A. RUOTOLO; n. 88-2009/I, a cura di D. BOGGIALI; n. 539-2010/C, a cura di D. BOGGIALI. Per ulteriori spunti, A. MUSTO e M. BELLIN VIA, *Usufrutto successivo e donazione con riserva di usufrutto prima a favore di sé stesso e dopo di sé a favore del suo coniuge, con contestuale costituzione del diritto di abitazione su quello stesso immobile a favore di un terzo*, in *CNN Notizie*, 23 gennaio 2015.
- 70)** Cass., 31 giugno 1929, n. 2108, in *Rep. foro it.*, 1929, voce *Donazione*, n. 13.
- 71)** B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 349.
- 72)** A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 498. Cfr. anche G. BONILINI, *La donazione di beni altrui, L'oggetto*, cit., p. 444.
- 73)** Cass. 6 maggio 2004 n. 8599, in *Gius.*, 2004, 3570; Cass. 23 febbraio 2007 n. 4224, in *Notariato*, 2008, p. 400; in *Riv. not.*, 2007, p. 1448; in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2620, con nota illustrativa G. RISPOLI, *Retratto successorio e comunione ordinaria*; in *Danno e resp.*, 2007, II, p. 1448; Cass. 27 marzo 2015 n. 6293, in *Rep. Foro it.*, 2015, *Divisione*, n. 14.

Merita di essere qui riprodotto un passo della citata sentenza 2004/8599 in cui la Suprema Corte conferma la decisione del giudice di appello, il quale, «all'esito di una interpretazione logico-letterale dell'atto di divisione 29.7.1989 stipulato tra (...) ed (...), ha rilevato che questi ultimi intesero dividere e regolare l'assetto proprietario di beni immobili, di cui erano comproprietari, individuati non solo in quelli compresi nell'asse ereditario lasciato da (...), ma anche in cespiti ulteriori e diversi; ha quindi richiamato una clausola residuale e di chiusura secondo la quale i condidenti rimanevano "in comunione per immobili non compresi nella presente divisione", riconoscendosi "reciproco diritto di prelazione nel caso di vendita delle loro rispettive quote di comproprietà"; di qui la sentenza impugnata ha tratto la logica conclusione che con il menzionato atto (...) dettero origine ad una nuova regolamentazione del compendio immobiliare di cui erano comproprietari, costituito, come già ricordato,

anche da beni non provenienti dall'eredità (...); pertanto, così cessata la comunione ereditaria e sorta in sua sostituzione una comunione ordinaria per i beni non divisi, la Corte territoriale ha ritenuto insussistenti i presupposti per l'esercizio del diritto di riscatto previsto dall'art. 732 c.c.».

- 74) R. NICOLÒ, *La trascrizione*, III, Milano, 1973, p. 91 che discorre di *legitimatio superveniens*; C. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Comm. D'Amelio Finzi*, Firenze, 1943, p. 39 ss.; S. TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 274; S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1945, 5, p. ; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, vol. 19, 2008, p. 96: il quale argomentando dall'art. 1159 c.c., e riconoscendone un utile effetto, afferma che «Non vi è dubbio quindi che la immediata trascrivibilità sia possibile e che ad essa siano collegati effetti positivi». Ancora, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO (diretto da), Torino, 2012, vol. 4, p. 96, secondo il quale «A tale trascrizione, ovviamente priva di effetto per l'inefficacia traslativa del titolo, è difficile negare funzione prenotativa, in vista della possibilità che l'efficacia traslativa sopraggiunga». In linea con quest'ultima opinione, C. CILLO, A. D'AMATO e G. TAVANI, *Dei singoli contratti*, vol. I, Milano, 2005, p. 105: «Lo stesso diritto positivo conferma questa tesi perché consente la trascrizione della vendita di cosa altrui quando prevede l'usucapione abbreviata (decennale) a favore di colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario di un immobile in forza di un titolo che sia (astrattamente) idoneo a trasferire la proprietà e che sia debitamente trascritto (cfr. art. 1159 c.c.). Né si dica che l'immediata trascrizione non gioverebbe all'acquirente di cosa altrui: costui, infatti prevarrà nei confronti di ogni eventuale successivo acquirente dallo stesso venditore. In altri termini, se a Tizio, che compra da Caio il fondo Tuscolano di Sempronio, non fosse consentito di trascrivere subito, l'effetto di prevalenza previsto dall'art. 2644 c.c. potrebbe verificarsi a favore di un eventuale terzo, il quale abbia successivamente acquistato lo stesso bene da Caio, ma abbia trascritto per primo». In questa prospettiva, da ultimo, anche A. SPATUZZI, *Futurità e attualità dei beni oggetto di donazione*, cit., p. 979: «Non è da escludersi, inoltre, come, anche a fronte di un trasferimento non immediatamente traslativo, una solerte trascrizione possa riuscire vantaggiosa ai fini della soluzione del conflitto tra più aventi causa di un medesimo disponente. L'acquisto della proprietà da parte di quest'ultimo, infatti, sarebbe in grado di rendere efficaci gli originari atti di disposizione compiuti a non domino così da investire la trascrizione di funzione prenotativa in ordine agli effetti primari». In giurisprudenza, Cass., 11 dicembre 1992, n. 13121, in *Giur. it.*, 1998, I, 649, con nota A. MAGRÌ, *Sull'immediata trascrivibilità della vendita di cosa altrui*; Cass., 31 maggio 1971, n. 1637, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1616; Cass., 8 ottobre 1983, n. 2520, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1143; Cass., 10 luglio 1986, n. 4497, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 366.

Secondo una diversa prospettiva non sarebbe possibile una trascrizione immediata in quanto «il venditore non è proprietario ed anche quando lo diviene non vi è retroattività degli effetti, cosicché non potrà ipotizzarsi un effetto di prenotazione, né d'altra parte, potrà ammettersi una trascrizione immediata sia pure di un diritto rinviato nel tempo, per l'inconfigurabilità di un diritto reale di proprietà in capo a chi trasferisce» F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, P. SCHLESINGER (a cura di), Milano, 1998, I, 137. Secondo questa opzione ricostruttiva, una volta procurato l'acquisto, andranno quindi effettuate due trascrizioni, di cui, la prima contro il proprietario e a favore del venditore, mentre la seconda contro il venditore e a favore del compratore, salvo che il trasferimento non venga effettuato direttamente dal proprietario al compratore. Contrari alla trascrizione immediata anche, R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, M. BESSONE (diretto da), Torino, 2012, p. 56: «la trascrizione può svolgere una funzione di prenotazione solo nelle ipotesi eccezionalmente previste nel nostro ordinamento; si può aggiungere che, ad ogni modo, la trascrizione andrebbe effettuata non contro il vero dominus, ma contro il venditore, che non è proprietario, per cui vi sarebbe una interruzione nella serie delle trascrizioni in tal modo non potrebbe aversi il normale effetto della trascrizione, il principio della continuità»; L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1977, p. 69, secondo il quale, essendovi due trasferimenti, si ha «la necessità di effettuare due trascrizioni: la trascrizione contro il proprietario originario, in base all'atto traslativo intercorso fra questo e il venditore, la trascrizione contro il venditore sulla base della compravendita. Questa seconda trascrizione sarà valida se effettuata dopo che il venditore ha acquistato il diritto oggetto della vendita, perché solo in quel momento avverrà il trasferimento di esso dal venditore al compratore. La cosa si comprende tanto più facilmente in pratica. Il compratore, trascrivendo subito, potrebbe farlo solo contro il venditore, non contro il proprietario; ora egli con tale trascrizione non si assicura alcuna prelazione nei confronti di eventuali acquirenti dal proprietario, che sempre prevarranno a lui, anche se non abbiano trascritto»; D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 317; M.L. INSINGA, *Note critiche sulla donazione di cose altrui come titolo astrattamente idoneo al trasferimento del dominio*, cit., p. 398-399: «La peculiare struttura della donazione di cosa altrui sconsiglia di procedere ad una trascrizione immediata dell'atto per l'ovvia, ma basilare, ragione che nella fattispecie in questione manca un soggetto contro cui trascrivere. Da un lato, proprio la carenza di legittimazione traslativa in capo al donante impedisce di curare la trascrizione contro di lui; dall'altro, l'eterogeneità soggettiva che contraddistingue il titolo non consente di trascrivere neanche contro il vero proprietario. Esclusa quindi la

possibilità concreta di una trascrizione contestuale rispetto alla donazione di cosa altrui, rimane il problema se effettuare una trascrizione unica solo al momento dell'acquisto della proprietà da parte del donante o curare invece una doppia trascrizione che tenga conto anche del successivo passaggio di proprietà in capo al donatario. Quest'ultima soluzione, benché onerosa, appare come quella senz'altro più corretta sotto il profilo formale e più aderente al principio di continuità delle trascrizioni, e soprattutto si impone come dovuta qualora l'adempimento della donazione avvenga attraverso un duplice negozio traslativo. Diversa soluzione si profila, nondimeno, una volta ricostruita la donazione obbligatoria alla stregua di un negozio sottoposto a *condicio iuris*, atteso che potrebbe invocarsi l'applicabilità dell'art. 2659 cod. civ., con la possibilità di trascrivere immediatamente l'atto donativo seppur facendo menzione della condizione nella relativa nota». In giurisprudenza, in senso contrario alla immediata trascrivibilità, Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 829.

- 75) S. CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, Milano, 2002, p. 29, secondo la quale a livello operativo, tale adempimento si realizzerebbe indicando nella nota l'alienità del bene; e poi, una volta trascritto l'acquisto dal terzo, sarà cancellata la predetta menzione. Ancora, cfr. D. FALCONIO, *Preliminare di vendita di cosa altrui o parzialmente altrui ovvero un'aquila che si crede un pollo*, in *La "circolazione" del contratto preliminare di alienazione di immobili*, in *Quaderni della fonazione italiana notariato*, Milano, 2009, p. 101-102: «la prassi prevede per la vendita di cosa altrui la trascrizione (che chiameremo "trascrizione A") del contratto a favore dell'acquirente e contro il venditore, facendo menzione nella nota (quadro "A" e "D") della circostanza dell'altruità dell'immobile. Nel momento in cui il venditore della cosa altrui acquisisce la proprietà dal reale titolare del bene, l'atto che produce tale effetto subisce una doppia vicenda pubblicitaria: a) trascrizione (che chiameremo "trascrizione B") contro l'originario proprietario e a favore del venditore di cosa altrui; b) annotazione a margine della "trascrizione A" per cancellare la menzione dell'altruità della cosa. Dall'insieme dei tre elementi (trascrizione "A", trascrizione "B" e annotazione) si perfeziona la pubblicità dell'acquisto finale in capo alla parte acquirente intervenuta nella vendita (obbligatoria) di cosa altrui».
- 76) M. LEO, nota a Cass. Sez. Unite, sentenza 10 marzo 2016, n. 5068, cit.: «Con riferimento alla sorte delle donazioni già stipulate, si potrebbe ipotizzare l'applicazione dei medesimi principi indicati da Cass. 13 ottobre 2011 n. 21202, in *Giur. It.*, 2012, p. 2033, in tema di nullità delle clausole compromissorie di diritto comune (anziché redatte ex art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), inserite negli atti costitutivi di società laddove non prevedano che l'arbitro sia nominato da un soggetto estraneo alle parti in controversia. In tale occasione La Cassazione ha infatti stabilito che, poiché prima del deposito della sentenza n. 21202/2011, esisteva un contrasto giurisprudenziale sul citato art. 34, doveva escludersi che gli atti notarili stipulati prima della definitiva soluzione giurisprudenziale di tale contrasto ad opera del S.C., potessero ritenersi "atti espressamente proibiti dalla legge" ai sensi dell'art. 28 L.N. e, conseguentemente, escludere la responsabilità disciplinare del notaio che quegli atti avesse ricevuto. La nullità deve infatti essere manifesta e non invece il risultato di un'interpretazione non univoca e non sufficientemente consolidata. Anche la questione interpretativa risolta dalle sezioni unite con la pronuncia in esame, era egualmente controversa e riguardava una problematica che poneva il notaio - quale operatore giuridico, scelto obbligatoriamente dalle parti in qualità pubblico ufficiale rogante al fine di ricevere l'atto pubblico di donazione - dinanzi ad un'opzione: aderire alla richiesta di stipulare la donazione della c.d. quotina, essendo a ciò obbligato ai sensi dell'art. 27 L.N. oppure rifiutare la richiesta ex art. 28 L.N. reputando il negozio non ricevibile per contrasto a norme imperative. Al di là delle singole scelte professionali e delle cautele adottate sul piano della tecnica redazionale, la difficoltà per il notaio chiamato a ricevere una donazione della quotina prima della sentenza in esame, era quella di individuare la norma avrebbe potuto essere violata, considerato che la donazione di cosa altrui non è disciplinata e che solo la pronuncia n. 5068/2016 (depositata il 15 marzo 2016), per la prima volta, è giunta a considerare (sempre in via interpretativa) nulla la donazione in esame. Stante la pregressa incertezza si dovrebbero forse ritenere prevalenti le ragioni a sostegno della scelta del notaio di ricevere l'atto anziché di rifiutarlo. Tanto più che un eventuale giudizio di nullità avrebbe dovuto transitare per l'incerta applicabilità, al caso della donazione di cosa altrui, del divieto contenuto nell'art. 771 cod. civ. dettato in tema di donazione di beni futuri».
- 77) Tra le tante, Cass., 12 novembre 2013, n. 25408, in *Dir. & giust.*, 2013, p. 1377, con nota A. GRECO, *Il divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge comprende solo atti univocamente nulli*; ancora, Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, p. 493 ss.; in *Notariato*, 1998, p. 7, con nota E. BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*; in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 380, con nota R. TRIOLA, *Osservazioni in tema di atti espressamente proibiti ex art. 28 n. 1 legge notarile*. Più di recente, in dottrina, cfr. P. ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1253; A. DI MAJO, *La nullità "non equivoca"*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1159 ss. (nota a Corte Appello Milano, 5 febbraio 1999). Per ulteriori approfondimenti del tema, per tutti, S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. n. 5913/2011 (con una postilla) e ID., Chiosa (in divenire) a Cass. 13 ottobre 2011, n. 21202*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, Torino, 2012, p. 59 ss. e p. 117 ss.

- 78)** Cass. 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 483, con nota L. FELLETTI; *ivi*, 2012, p. 1272, con nota M. MUSOLINO, *Nullità dell'atto rogato e responsabilità notarile disciplinare*; in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 228, con nota I. PRISCO, *'Incertezze' interpretative e responsabilità disciplinare del notaio ex art. 28 l. not.*; in *Corr. giur.*, 2012, p. 350 ss., con nota R. CONTE, *In tema di responsabilità disciplinare e deontologica dell'avvocato: novità giurisprudenziali e normative*; in *Vita not.*, 2012, p. 360. In argomento, vedi anche: Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Notariato*, 2011, p. 321; in *Riv. not.*, 2011, p. 897, con nota G. CORSI, *Clausola compromissoria statutaria, in equivocità della disposizione e responsabilità del notaio*; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2554; in *Riv. arb.*, 2011, p. 255, con nota A. VANNI, *Sull'esclusività del modello arbitrale societario nei nuovi orientamenti della giurisprudenza di legittimità*; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1528, con nota L. FELLETTI, *Nullità della clausola compromissoria societaria e responsabilità del notaio ex art. 28, n. 1, l.n.*; in *Personaemercato*, con nota S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità in equivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. 5913/2011 (con una postilla)*; Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Giur. it.*, 2011, 2033, con note S. GRISERI, *Gli atti «espressamente proibiti dalla legge» ex art. 28 comma 1, della legge notarile*; nonché S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: un doppio binario?*, 2307; e di L. BOGGIO, *Forse un "binario" e mezzo?*, 2309 ss.; in *Giust. civ.*, 2011, p. 348; *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1530, con nota L. FELLETTI, *Nullità della clausola compromissoria societaria e responsabilità del notaio ex art. 28, n. 1: finalmente la questione approda in Cassazione...ed è già in contrasto ex art. 28, n. 1, l. not.*; in *Riv. arb.*, 2011, p. 255, con nota A. VANNI, *Sull'esclusività del modello arbitrale societario nei nuovi orientamenti della giurisprudenza di legittimità*.
- 79)** L'intuizione è già suggerita, nell'ottica di un corretto espletamento del mandato professionale, in F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 392. Contrario ad ammettere tale eventualità, parrebbe, M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2013, p. 312: «Quanto alla donazione di *beni altrui*, si propende, seppur con voci contrarie, per la sua nullità, sicché si esclude che il donante, al pari del venditore (art. 1478), si possa obbligare a procurare l'acquisto al donatario: ai sensi dell'art. 771, si sostiene che la donazione deve comprendere soltanto beni presenti del donante; l'art. 769, inoltre, stabilisce che questi dispone a favore del donatario di un "suo" diritto».
- 80)** Nel superamento di una concezione meramente letterale dell'interpretazione si colloca il contributo di P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova Scuola dell'esegesi*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 297.
- 81)** G. TORRASI, *La donazione di bene altrui e l'usucapione abbreviata*, cit., p. 38 si interroga sul punto: «a) se si tratta di nullità derivante dal contrasto con una norma imperativa, ritenendosi tale regola – tratta in via analogia dalla *ratio* politico-legislativa di proscrivere donazioni affrettate – secondo cui è proibito donare beni non ancora appartenenti al patrimonio del donante; b) oppure se si tratta di nullità testuale per contrasto diretto con l'art. 771 c.c., aderendosi all'idea che nell'area di significanza del concetto di *futurità* sia già compresa l'ipotesi del bene soggettivamente futuro; c) o ancora, considerata l'attualità dello spoglio alla stregua di un elemento integrativo della causa del contratto di donazione, se si tratta di nullità strutturale, e segnatamente di nullità per assenza di causa».
- 82)** L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 222. V. MARICONDA, *La donazione di cosa altrui è nulla ma è titolo idoneo all'usucapione abbreviata*, cit., p. 1229: «Il divieto di donazione di beni altrui riguarda ovviamente i soli atti a contenuto dispositivo, destinati a realizzare un effetto traslativo immediato. Nessun ostacolo è invece prospettabile con riferimento al diverso caso del soggetto che per spirito di liberalità assuma l'obbligo di trasferire un diritto che non gli appartiene».
- 83)** Con taglio casistico-applicativo, affrontavano l'intricato tema, V. ROMANAZZO, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, cit., p. 171 ss. (il caso riguarda una donazione della piena ed esclusiva proprietà di un terreno del quale, all'atto della stipula, l'alienante era soltanto nuda proprietaria); G. CAPOZZI e A. AUCIELLO, *Successioni e donazioni, Casistica*, Milano, 2004, p. 727 (il caso è quello di una donazione di un fondo che esso donante acquisterà da un terzo in momento successivo alla stipula dell'atto); S. CERVELLI, *I diritti reali*, cit., p. 295 ss., (il caso è quello di Tizio, Caio e Sempronio che hanno acquistato in comune una villa formata da tre appartamenti, mentre Tizio intende ora donare la propria quota su uno dei tre appartamenti al figlio Filano).