

■ Studi Civilistici

Studio n. 107-2009/C

Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22 aprile 2009)

Lo studio in sintesi (Abstract)

Lo studio si propone, all'interno di una verifica generale dell'incidenza delle nuove norme "antiriciclaggio ed antievasione" sulle movimentazioni finanziarie effettuate a titolo di liberalità, di mettere a fuoco due specifici aspetti che derivano dall'adempimento dei suddetti nuovi obblighi e, precisamente:

- 1) in primo luogo, accertare, a quali oneri formali (tracciamento, menzione, verifica, archiviazione, registrazione) sono soggette le dazioni di somme di denaro effettuate a titolo di liberalità;*
- 2) in secondo luogo, accertare, se, in che modo e con quali effetti sia possibile, ove ciò si renda necessario ai fini di una corretta gestione delle sistemazioni patrimoniali all'interno di una famiglia, far emergere e documentare pregresse movimentazioni finanziarie delle quali non sussiste traccia nei relativi contratti ovvero far emergere l'expressio causae di movimentazioni finanziarie che all'interno di progressi atti appaiono prive di giustificazione causale.*

Preliminarmente vengono individuate gli elementi discriminanti per qualificare una fattispecie come donazione diretta ovvero come liberalità indiretta o atipica, regolata dall'art. 809 c.c., posto che solo queste ultime sono soggette a rigorosi oneri di forma solenne. Una sintetica indagine sul punto si è resa necessaria perché un'incerta definizione della linea di confine che demarca le due aree rischia di collocare all'interno dell'art. 809 c.c. fattispecie i cui elementi costitutivi coincidono con quelli presenti nella donazione diretta salvo che per l'assenza della forma solenne (fuori dai casi, beninteso, della donazione di modico valore), facendo perdere, di fatto, qualunque significato alla rigorosa disciplina codicistica che il Legislatore ha dettato per la formazione del contratto di donazione.

Nel passare ad esaminare gli oneri formali prescritti per le donazioni di somme di denaro, si è evidenziato che la disciplina codicistica impone la tradizione della somma stessa, quale elemento essenziale ai fini della validità del contratto in alter-

nativa alla forma solenne, esclusivamente per le donazioni di modico valore, restando, nella altre fattispecie, la consegna della somma di denaro, elemento che attiene all'esecuzione del contratto e non al suo perfezionamento.

Nessun obbligo specifico di tradizione delle somme è stato imposto dai menzionati provvedimenti normativi diretti a contrastare il riciclaggio di denaro di provenienza illecita, il finanziamento del terrorismo e l'evasione fiscale, cosicché, nell'atto pubblico, sarà sufficiente indicare l'oggetto della donazione (somma di denaro, assegno o altro titolo, etc.), secondo il disposto dell'art. 782, comma 1°, c.c., restando la modalità di trasferimento dello stesso confinata alla fase di esecuzione del contratto di cui sicuramente è opportuno far menzione, se contestuale al ricevimento dell'atto pubblico, ma la cui assenza non invalida il contratto stesso. In buona sostanza, la menzione dell'avvenuta consegna ovvero della consegna e delle relative modalità saranno elementi presenti nel contratto secondo una tecnica di buona redazione dell'atto pubblico, ma non essenziali ai fini della validità dell'atto stesso.

Se la donazione ha ad oggetto somme di denaro di importo pari o superiore a 12.500 euro dovranno essere utilizzate modalità di trasferimento del denaro che siano tracciabili nel rispetto del disposto sopra richiamato. Nel caso in cui venga utilizzato un assegno (bancario, postale, circolare) è da ritenersi che oggetto della donazione non sia la somma di denaro ma il titolo all'ordine e, quindi, l'ordine di pagamento rivolto all'Istituto bancario (o Poste Italiane) cartolarizzato nel relativo titolo; di conseguenza, sarà necessario, in questo caso, descrivere il titolo nel contratto di donazione stesso, al fine di soddisfare gli oneri formali richiesti dall'art. 782 c.c. ed il donatario acquisterà non solo il diritto ad ottenere dalla banca la disponibilità della somma indicata nel titolo, ma tutti i diritti inerenti al titolo stesso.

Qualora l'assegno sia stato, in un momento precedente al perfezionamento del contratto di donazione, consegnato dal donante al donatario, e da questi incassato, si avrà un'inversione del normale ordine cronologico degli elementi costitutivi della fattispecie: la consegna della somma di denaro (rectius: dell'assegno bancario o circolare) sarà anticipata rispetto al perfezionamento del contratto di donazione.

E' evidente che nell'ipotesi in cui le parti consapevolmente dovessero dichiarare avvenuta la consegna di somme di denaro, contrariamente al vero, si verterà in un'ipotesi di simulazione assoluta del contratto con tutte le conseguenze nei confronti delle parti e dei terzi, sia sul piano degli effetti giuridici che sul piano probatorio

Dall'ipotesi di donazione diretta di somma di denaro va distinta, seguendo il costante orientamento giurisprudenziale, l'ipotesi in cui il beneficiante entri in possesso della somma di denaro perché depositata su un libretto di risparmio (o su un conto) cointestato. Tale fattispecie integrerebbe non una donazione diretta delle

somme di denaro ma una donazione indiretta laddove sia provato l'intento liberale (rectius: animus donandi).

Posto, comunque - con le precisazioni di cui sopra -, che la dazione di somme di denaro, di un assegno ovvero un bonifico bancario effettuato a scopo di liberalità, integrano una donazione diretta che richiede il rispetto della forma solenne prescritta dall'art. 782 c.c. si è affrontato l'ulteriore problema della sorte di quelle donazioni (non di modico valore) effettuate, a titolo di liberalità, senza il rispetto dei rigorosi oneri formali e, quindi, nulle e si giunti alla conclusione che la nullità comporterà un obbligo restitutorio a carico del beneficiario che potrà dar luogo ad un'ulteriore fattispecie liberale. Invero, in assenza di un'espressa rivendicazione della somma da parte del donante sarà possibile ipotizzare o una remissione del debito restitutorio effettuata dall'avente diritto a titolo di liberalità atipica, ovvero potremmo trovarci di fronte all'estinzione dell'obbligo di restituzione per il decorso del termine di prescrizione; anche in questo caso, condividendo gli orientamenti dottrinali più recenti, è ipotizzabile una liberalità atipica, in presenza di un accordo "configurativo" tra il beneficiario ed il beneficiario e nel presupposto che l'art. 809 c.c. regoli, al suo interno, non solo fattispecie negoziali da cui derivino liberalità, ma anche fattispecie non negoziali che producano il medesimo risultato economico, qualora ci sia il consapevole accordo tra le parti di non ostacolare l'effetto che direttamente la legge fa derivare dal perfezionarsi di una determinata fattispecie.

Riguardo agli atti accertativi di pregresse liberalità, si evidenzia nello studio, innanzitutto, l'utilità di questa tipologia di atti perché diretta a soddisfare l'interesse delle parti, in un momento successivo alla donazione ed in difetto di idonea documentazione, ad accertare non solo la circostanza della prestazione effettuata ma anche l'animus donandi che ha determinato la prestazione stessa e la concorde volontà del beneficiario di ricevere la prestazione a tale titolo.

Non si sono riscontrati ostacoli nella legge notarile in ordine alla possibilità di ricevere i suddetti atti ricognitivi, sul piano di una presunta "riserva di attività", da parte dell'autorità giudiziaria, in materia di assunzione di prove. Invero, l'attività istruttoria (preventiva) svolta dall'Autorità Giudiziaria e l'attività di documentazione svolta dal notaio, agiscono su piani diversi: l'ordinamento espressamente prevede che determinate dichiarazioni aventi valore confessorio, possano essere rese al di fuori della sede processuale - ed è il motivo per cui il codice detta regole diverse per la confessione giudiziale e stragiudiziale -; il fatto che esse siano contenute in un atto notarile nulla aggiunge al loro valore probatorio, fondando certezza esclusivamente in ordine alla loro provenienza

Relativamente alla struttura formale della dichiarazione ricognitiva, l'atto per realizzare pienamente i suoi effetti dovrà provenire congiuntamente dall'autore della liberalità e dal beneficiario, essendo rivolto a documentare un accordo e, quindi, un fatto storico riconducibile alla volontà di entrambi i soggetti.

La donazione, giova rammentare, è atto a struttura bilaterale nel quale assume rilevanza giuridica sia l'interesse del donante a dare esecuzione al proprio intento liberale e sia l'interesse del beneficiario a non ricevere l'atto di liberalità, in omaggio al principio secondo cui "nemo locupletari potest invito", giustificato dal rischio che qualcuno riceva ciò che non è gradito, o ciò che la legge o il costume vietano di accettare

La dichiarazione proveniente dal solo disponente o dal solo beneficiario sarà priva di effetti sostanziali ed avrà mera valenza processuale. Al contrario, l'atto di accertamento proveniente sia dal disponente che dal beneficiario avrà valenza sostanziale oltre che processuale essendo destinato ad eliminare profili di incertezza all'interno della fattispecie oggetto di accertamento ed in grado di produrre quel quid novi costituito dall'effetto preclusivo ben distinto sia dal mero effetto dichiarativo, sia dall'effetto costitutivo

Gli effetti processuali dell'atto di accertamento proveniente dal disponente e dal beneficiario, non saranno altro che la proiezione degli effetti sostanziali derivanti dal negozio posto in essere, sotto il duplice aspetto di "escludere qualsiasi futuro intervento del giudice in ordine al loro accertamento" e di non poter prescindere "dall'esistenza della situazione giuridica accertata, cosicché se le parti (o la parte) hanno, per errore, o volutamente, accertato una situazione inesistente, l'accertamento sarà privo di causa" così come sarà privo di causa se "la situazione preesistente esisteva ma era certa

Dunque, una dichiarazione resa dalle parti, nella piena consapevolezza dell'inesistenza della situazione giuridica oggetti di (falso) accertamento andrà qualificata come negozio giuridico di accertamento simulato, con le relative conseguenze sul piano sostanziale e processuale, tra le parti e nei confronti dei terzi.

L'atto di accertamento della liberalità non donativa non è soggetto agli oneri formali della donazione diretta in quanto, se negozio di accertamento, ha una causa propria diversa da quella donativa, se dichiarazione di scienza è atto a forma libera privo di valore negoziale.

Nessun obbligo sussiste a carico delle parti, in base alla normativa antiriciclaggio (d.lgs. 231 del 2007), di tracciare, nell'atto ricognitivo, le modalità con le quali è avvenuto il trasferimento del denaro, potendosi le parti limitare a darsi reciprocamente atto che la movimentazione finanziaria è avvenuta nel rispetto delle modalità di legge. E' evidente, tuttavia che qualora nell'atto di ricognizione siano indicate modalità contrastanti con il disposto dell'art. 49 del cit. d.lgs. 231/2007, sulla limitazione all'uso del denaro contante, il notaio sarà obbligato a farne comunicazione dell'infrazione al Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 51 del cit. d.lgs. 231/2007. Il notaio, peraltro, nell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica, in presenza di un atto ricognitivo che presenti profili di anomalia, sulla base degli indicatori generali contenuti nell'art. 20 del cit. d.lgs. 231 del 2007 (ad esem-

pio, assenza di qualunque rapporto di parentela o di relazione sociale tra donante e beneficiario, sospetto di preconstituzioni di provviste finanziarie fittizie, etc.) sarà tenuto a segnalare l'operazione all'UIF, ai sensi del combinato disposto degli artt. 41 e 43 del cit. d.lgs. 231/2007, nel caso in cui emergano sospetti che l'operazione possa essere finalizzata o comunque collegata al riciclaggio di beni di provenienza illecita ovvero al finanziamento del terrorismo.

La mancanza di obblighi di menzione, nell'atto di donazione ovvero nell'atto ricognitivo, delle modalità con cui è avvenuta la movimentazione finanziaria non esenta il notaio dagli obblighi di conservazione, nel fascicolo di studio, delle relative informazioni acquisite, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 36 del cit. d.lgs. 231 del 2007.

Sommario: 1. Impostazione del problema e sua rilevanza notarile - 2. Il rapporto tra causa e forma nella donazione ed il concetto di liberalità - 3. Gli elementi caratterizzanti le liberalità non donative. cenni sulla cd. causa concreta e sull'accordo configurativo - 4. La donazione di somma di denaro - 5. Gli atti di accertamento delle fattispecie che hanno dato luogo a liberalità indirette

1. Impostazione del problema e sua rilevanza notarile

I recenti indirizzi di politica legislativa finalizzati a rendere più trasparente il mercato immobiliare e le operazioni finanziarie, pur non interessando, in modo diretto, gli aspetti di natura privatistica riguardanti la contrattazione e gli atti notarili, hanno innovato il quadro normativo esistente incidendo sulla tracciabilità delle movimentazioni finanziarie ed imponendo, ai contraenti ed al professionista, una serie di interrogativi la cui portata, in precedenza, era più sfumata e meno percepibile.

Ci si riferisce, in particolare, alle nuove disposizioni introdotte dal cd. decreto "Bersani - Visco" sulla tracciabilità dei pagamenti nelle cessioni immobiliari (articolo 35, comma 22 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006 n. 248 e succ. mod. con legge 27 dicembre 2006 n. 296) ed ai nuovi obblighi derivanti dalla normativa antiriciclaggio ed antifinanziamento del terrorismo (d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231 e d.lgs. 22 giugno 2007 n. 109).

I nuovi provvedimenti normativi, sebbene, come accennato, abbiano finalità fiscali e di contrasto alle nuove emergenze criminali, come effetto riflesso, determinano, da un lato, l'emersione di dati ed informazioni relativi alle modalità di pagamento del prezzo negli atti di cessione immobiliari e, da altro lato, impongono al

notaio, nell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, l'acquisizione di dati ed informazioni relativi alle movimentazioni finanziarie riconducibili, in via più generale, ad operazioni economiche rientranti nell'ambito di applicazione della normativa antiriciclaggio ⁽¹⁾.

Il presente studio si propone, all'interno di una verifica generale dell'incidenza delle nuove norme sulle movimentazioni finanziarie effettuate a titolo di liberalità, di mettere a fuoco due specifici aspetti che derivano dall'adempimento dei suddetti nuovi obblighi e, precisamente:

- 1) in primo luogo, accertare, a quali oneri formali (tracciamento, menzione, verifica, archiviazione, registrazione) sono soggette le dazioni di somme di denaro effettuate a titolo di liberalità;
- 2) in secondo luogo, accertare, se, in che modo e con quali effetti sia possibile, ove ciò si renda necessario ai fini di una corretta gestione delle sistemazioni patrimoniali all'interno di una famiglia, far emergere e documentare pregresse movimentazioni finanziarie delle quali non sussiste traccia nei relativi contratti ovvero far emergere l'*expressio causae* di movimentazioni finanziarie che all'interno di pregressi atti appaiono prive di giustificazione causale.

Gi interrogativi sono una diretta conseguenza del fatto che le movimentazioni finanziarie prive di *expressio causae*, sono astrattamente riconducibili, oltre che ad una *causa solvendi, credendi* o di garanzia, anche ad una *causa donandi* e che, nel nostro ordinamento, le liberalità possono essere realizzate con una pluralità di strumenti giuridici e, quindi essere, di volta in volta:

- conseguenza diretta di un contratto di donazione;
- conseguenza derivante da uno schema negoziale diverso dalla donazione (si pensi alla rinuncia a diritti reali, all'adempimento da parte del terzo, al contratto a favore di terzi, alla remissione del debito, etc.);
- conseguenza legale derivante da una fattispecie al cui perfezionamento ha concorso anche un comportamento consapevole delle parti diretto alla realizzazione dell'effetto legale stesso (si pensi al comportamento di chi non esercitando volontariamente un diritto per un certo tempo non impedisce il perfezionamento del termine di prescrizione di un diritto di credito, ovvero di colui che volontariamente non compie atti interruttivi dell'usucapione, ovvero di colui che esegue costruzioni, a proprie spese, su suolo altrui) ⁽²⁾.

Corre l'obbligo di precisare, in via preliminare, che il presente scritto non si propone di indagare e dare una risposta alle complesse problematiche che emergono dall'esame della disciplina dettata per le liberalità diverse dalla donazione di cui all'art. 809 c.c., né di esaminare le singole fattispecie riconducibili alle cd. liberalità atipiche, tutti argomenti oggetto di separati studi della commissione civilistica del CNN, ma, come si è detto, si propone, in modo più circoscritto, di indagare se ed a quali eventuali oneri formali sono soggette le liberalità aventi ad oggetto somme di

denaro e quali siano gli strumenti più idonei a recuperare ed a far emergere all'esterno operazioni economiche con finalità donative, legate a movimentazioni finanziarie - frequenti nella pratica - che avvengono al di fuori degli studi notarili e senza il rispetto di alcun onere formale.

Peraltro, la rilevanza notarile delle suddette fattispecie nasce dal fatto che, il più delle volte, le singole dazioni di somme di denaro a favore di un beneficiario non sono operazioni fini a se stesse ma si inseriscono in un più ampio progetto di distribuzione del patrimonio familiare; cosicché spesso al notaio è affidato il difficile compito di riallineare e rendere omogenei risultati equivalenti da un punto di vista economico ma disomogenei negli effetti giuridici, perché frutto di strumenti che, se per l'operatore giuridico si distinguono nettamente l'uno dall'altro, per i non addetti ai lavori presentano connotati di equivalenza e fungibilità ⁽³⁾.

E' possibile immaginare numerose fattispecie riconducibili alle ipotesi prospettate che, sinteticamente, possono così esemplificarsi:

- genitore (o altro soggetto) che dona al figlio (o altro soggetto) una somma di denaro senza imporre alcun onere di utilizzo della somma stessa;
- genitore (o altro soggetto) che consegna al figlio (o altro soggetto) determinate somme per acquistare un immobile;
- genitore che paga, adempiendo un'obbligazione altrui, il prezzo dell'acquisto di un immobile a favore del figlio;
- genitore (o altro soggetto) che, in forza di un contratto a favore del terzo, faccia acquistare al figlio (o altro soggetto) la proprietà dell'immobile;
- genitore (o altro soggetto) che paga il mutuo contratto dal figlio (o altro soggetto) per l'acquisto dell'immobile;
- genitore (o altro soggetto) che intesta un immobile al figlio (o altro soggetto) mediante donazione diretta;
- genitore (o altro soggetto) che doni un proprio immobile al figlio (o altro soggetto) simulando una compravendita;
- genitore (o altro soggetto) che venda un proprio immobile al figlio (o altro soggetto) per un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato;
- genitore (o altro soggetto) che in sede di divisione accetti valori palesemente inferiori a quelli di mercato per consentire l'intestazione di un bene immobile ad un figlio (o altro soggetto) senza il pagamento del conguaglio che altrimenti sarebbe dovuto;
- genitore (o altro soggetto) che costruisca con mezzi propri un immobile sul suolo di proprietà del figlio (o altro soggetto);
- genitore (o altro soggetto) che consapevolmente non compie alcun atto per consentire l'acquisto dell'immobile a favore del figlio (o altro soggetto), a titolo di usucapione;

- genitore (o altro soggetto) che consapevolmente non si attiva consentendo il perfezionamento della prescrizione del diritto ad ottenere la restituzione di somme ricevute dal figlio (o altro soggetto) e da questi impiegate per l'acquisto di un bene immobile;
- genitore (o altro soggetto) che cointesta un conto corrente o un libretto nominativo anche al figlio (o altro soggetto) mettendogli a disposizione la somma ivi depositata ⁽⁴⁾.

E' indubbio che, sul piano dei mezzi necessari per provare la liberalità realizzata, le fattispecie presentano notevoli diversità le une dalle altre: mentre nulla è necessario provare in presenza di una donazione diretta, maggiori oneri graveranno su colui che debba dimostrare la simulazione di una compravendita, ovvero che debba dimostrare che il denaro impiegato per l'acquisto di un immobile è stato dato per uno specifico scopo dal genitore.

Pertanto, in presenza di fattispecie in cui l'onere probatorio è particolarmente gravoso, è di indubbio interesse verificare se, ed in che modo, sia possibile, in un tempo successivo al momento in cui è avvenuta la dazione della somma di denaro, documentare la movimentazione finanziaria e la causa che ha giustificato la movimentazione stessa, ciò nell'intento di ricostruire, in modo completo, le diverse attribuzioni liberali all'interno di una famiglia, valutarne l'equivalenza economica e giuridica e prevenire, nei limiti del possibile, eventuali contestazioni future allorquando si aprirà la successione ereditaria.

2. Il rapporto tra causa e forma nella donazione ed il concetto di liberalità

Prima di affrontare le problematiche relative agli aspetti "documentali" e "probatori" indotti dalle movimentazioni finanziarie a titolo di liberalità è, tuttavia, necessario verificare se le fattispecie esemplificate vadano collocate, ed in base a quali criteri, all'interno dell'area applicativa delle donazioni dirette (art. 769 c.c. e segg.) ovvero all'interno dell'area applicativa degli altri atti di liberalità (art. 809 c.c.), posto che solo le donazioni dirette sono soggette a rigorosi oneri di forma solenne.

Una incerta individuazione della linea di confine che demarca le due aree rischierebbe di collocare all'interno dell'art. 809 c.c. fattispecie i cui elementi costitutivi coincidono con quelli presenti nella donazione diretta salvo che per l'assenza della forma solenne (fuori dai casi, beninteso, della donazione di modico valore) ⁽⁵⁾, facendo perdere, di fatto, qualunque significato alla rigorosa disciplina codicistica imposta per il contratto di donazione.

Da un punto di vista concettuale, pertanto, sembra necessario isolare la fattispecie disciplinata dagli art. 769 c.c. e segg. nei suoi elementi costitutivi e verificare quale sia la relazione necessitata, all'interno della donazione diretta, tra forma, causa e spirito di liberalità, dacché, in presenza di una prestazione gratuita effettuata

in funzione di una causa ben individuata, non sarà possibile sfuggire al rispetto dei rigorosi oneri formali, salvo riscontrare ulteriori elementi, all'interno della fattispecie stessa, idonei a giustificare l'adozione di altri schemi negoziali ritenuti dall'ordinamento ugualmente validi per realizzare la medesima finalità liberale.

In buona sostanza, è necessario verificare quali siano le ragioni giustificatrici, all'interno del sistema, che consentono, a chi intende compiere un atto di liberalità, la scelta di percorsi diversi, alcuni più rigorosi, relativamente agli oneri formali, altri con minori vincoli formali, ma tutti ugualmente meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

Pur non essendo possibile, nell'economia del presente studio, addentrarci nelle articolate problematiche che si sono agitate in dottrina attorno al profilo causale della donazione ⁽⁶⁾, si rende necessario, per prendere una corretta posizione in ordine alla soluzione dei problemi posti, accennare, almeno in via di prima approssimazione, ai profili salienti che hanno alimentato il dibattito relativo alla causa donativa.

Nei contratti di scambio, la giustificazione causale delle reciproche prestazioni è conseguenza diretta della composizione del conflitto tra gli interessi contrapposti dei contraenti finalizzata ad una migliore allocazione delle risorse economiche ⁽⁷⁾; nella donazione, in assenza del reciproco scambio di prestazioni, la prestazione gratuita trova la sua giustificazione - per definizione codicistica -, nello "spirito di liberalità" del suo autore, cosicché la ricerca della causa giustificatrice della prestazione gratuita non può che risolversi in una ricerca del concetto stesso di "spirito di liberalità" e radicarsi in un'indagine coinvolgente la sfera soggettiva del donante, rappresentata di volta in volta dai motivi, dalla volontà, dall'intento finale ⁽⁸⁾.

L'impercettibilità oggettiva dei motivi psicologici che dovrebbero fungere da giustificazione funzionale dell'atto liberale ha fondato la convinzione, in un'autorevole dottrina ⁽⁹⁾, dell'inutilità della ricerca della causa nel contratto di donazione, facendo, di conseguenza, assumere al requisito della forma solenne un rilievo tanto significativo da assorbire la causa stessa della donazione: *la volontaria adozione della forma solenne* da parte dei contraenti, all'interno dello schema tipico predisposto dal legislatore, sarebbe, di per sé, dato *sufficiente a giustificare la prestazione gratuita*, non essendo possibile indagare sui motivi (al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge) che hanno determinato un soggetto a disporre gratuitamente di un proprio bene. In estrema sintesi, nella donazione, ad una causa debole (o assente perché imponderabile) corrisponderebbe un più forte rigore formale.

La forma solenne, dunque, all'interno della donazione diretta, oltre a svolgere la tradizionale funzione di mezzo particolarmente rigoroso di documentazione, con finalità preventive a tutela del donante (e della sua famiglia), per evitargli scelte af-

frettate e poco ponderate, assolverebbe anche un ruolo sostitutivo della causa del contratto stesso ⁽¹⁰⁾.

Tale assunto affonda le sue radici in una visione prettamente mercantile del diritto ⁽¹¹⁾, in cui qualunque prestazione troverebbe la sua giustificazione economica esclusivamente all'interno di un contratto di scambio e nella composizione dei conflitti di interessi patrimoniali contrapposti dei contraenti in funzione di una miglior allocazione delle risorse economiche; da quest'angolo prospettico, la donazione rappresenterebbe un'eccezione tollerata esclusivamente in ragione della sua importanza sociale, in quanto diretta a sollecitare, garantire e promuovere atti di solidarietà e di disinteresse economico verso terzi, ma comunque priva di una percepibile ragione economica ⁽¹²⁾.

L'annientamento del profilo causale della donazione, nei termini prospettati, sembra tuttavia, urtare con la lettera dell'art. 769 c.c. che definisce la donazione "*il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra...*". Il richiamo al contratto, nella definizione codicistica, implicitamente presuppone l'esistenza, tra gli elementi essenziali della donazione, della causa; cosicché non è consentito all'interprete di sottrarsi al compito di individuare i dati caratteristici dello spirito di liberalità all'interno del quale si risolve la causa stessa della donazione ⁽¹³⁾.

La giurisprudenza, per suo conto, non aggiunge, al quadro incerto del profilo causale, dati decisivi, in quanto se è vero che non si riscontrano particolari dubbi sul fatto che l'elemento discretivo e fondante della donazione rispetto alla mera prestazione gratuita va individuato nello "spirito di liberalità" o "*animus donandi*" o "intento liberale", non si riscontra altrettanto certezza in ordine al profilo definitorio del concetto stesso, sebbene negli indirizzi più recenti il dato portante del ragionamento sembra spostarsi dalla nozione di "causa astratta del negozio" a quella di "causa concreta" tendente a valorizzare gli interessi oggettivamente emergenti, non dall'astratto schema legale tipico adottato dalle parti, ma dallo specifico regolamento di interessi scelto dai contraenti nell'esercizio della propria autonomia privata ⁽¹⁴⁾.

Da quest'ultimo angolo prospettico, sembra condivisibile l'opinione di quella parte della dottrina ⁽¹⁵⁾ che trasferendo l'analisi dal piano di concetti a quello degli interessi definisce gli atti compiuti per spirito di liberalità "*come diretti, sì, ad attuare un'attribuzione senza corrispettivo, ma allo scopo di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente*".

Lo scopo ultimo o intento pratico della donazione andrebbe, pertanto, ravvisato in un concreto interesse del donante di procurare un arricchimento del donatario, *nullo iure cogente*, per soddisfare propri scopi non patrimoniali (che potranno essere di carattere culturale, morale, religioso) e, quindi, a soddisfare un interesse che non sia determinato dalla finalità di accrescere o potenziare la consistenza del proprio patrimonio che, al contrario, si depauperava.

Resterebbero escluse, pertanto, dalla giustificazione causale della donazione le prestazioni che hanno solo l'apparenza della gratuità, come quelle assolute per adempiere a preesistenti obblighi di natura giuridica e morale (si pensi alle obbligazioni naturali) ovvero come le prestazioni che troverebbero la loro giustificazione all'interno di una convenienza patrimoniale del donante che, sebbene non sia immediatamente percepibile all'interno del regolamento d'interessi, sia oggettivamente individuabile in una valutazione complessiva degli effetti che potenzialmente possono derivare dalla prestazione stessa ⁽¹⁶⁾. Di conseguenza, non integreranno, ad esempio, una causa donativa le prestazioni gratuite effettuate nell'ambito della definizione dei rapporti familiari nei casi di crisi coniugale ovvero le prestazioni gratuite (atipiche) effettuate all'interno di gruppi societari per consentire un potenziamento di determinati segmenti produttivi a beneficio dell'intero gruppo ovvero le prestazioni gratuite effettuate con l'intento di scorporare dal proprio patrimonio determinati oneri passivi o nell'intento di realizzare dei risparmi di spesa futuri ⁽¹⁷⁾.

E' evidente che in questi casi la prestazione gratuita (atipica) non è sorretta da spirito di liberalità, ma da una giustificazione causale diretta ad assolvere un obbligo ovvero non riconducibile al tradizionale schema funzionale dei contratti di scambio ma ugualmente meritevole di tutela nella misura in cui mira a perseguire interessi concreti ed obiettivi del cedente economicamente rilevanti e, quindi, sorretti da un'aspettativa patrimoniale obiettivamente emergente dal regolamento contrattuale posto in essere ⁽¹⁸⁾. In questi casi, la fattispecie non dà luogo ad un contratto di scambio con una corrispettività diretta, ma ad uno scambio di interessi in cui la corrispettività, per quanto indiretta e non immediata, è idonea a collocare la fattispecie al di fuori dell'area delle liberalità ⁽¹⁹⁾.

Fissati in questi termini gli elementi essenziali che caratterizzano la donazione diretta, non possono esserci fondati dubbi, che tutte le fattispecie che rientrano in questo modello contrattuale astratto, in assenza di profili di oggettiva diversità idonei a dare una diversa valorizzazione della fattispecie stessa, devono rispettare gli oneri formali richiesti per le donazioni dirette.

L'area applicativa delle donazioni indirette, pertanto, sarà qualificata dalla sussistenza di fattispecie ritenute idonee da parte dell'ordinamento, per una precisa scelta di politica legislativa, a produrre risultati economici equivalenti alla donazione diretta, secondo un criterio di tipicità legale o sociale ⁽²⁰⁾.

3. Gli elementi caratterizzanti le liberalità non donative. cenni sulla cd. causa concreta e sull'accordo configurativo

Nella ricerca dell'ambito di applicazione dell'art. 809 c.c., non può non evidenziarsi che mentre le norme dirette a disciplinare il contratto di donazione dettano regole formali rigorose in ordine alla formazione del contratto stesso, le norme dettate in materia di liberalità non donative, trascurano del tutto l'aspetto formale che

attiene alla formazione della fattispecie e si curano prevalentemente di fissare regole a tutela degli interessi dei terzi che potenzialmente potrebbero esser danneggiati da un atto che, benché rivestito da una forma diversa dalla donazione, produce il medesimo risultato economico.

Invero, dalla qualificazione della fattispecie come liberalità non donativa deriva la soggezione del beneficiario della liberalità stessa alle norme sulla revocazione per ingratitudine, sulla revocazione per sopravvenienza dei figli, sulla collazione e sulla riduzione.

Salvo le disposizioni sulla revocazione per ingratitudine ⁽²¹⁾, gli interessi tutelati dalle norme sulla revocazione per sopravvenienza dei figli, sulla collazione e sulla riduzione sono riconducibili a posizioni giuridiche soggettive di terzi estranei all'atto di liberalità ⁽²²⁾.

Ciò ha indotto una parte della dottrina ⁽²³⁾ a individuare quale criterio determinante, al fine di includere una determinata fattispecie all'interno dell'art. 809 c.c., non la causa dell'atto compiuto ma il mero risultato economico prodotto dall'atto stesso; cosicché donazione diretta ed indiretta non potrebbero accomunarsi sotto il medesimo profilo causale e non sarebbero sorretti dal medesimo "spirito di liberalità" o, più precisamente, lo spirito di liberalità resterebbe confinato in un'area di indifferenza giuridica nelle liberalità atipiche; ciò che, invece, giustificherebbe l'applicazione delle norme richiamate nell'art. 809 c.c. sarebbe il duplice effetto arricchimento – depauperamento, quale conseguenza diretta e consapevole dell'atto posto in essere.

Di conseguenza, per ricondurre una determinata fattispecie all'interno dell'art. 809 c.c., l'indagine dovrebbe esser diretta ad indagare non l'esistenza di elementi ulteriori idonei a riqualificare, da un punto di vista funzionale, lo schema legale tipico adottato, ma a verificare esclusivamente l'equivalenza degli effetti prodotti dallo schema legale adottato rispetto agli effetti prodotti dalla donazione diretta.

L'assenza di ogni indagine in ordine alla finalità pratica perseguita dall'autore della liberalità, tuttavia, sembra porsi in controtendenza rispetto all'accennato indirizzo, recentemente accolto dalla Suprema corte ⁽²⁴⁾, diretto a verificare, al di là dello schema legale tipico adottato dalle parti, quale sia la causa concreta del regolamento negoziale posto in essere dalle parti e, quindi a valorizzare gli interessi oggettivi perseguiti dalle parti stesse. Inoltre, non può non rilevarsi che ricondurre la portata dell'art. 809 c.c. a valutazioni meramente oggettive, annientando qualunque indagine relativa all'intento liberale del disponente, rischia di ampliare eccessivamente l'ambito di applicazione della norma stessa con l'effetto indesiderato di assoggettare ad una potenziale azione di riduzione ulteriori operazioni economiche prive di qualunque intento liberale, sebbene gratuite ⁽²⁵⁾.

La causa concreta ⁽²⁶⁾, in definitiva, consente di valutare in modo oggettivo, sulla base degli interessi implicitamente o esplicitamente contenuti nel regolamento

negoziale, quali siano gli scopi pratici perseguiti dalle parti. Le liberalità atipiche, in questo modo, manterrebbero la loro identità funzionale rispetto alle donazioni dirette producendo entrambe il duplice effetto arricchimento-depauperamento per soddisfare un interesse non patrimoniale del disponente.

L'elemento ulteriore, rispetto alla donazione diretta, sarebbe costituito dall'adozione di un valido schema negoziale che sebbene nella sua astrattezza è idoneo a perseguire una pluralità di scopi pratici in concreto è adottato per realizzare una finalità donativa. La (ri)qualificazione dello schema negoziale, quale liberalità atipica, è realizzata in ragione degli interessi pratici ulteriori perseguiti dalle parti contraenti emergenti dal regolamento contrattuale adottato ovvero emergenti da una valutazione di un'operazione più complessa al cui interno gli schemi stessi costituiscono dei meri segmenti funzionalmente collegati.

Come affermato dalla Suprema Corte, nella più volte citata sentenza n° 26983 del 2008, l'importanza di individuare la causa concreta del negozio nasce dalla considerazione *"della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale"* che sollecita una ricostruzione della causa *"in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale e... non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico – sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale."*

4. La donazione di somma di denaro

Fissati i termini definitori delle fattispecie liberali che interessano la nostra indagine, è possibile, dall'elenco sintetico che, nel primo paragrafo, è stato proposto delle diverse fattispecie potenzialmente idonee a realizzare un risultato economico "liberale", emarginare l'ipotesi in cui un genitore *tout court* doni una somma di denaro al figlio il quale, di sua iniziativa utilizza questa somma per acquistare un bene immobile.

In questo caso, se non si tratta di donazione di modico valore, secondo i criteri indicati dall'art. 783 c.c., il contratto dovrà rivestire la forma dell'atto pubblico nel rispetto dell'art. 782 c.c.

E' necessario, a questo punto, verificare se, in presenza di una donazione di somma di denaro, alla luce della più volte citata nuova normativa in materia antiriciclaggio, in aggiunta agli oneri formali già previsti per il contratto di donazione, sia

necessario effettuare ulteriori menzioni e se il notaio debba svolgere specifiche indagini per acquisire i dati e le informazioni relativi:

- al mezzo utilizzato per effettuare la movimentazione finanziaria (denaro contante, assegno circolare, assegno di conto corrente, bonifico bancario, etc.);
- alla effettiva provenienza della provvista utilizzata;
- alla effettiva destinazione della somma stessa nel patrimonio del donatario.

Innanzitutto, va precisato che la disciplina codicistica impone la tradizione della somma di denaro, quale elemento essenziale ai fini della validità del contratto, in alternativa alla forma solenne, esclusivamente per le donazioni di modico valore, restando, nella altre fattispecie, la consegna delle somme donate, elemento che attiene all'esecuzione del contratto e non al suo perfezionamento.

Nessun obbligo specifico di tradizione delle somme è stato imposto dalle menzionate norme dirette a contrastare il riciclaggio di denaro di provenienza illecita, il finanziamento del terrorismo e l'evasione fiscale, cosicché, nell'atto pubblico, sarà sufficiente indicare l'oggetto della donazione (somma di denaro, assegno o altro titolo, etc.), secondo il disposto dell'art. 782, comma 1°, c.c., restando la modalità di trasferimento dello stesso confinata nella fase di esecuzione del contratto, la cui menzione è demandata a scelte di opportunità delle parti che non incidono sulla validità del contratto stesso. In buona sostanza, la menzione dell'avvenuta consegna ovvero della consegna e delle relative modalità saranno elementi presenti nel contratto secondo una tecnica di buona redazione dell'atto pubblico, ma non essenziali ai fini della validità dell'atto stesso.

Va, peraltro, ricordato che importo della donazione condiziona la scelta delle modalità di pagamento. Invero, l'art. 49 della d.lgs. 231 del 2007 dispone: *"E' vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore o di titoli al portatore in euro o in valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, quando il valore dell'operazione, anche frazionata, è complessivamente pari o superiore a 12.500 euro. Il trasferimento può tuttavia essere eseguito per il tramite di banche, istituti di moneta elettronica e Poste Italiane S.p.A.* ⁽²⁷⁾ .

Pertanto, se la donazione ha ad oggetto somme di denaro di importo pari o superiore a 12.500 euro dovranno essere utilizzate modalità di trasferimento del denaro che siano tracciabili nel rispetto del disposto sopra richiamato ⁽²⁸⁾ . Nel caso in cui venga utilizzato un assegno (bancario, postale, circolare) è da ritenersi che oggetto della donazione non sia la somma di denaro ma il titolo all'ordine e, quindi, l'ordine di pagamento rivolto all'Istituto bancario (o Poste Italiane) cartolarizzato nel relativo titolo; di conseguenza, in questo caso, sarà necessario descrivere il titolo nel contratto di donazione stesso, al fine di soddisfare gli oneri formali richiesti dall'art. 782 c.c. ed il donatario acquisterà non solo il diritto ad ottenere dalla banca

la disponibilità della somma indicata nel titolo, ma tutti i diritti inerenti al titolo stesso ⁽²⁹⁾.

Non è condivisibile l'opinione di quella parte della dottrina ⁽³⁰⁾ che inquadra la fattispecie appena descritta tra le donazioni indirette in considerazione dell'astrattezza causale del titolo di credito. Tale opinione va disattesa, tenuto conto che l'astrazione del titolo, nei rapporti fra le parti, ha mera funzione processuale, o più precisamente di indifferenza rispetto al rapporto sottostante (il cd. negozio di trasmissione) che deve comunque esistere ed essere provvisto di una valida causa che, nel nostro caso, sarà la donazione (diretta).

Qualora l'assegno sia stato, in un momento precedente al perfezionamento del contratto di donazione, consegnato dal donante al donatario, e da questi incassato, si avrà un'inversione del normale ordine cronologico degli elementi costitutivi della fattispecie: la consegna della somma di denaro (*rectius*: dell'assegno bancario o circolare) sarà anticipata rispetto al perfezionamento del contratto di donazione.

A prima vista, in quest'ultima ipotesi, potrebbe ritenersi che oggetto della donazione non sia la somma di denaro, già incassata dal donatario, ma la rinuncia alla restituzione della somma detenuta dal donatario. A ben vedere, tuttavia, le fattispecie mantengono una loro diversità: in un caso, la consegna dell'assegno e la riscossione della somma costituiscono elementi di una fattispecie donativa in via di formazione, in cui, come detto, sussiste un'inversione dell'ordine cronologico degli elementi formativi della fattispecie stessa; nell'altro caso, la consegna dell'assegno e la riscossione della somma sono elementi di una fattispecie già perfetta e non in via di formazione (che potrebbe essere riconducibile ad un rapporto di mandato o allo schema tipico del mutuo o del deposito irregolare) a cui si aggiunge una seconda fattispecie rappresentata dalla remissione del debito da parte del donante.

E' evidente che qualora le parti consapevolmente dovessero dichiarare avvenuta la consegna di somme di denaro, contrariamente al vero, si verterà in un'ipotesi di simulazione assoluta del contratto con tutte le conseguenze nei confronti delle parti e dei terzi, sia sul piano degli effetti giuridici sostanziali che sul piano probatorio.

Distinta dall'ipotesi fin qui esaminata, almeno secondo parte della dottrina ⁽³¹⁾ e della giurisprudenza ⁽³²⁾, è l'ipotesi in cui il beneficiante entri in possesso della somma di denaro perché depositata su un libretto di risparmio (o su un conto) cointestato. Tale fattispecie, secondo la richiamata giurisprudenza, integrerebbe non una donazione diretta delle somme di denaro ma una donazione indiretta laddove sia provato l'intento liberale (*rectius: animus donandi*) di colui che, consentendo la cointestazione del libretto su cui sono versate somme di cui è esclusivo titolare, ha, di conseguenza, messo a disposizione del beneficiario le somme di denaro (*rectius*: la metà delle somme di denaro) giacenti sul libretto stesso.

La fattispecie, nella sua complessità, sarà composta da un contratto bancario di apertura di conto corrente (ovvero di deposito bancario con rilascio di libretto di risparmio) e da una o più dazioni di somme di denaro da parte di uno solo dei cointestatari, ovvero da versamenti effettuati da entrambi i cointestatari ma non in proporzione alle quote di diritto spettanti. La messa a disposizione e l'utilizzo di somme di denaro da parte di un cointestatario, in modo non corrispondente ai versamenti effettuati, non darà luogo ad obblighi di restituzione o integrazione, qualora sia provato l'*animus donandi*.

La differente qualificazione giuridica di fattispecie che presentano innegabili profili di equivalenza economica evidenzia l'evanescenza della linea di confine tra donazioni dirette e liberalità atipiche ed il progressivo indebolimento del rigore formale che, nella disciplina codicistica, caratterizza la donazione ⁽³³⁾.

Invero, relativamente alle elargizioni di somme di denaro per scopi liberali, in base agli ormai consolidati indirizzi giurisprudenziali ⁽³⁴⁾, il rigore formale sembra confinato alla sola ipotesi in cui ci sia una dazione di somma di denaro diretta tra donante e donatario con acquisizione della somma stessa, in modo definitivo al patrimonio del donante, rientrando, invece, nella regolamentazione delle liberalità atipiche (art. 809 c.c.) tutte le ipotesi, tradizionalmente indicate come "intestazioni di beni sotto nome altrui" ⁽³⁵⁾, in cui il genitore (o altro soggetto) provveda direttamente al pagamento del prezzo nei confronti del venditore ovvero assuma direttamente la relativa obbligazione con rinuncia (implicita nell'*animus donandi*) al diritto di regresso o restituzione ⁽³⁶⁾. Non può tacersi, peraltro, che la Suprema Corte, al fine di qualificare la fattispecie come donazione diretta o indiretta, sembra dare un peso determinante al risultato economico conseguito, trascurando di individuare e qualificare lo schema negoziale utilizzato per trasferire la somma di denaro dal genitore al figlio e da questi al venditore. Nella nota sentenza Cass. sez. unite, 5 agosto 1992 n. 9282 ⁽³⁷⁾, si afferma espressamente: "*...Diversa soluzione deve darsi, invece, al caso del denaro dato al precipuo scopo dell'acquisto immobiliare e, quindi, o pagato direttamente all'alienante dal genitore stesso, presente alla stipula intercorsa tra acquirente e venditore dell'immobile, o pagato dal figlio dopo averlo ricevuto dal padre in esecuzione del complesso procedimento che il donatario ha inteso adottare per ottenere il risultato della liberalità, con o senza la stipulazione in proprio nome di un contratto preliminare con il proprietario dell'immobile.*"

L'area, al cui interno collocare le donazioni di somme di denaro andrebbe, quindi, ulteriormente circoscritta anche alla luce di questi orientamenti della Suprema Corte più attenta al dato economico dell'operazione che non alla rispondenza del mezzo utilizzato ai canoni formali imposti per il perfezionamento del contratto di donazione ⁽³⁸⁾.

Non sembra tuttavia che, in caso di dazione di somma di denaro, si possa sfuggire al rispetto dei rigorosi oneri formali previsti dagli artt. 782 e 783 c.c. in as-

senza di precisi ed oggettivi elementi idonei a qualificare la fattispecie come liberalità atipica, non essendo sufficiente assumere ad elemento qualificante della diversità una mera raccomandazione o invito ad utilizzare il denaro per un determinato scopo, né l'imposizione di un obbligo a carico del donatario, che farebbero rientrare la fattispecie nell'area delle donazioni modali, che sono pur sempre donazioni dirette e non liberalità atipiche o indirette ⁽³⁹⁾ .

Posto, comunque - con le precisazioni di cui sopra -, che la dazione di somme di denaro, di un assegno ovvero un bonifico bancario effettuato a scopo di liberalità, integrano una donazione diretta che richiede il rispetto della forma solenne prescritta dall'art. 782 c.c. è necessario chiedersi quale sia la sorte di quelle donazioni (non di modico valore) effettuate, a titolo di liberalità, senza il rispetto dei rigorosi oneri formali e, quindi, nulle.

L'impossibilità di produrre gli effetti voluti, come conseguenza della carenza della forma solenne prescritta *ad substantiam*, comporterà un obbligo restitutorio a carico del beneficiario che potrà dar luogo ad un'ulteriore fattispecie liberale. Invero, in assenza di un'espressa rivendicazione della somma da parte del donante, sarà possibile ipotizzare o una remissione del debito restitutorio effettuata dall'avente diritto a titolo di liberalità atipica, ovvero potremmo trovarci di fronte all'estinzione dell'obbligo di restituzione per il decorso del termine di prescrizione; anche in questo caso, condividendo gli orientamenti dottrinali più recenti ⁽⁴⁰⁾, è ipotizzabile una liberalità atipica, in presenza di un accordo "configurativo" tra il beneficiante ed il beneficiario, nel presupposto che l'art. 809 c.c. regoli, al suo interno, non solo fattispecie negoziali da cui derivino liberalità, ma anche fattispecie non negoziali che producano il medesimo risultato economico, qualora ci sia il consapevole accordo tra le parti per non ostacolare l'effetto che direttamente la legge fa derivare dal perfezionarsi di una determinata fattispecie.

Tornando agli aspetti attinenti alle verifiche antiriciclaggio introdotte dal d.lgs. 231 del 2007, il notaio, nell'assolvimento dell'obbligo di adeguata verifica del cliente (KYC - *know your client*) sarà tenuto, secondo un approccio basato sul rischio concreto, a controlli ulteriori, in ordine alla provenienza delle somme di denaro, esclusivamente in presenza, all'interno dell'operazione, di anomalie riscontrabili sulla base dei criteri generali soggettivi ed oggettivi di cui all'art. 20 del d.lgs. 231 del 2007.

Le ulteriori verifiche si tradurranno nell'obbligo a carico del notaio di formulare domande di chiarimento ai contraenti in ordine all'anomalia riscontrata, secondo il disposto dell'art. 21 del d.lgs. 231 del 2007, restando preclusa al notaio stesso qualunque altro tipo di attività d'indagine. Cosicché, se le risposte dei contraenti non dovessero sciogliere i dubbi relativi all'anomalia rilevata il notaio sarà obbligato a segnalare l'operazione all'U.I.F., ai sensi del combinato disposto degli artt. 41 e 43 del d.lgs. 231 del 2007, qualora ritenga che sussistano motivi ragionevoli per so-

spettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo ⁽⁴¹⁾ .

Va ricordato che in forza dell'art. 36 del d.lgs. 231 del 2007, il notaio, con riferimento a tutte le operazioni di importo pari o superiore a 15.000 euro deve conservare per un periodo di dieci anni le informazioni relative alla data, alla causale, all'importo, alla tipologia dell'operazione, *ai mezzi di pagamento* ed ai dati identificativi del soggetto che effettua l'operazione e del soggetto per conto del quale eventualmente opera. Pertanto, se è vero che non è necessario che risultino nell'atto pubblico le modalità di trasferimento delle somme di denaro donate, ai fini dell'assolvimento degli obblighi antiriciclaggio sembrerebbe sussistere un obbligo di conservazione, nel fascicolo di studio, delle informazioni ricevute dai contraenti relativamente a questo aspetto; il condizionale è doveroso sussistendo dubbi in ordine alla portata del suddetto obbligo di acquisizione delle informazioni sulle modalità di pagamento. Si ritiene, infatti, che il suddetto obbligo non abbia portata generale ma sia limitato ai casi espressamente previsti dalla legge ovvero ai casi in cui si riscontrino anomalie nell'operazione ⁽⁴²⁾ .

5. Gli atti di accertamento delle fattispecie che hanno dato luogo a liberalità indirette

In presenza di una pluralità di strumenti, tutti idonei a produrre il medesimo risultato economico, ma con una diversa valenza giuridica, la scelta del mezzo più idoneo a realizzare gli intenti pratici dei contraenti si risolve in una questione di *ars stipulatoria*: sarà, in primo luogo, compito del notaio scegliere, di fronte a più strade percorribili, quella che offre maggiori garanzie di efficienza giuridica in funzione dei concreti obiettivi che i contraenti intendono perseguire ⁽⁴³⁾ .

Sarebbe, pertanto, riduttivo proporre, in termini assoluti, determinati modelli giuridici come più idonei rispetto ad altri, tenuto conto delle possibili variabili che possono presentarsi nelle fattispecie concrete, così come non è possibile affermare, in termini assoluti, se sia preferibile far emergere all'interno di un contratto l'*expressio causae* di un rapporto ulteriore, collegato o *a latere* del contratto stesso.

Va, tuttavia, considerato che non sempre l'adozione di determinati strumenti giuridici è frutto del buon uso dell'*ars stipulatoria*, da parte del professionista incaricato, spesso, al contrario, è riconducibile a scelte frettolose delle parti che, in assenza della consulenza di un notaio o di altro professionista, sono indotte a realizzare il risultato economico prefissato con l'apparente minor costo, senza valutare le eventuali dannose conseguenze che possono esser causate dalla scelta di mezzi giuridici inappropriati.

In questi casi il notaio è chiamato, non tanto o non solo, a scegliere il migliore schema negoziale in ragione della specifica fattispecie da regolamentare, ma anche a metter "ordine" all'interno di una pluralità di operazioni economiche familiari, ca-

denzate in tempi diversi, e realizzate con schemi giuridici eterogenei, tutte finalizzate, nell'intento delle parti, a far conseguire risultati economici equivalenti, ma, di fatto, aventi una valenza giuridica asimmetrica e, quindi, potenzialmente capaci di dar luogo a contestazioni, rivendicazioni e controversie tra i familiari stessi dopo l'apertura della successione, allorquando sarà necessario verificare il patrimonio del *de cuius*, rendicontare le liberalità dirette ed indirette operate dal *de cuius* e calcolare le quote spettanti a ciascun erede.

- 1) Per il notaio, come per qualunque altro operatore del diritto, i principali nodi da sciogliere, in queste vicende, atterranno:
- 2) all'esatta individuazione di ciò che può esser ritenuto idoneo oggetto di donazione (prestazioni di dare, assunzioni di obblighi, rinunzie a diritti o, anche le prestazioni di fare) ⁽⁴⁴⁾ ;
- 3) alla inclusione o meno tra le liberalità di fattispecie che sebbene non negoziali siano state agevolate nel loro perfezionamento da un accordo "configurativo" delle parti (si pensi agli esempi già fatti in tema di usucapione, prescrizione, costruzione su suolo altrui, etc) ⁽⁴⁵⁾ ;
- 4) a ciò che dovrà essere considerato oggetto di eventuale collazione, riduzione e restituzione in presenza di una donazione indiretta ⁽⁴⁶⁾ ;
- 5) alla possibilità di provare che sia intervenuta una liberalità, in presenza di atti dai quali non emerge l'*expressio causae* di determinate prestazioni o di rapporti collegati all'atto stesso.

Tralasciando le prime tre problematiche, ulteriori rispetto alle tematiche del presente studio, è, invece, opportuno, verificare la possibilità per le parti interessate, in vita del donante, di preconstituire atti ricognitivi diretti ad evitare incertezze sull'esistenza e sul contenuto economico del rapporto giuridico realmente intercorso.

Si tratta, il più delle volte, di sopperire alla carenza originaria di idonea documentazione atta a far emergere non solo la movimentazione finanziaria effettuata ma anche l'*expressio causae* della movimentazione stesso. L'emersione della giustificazione causale è particolarmente rilevante in quanto, nonostante, qualche pronuncia giurisprudenziale contraria ⁽⁴⁷⁾, in presenza di una prestazione gratuita, non può presumersi alcun intento liberale. La parte che ha interesse a qualificare la prestazione come liberalità non donativa avrà, pertanto, l'onere di provare l'esistenza dell'*animus donandi* (o, più precisamente, dell'accordo consapevole delle parti di effettuare una liberalità) in colui che ha effettuato la prestazione ⁽⁴⁸⁾ .

Non può revocarsi in dubbio, quindi, che le parti possano aver interesse (in difetto di idonea documentazione), in un momento successivo alla liberalità, ad accertare, non solo l'avvenuta movimentazione finanziaria, ma anche il reciproco intento liberale che ha giustificato la movimentazione stessa e che tale interesse sia meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2° c.c.

Acclarata l'utilità e la liceità di tali "ricognizioni", ci si deve interrogare, tuttavia, in primo luogo, se tale attività accertativa con finalità sostanziali e processuali possa esser effettuata avvalendosi del notaio, in secondo luogo, se il relativo atto dovrà provenire necessariamente da tutte le parti del rapporto giuridico o anche solo da una di esse e con quali effetti ed, in terzo luogo, quale sia la qualifica giuridica da assegnare a tali atti ricognitivi.

Relativamente al primo punto, i dubbi nascono, da un lato, perché - secondo una lettura restrittiva dell'art. 1 della legge 16 febbraio 1913 n. 89 - si ritiene che il notaio avrebbe una competenza generale per i soli *atti negoziali* mentre, per gli *atti non negoziali*, avrebbe una competenza limitata a quelli a lui tassativamente demandati e, da altro lato, perché si ritiene che al notaio sia precluso lo svolgimento di attività istruttorie concorrenti con quelle demandate in via esclusiva all'Autorità giudiziaria.

Entrambi gli argomenti non sembrano decisivi per negare la ricevibilità di "dichiarazioni accertative" da parte del notaio. Invero, la dottrina ⁽⁴⁹⁾ che in modo più approfondito ha esaminato le relative problematiche ritiene che l'attività primaria del pubblico ufficiale chiamato a formare documenti dotati di fede privilegiata è proprio quella di constatare fatti e circostanze e di farne menzione nel documento. Se questo è il compito primario del notaio, pubblico ufficiale documentatore per eccellenza, è giocoforza affermare che proprio il codice civile (artt. 2699 e 2700), letto in collegamento con la legge notarile (art. 1), è fonte attributiva di una competenza generale del notaio a constatare fatti e a riprodurne l'accadimento in un documento scritto. Va, peraltro, aggiunto che le "dichiarazioni accertative", come meglio si dirà in seguito, sono spesso qualificabili atti negoziali (di accertamento) e non mere dichiarazioni di scienza.

Relativamente ad un'ipotizzabile "riserva di attività", da parte dell'autorità giudiziaria, in materia di assunzione di prove, va osservato che è evento normale, nello svolgimento dell'attività notarile, ricevere ed autenticare documenti che hanno valore probatorio. L'attività notarile è attività di documentazione e gli atti notarili sono anche finalizzati ad evitare successive contestazioni e ad agevolare la dimostrazione dei fatti e delle dichiarazioni in essi riportati. Altro è il valore probatorio che l'ordinamento attribuisce ai fatti e dichiarazioni contenuti in atti notarili, cosicché mentre l'atto pubblico, ai sensi dell'art. 2700 c.c., fa piena prova, fino a querela di falso, delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, il contenuto delle dichiarazioni o, più precisamente, la verità del contenuto delle dichiarazioni (di scienza) rese dalle parti avrà il valore di confessione stragiudiziale, secondo il disposto dell'art. 2730 c.c.

L'attività istruttoria (preventiva) svolta dall'Autorità Giudiziaria e l'attività di documentazione svolta dal notaio, in buona sostanza, operano su piani diversi e la forza probatoria degli uni e degli altri è quella loro assegnata dall'ordinamento stes-

so; dacché in nessun modo può considerarsi violata o limitata l'attività dell'Autorità Giudiziaria dall'acquisizione da parte del notaio di dichiarazioni o atti ricognitivi: l'ordinamento espressamente prevede che determinate dichiarazioni aventi valore confessorio, possano essere rese al di fuori della sede processuale - ed è il motivo per cui il codice detta regole diverse per la confessione giudiziale e stragiudiziale -; il fatto che esse siano contenute in un atto notarile nulla aggiunge al loro valore probatorio, fondando, l'atto notarile, certezza esclusivamente in ordine alla provenienza della dichiarazione stessa ⁽⁵⁰⁾.

Riguardo alla struttura formale della dichiarazione ricognitiva, sembra corretto ritenere, in coerenza con quanto sin qui affermato, che l'atto, per realizzare pienamente i suoi effetti, dovrà provenire congiuntamente dall'autore della liberalità e dal beneficiario, essendo rivolto a documentare un accordo e, quindi, un fatto storico riconducibile alla volontà di entrambi i soggetti.

La donazione, giova rammentare, è atto a struttura bilaterale nel quale assume rilevanza giuridica sia l'interesse del donante a dare esecuzione al proprio intento liberale e sia l'interesse del beneficiario a non ricevere l'atto di liberalità, in omaggio al principio secondo cui "*nemo locupletari potest invito*", giustificato dal rischio che qualcuno riceva ciò che non è gradito, o ciò che la legge o il costume vietano di accettare ⁽⁵¹⁾.

Peraltro, per le fattispecie relative alla remissione di debiti (schema legale frequentemente adottato per realizzare una liberalità atipica), come osservato da autorevole dottrina ⁽⁵²⁾, l'eventuale partecipazione all'atto del beneficiario o del debitore sarà rilevante al fine di qualificare l'atto come liberalità in considerazione dei reciproci interessi delle parti interessate. In particolare, nella remissione del debito la partecipazione all'atto del debitore sarà necessaria al fine di consentire una valutazione circa l'adesione all'intento liberale del remittente, e di escludere, per converso, le altre motivazioni che hanno spinto quest'ultimo al negozio.

La dichiarazione resa dal solo autore della liberalità ovvero dal solo beneficiario della liberalità non avrà, pertanto, valore sostanziale ma avrà mera rilevanza processuale, in quanto la relativa dichiarazione ricognitiva impegnerà il solo autore della dichiarazione ⁽⁵³⁾, ma non farà piena prova dell'avvenuta liberalità né produrrà effetti preclusivi per la parte che non ha condiviso la dichiarazione.

In concreto, la dichiarazione proveniente da uno solo dei soggetti della liberalità atipica può dar luogo ad almeno quattro distinte fattispecie:

- dichiarazione proveniente dal disponente contenente la ricognizione della movimentazione finanziaria;
- dichiarazione proveniente dal disponente contenente sia la ricognizione della movimentazione finanziaria che l'*expressio causae* della movimentazione stessa;

- dichiarazione proveniente dal beneficiario contenente la ricognizione della movimentazione finanziaria;
- dichiarazione proveniente dal beneficiario contenente sia la ricognizione della movimentazione finanziaria che l'*expressio causae* della movimentazione stessa.

Posta la valenza non sostanziale, ma meramente processuale, secondo il paradigma dell'art. 2735 c.c. (confessione stragiudiziale) delle suddette dichiarazioni è possibile verificare, almeno in via di prima approssimazione, quali effetti possono produrre le singole dichiarazioni ⁽⁵⁴⁾.

La dichiarazione proveniente dal beneficiario, sia nel caso in cui contenga l'*expressio causae* della movimentazione finanziaria che in caso contrario, non sarà impegnativa per il disponente, restando comunque a carico del beneficiario-dichiarante l'onere di provare, con mezzi idonei, l'*animus donandi* del disponente (*rectius*: il reciproco intento liberale), per essere esonerato dall'obbligo restitutorio. Il disponente potrà, dal suo canto, avvantaggiarsi della dichiarazione del beneficiario al fine di provare la circostanza relativa all'effettuata movimentazione finanziaria.

Per converso, la dichiarazione proveniente dal disponente non sarà impegnativa per il beneficiario, restando a carico del disponente stesso la prova dell'effettuata movimentazione finanziaria e potendo il beneficiario provare l'assenza di intento liberale e l'avvenuta estinzione del debito per qualunque causa, secondo le normali regole in materia di onere probatorio. E' evidente che il beneficiario di una somma di denaro potrà avvantaggiarsi della dichiarazione unilaterale del disponente, dalla quale risulti l'*animus donandi* del disponente stesso, per giustificare l'insussistenza di obblighi restitutori.

Per quanto attiene, invece, alla qualificazione dell'atto di accertamento proveniente da entrambe le parti ⁽⁵⁵⁾, qualora abbia ad oggetto sia la circostanza dell'avvenuta movimentazione finanziaria avvenuta, sia l'*expressio causae* della movimentazione stessa e sia, eventualmente lo scopo ulteriore collegato alla movimentazione finanziaria (es. acquisto immobiliare), è da ritenere che la stessa abbia natura negoziale in quanto destinata ad eliminare profili di incertezza all'interno della fattispecie oggetto di accertamento ed in grado di produrre quel *quid novi* costituito dall'effetto preclusivo ben distinto sia dal mero effetto meramente dichiarativo, sia dall'effetto costitutivo ⁽⁵⁶⁾.

Va peraltro precisato che il termine "incerto" oltre che nella sua valenza soggettiva, ascrivibile ad un difetto di conoscenza o percezione di un fatto da parte di un soggetto (o di difetto di concorde conoscenza e percezione da parte di più soggetti), va inteso anche nella sua valenza oggettiva e, quindi, per "incerto" deve intendersi anche il fatto che, sebbene non contestato, sia incerto nella esatta ricostruzione di tutti i suoi elementi i quali non risultino facilmente dimostrabili o documen-

tabili. Il non poter dimostrare l'esistenza di un fatto a cui si ricollegano posizioni giuridiche soggettive che si riflettono nelle altrui sfere giuridiche rende lo stesso fatto oggettivamente incerto perché contestabile ⁽⁵⁷⁾ e quindi rende meritevole di tutela l'interesse delle parti ad accertare il fatto stesso.

L'atto di accertamento non sanerà l'eventuale invalidità derivante dalla mancata adozione della forma solenne prescritta per le donazioni dirette dall'art. 782 c.c. ⁽⁵⁸⁾, ma sarà strumento utile per far emergere liberalità atipiche non soggette a particolari oneri formali e per accertare eventuali finalità ulteriori (ad esempio, acquisto di immobile) collegate con movimentazioni finanziarie prive di giustificazione causale.

In caso di donazione diretta, la ricognizione della dazione di somma di denaro, per produrre effetti sostanziali riconducibili all'art. 809 c.c., dovrà essere seguita dalla rinuncia da parte del donante alla restituzione della somma stessa (come conseguenza dell'invalidità della donazione stessa), cosicché la fattispecie nel suo complesso integrerà una liberalità atipica attuata con un atto di remissione del debito.

La qualificazione dell'atto di accertamento come negozio ricognitivo di liberalità significa, come conseguenza logico-sistematica, riconoscere che i suoi effetti processuali non saranno altro che la proiezione degli effetti sostanziali derivanti dal negozio stesso, sotto il duplice aspetto di *"escludere qualsiasi futuro intervento del giudice in ordine al loro accertamento"* ⁽⁵⁹⁾ e di non poter prescindere *"dall'esistenza della situazione giuridica accertata, cosicché se le parti (o la parte) hanno, per errore, o volutamente, accertato una situazione inesistente, l'accertamento sarà privo di causa"* così come sarà privo di causa se *"la situazione preesistente esisteva ma era certa"* ⁽⁶⁰⁾.

Dunque, una dichiarazione resa dalle parti, nella piena consapevolezza dell'inesistenza della situazione giuridica oggetto di (falso) accertamento andrà qualificata come negozio giuridico di accertamento simulato ⁽⁶¹⁾, con le relative conseguenze sul piano sostanziale e processuale, tra le parti e nei confronti dei terzi.

Su questo specifico punto non va trascurato che la giurisprudenza, nei suoi più recenti orientamenti, nella ricostruzione delle fattispecie sottoposte al suo vaglio, relative ai pagamenti ed alle movimentazioni finanziarie, dà particolare importanza alle norme limitative dell'utilizzo del denaro contante (art. 49 d.lgs. 231 del 2007, già riportate nell'art. 1 della legge 5 luglio 1991 n.197), sicché in una fattispecie relativa al rilascio di una quietanza (dichiarazione confessoria) la Corte ha affermato che dalla anteriorità, con atto di data certa, della quietanza al fallimento non può ricavarsi anche la certezza della effettività del pagamento quietanzato, giacché solo dalla certezza dell'avvenuto pagamento, mediante strumenti finanziari incontestabili (anche alla luce della legislazione antiriciclaggio, che impone cautele e formalità particolari ove vengano trasferiti valori superiori ad un certo importo), può trarsi la

prova del pagamento del prezzo pattuito nell'atto di autonomia privata, idoneo al trasferimento del bene ⁽⁶²⁾ .

L'atto di accertamento della liberalità non donativa non è soggetto agli oneri formali della donazione diretta in quanto, se negozio di accertamento, ha una causa propria diversa da quella donativa, se dichiarazione di scienza è atto a forma libera privo di valore negoziale. Peraltro, anche a voler verificare l'esistenza da obblighi formali in ragione di un principio generale di simmetria formale degli atti negoziali, va osservato, che nel caso in esame l'atto oggetto di accertamento, trattandosi di liberalità indiretta non è soggetto ad alcun onere di forma ⁽⁶³⁾ .

Nessun obbligo sussiste a carico delle parti, in base alla normativa antiriciclaggio (d.lgs. 231 del 2007), di tracciare, nell'atto ricognitivo, le modalità con le quali è avvenuto il trasferimento del denaro, potendosi le parti limitare a darsi reciprocamente atto che la movimentazione finanziaria è avvenuta nel rispetto delle modalità di legge. E' evidente, tuttavia che qualora nell'atto di ricognizione siano indicate modalità contrastanti con il disposto dell'art. 49 del cit. d.lgs. 231/2007, sulla limitazione all'uso del denaro contante, il notaio sarà obbligato a comunicare l'infrazione al Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 51 del cit. d.lgs. 231/2007.

Il notaio, peraltro, nell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica, in presenza di un atto ricognitivo che presenti profili di anomalia, sulla base degli indicatori generali contenuti nell'art. 20 del cit. d.lgs. 231 del 2007 (ad esempio, assenza di qualunque rapporto di parentela o di relazione sociale tra donante e beneficiario, sospetto di preconstituzioni di provviste finanziarie fittizie, etc.) sarà tenuto a segnalare l'operazione all'UIF, ai sensi del combinato disposto degli artt. 41 e 43 del cit. d.lgs. 231/2007, nel caso in cui emergano sospetti che l'operazione possa essere finalizzata o comunque collegata al riciclaggio di beni di provenienza illecita ovvero al finanziamento del terrorismo ⁽⁶⁴⁾ .

Sulla conservazione delle informazioni relative alle modalità di trasferimento delle somme di denaro e sulla portata dell'obbligo contenuto nell'art. 36 del d.lgs. 231 del 2007 valgono le medesime considerazioni sopra espresse in tema donazioni di somme di denaro, alle quali si rinvia.

Marco Krogh

1) Va evidenziato che, se è vero che le norme contenute nel citato decreto "Bersani - Visco" si limitino ad imporre la mera tracciabilità dei pagamenti eseguiti negli atti di cessioni immobiliari non imponendo né l'indicazione delle generalità di eventuali altri soggetti che mettono a disposizione la provvista finanziaria, né la menzione dell'*expressio causae* delle movimentazioni finanziarie *a latere* della cessione immobiliare, è altrettanto vero che anche la mera indicazione degli estremi di pagamento, costituendo principio di prova di un rapporto giuridico ulteriore, impone ponderate valutazioni giuridiche sulle conseguenze potenziali che tale rapporto ulteriore può produrre. Sulla

non necessità di indicare le generalità del titolare della provvista o *l'expressio causae* del rapporto a collegato alla cessione immobiliare, cfr. la circolare n. 6/E del 6 febbraio 2007 dell'Agenda delle Entrate – Direzione Generale accertamento, nella parte in cui in via esemplificativa afferma che è sufficiente, per gli assegni bancari indicare "numero e data dell'assegno bancario, con l'indicazione della banca emittente o trattaria"). La normativa antiriciclaggio non dispone alcun obbligo di inserimento delle modalità di pagamento negli atti notarili, eventuali dati ed informazioni relativi ai pagamenti saranno acquisiti dal notaio, nell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica, ai sensi degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 231 del 2007 e conservati, a norma dell'art. 36 e 38, comma 6° del medesimo d.lgs. A. Marrese, *Non coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore, Il contratto a favore di terzo*, studio 383-2008/C approvato dalla commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato e G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *I Quaderni della Fondazione del Notariato, Liberalità non donative e attività notarile*, ed. *Il Sole 24 Ore*, n. 1/2008, pag. 164; M. Leo, Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 e limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore, studio n. 442-2006/C, approvato dal CNN il 31 luglio 2006 e M. Krogh, *Le dichiarazioni sostitutive dell'atto notorio di cui all'art. 35 comma 22 del decreto Bersani, anche alla luce della normativa antiriciclaggio*, in *"I Quaderni della fondazione Italiana per il Notariato"*, Id., *Novità e problemi nell'imposizione tributaria relativa agli immobili* 4/2006, ed. *Il Sole 24 Ore*, pag. 52 e segg..

- 2) Sulle liberalità non negoziali ed il negozio configurativo cfr. V. Caredda, *Donazioni indirette*, in *"I contratti gratuiti a cura di A. Palazzo e S. Mazzaresse"*, UTET, 2008, pag.220 e segg. ; G. Amadio, la nozione di liberalità non donativa nel codice, in *I Quaderni della Fondazione del Notariato, Liberalità non donative e attività notarile*, *Il Sole 24 Ore*, n. 1/2008, pag. 20. Sul negozio configurativo che caratterizzerebbe tale fattispecie cfr. G. Palermo, *Il contratto preliminare*, CEDAM, 1991, 101 secondo detto negozio non obbliga, ma giustifica le attribuzioni che le parti poi eventualmente realizzino mediante esecuzione delle prestazioni. In tema di forma del negozio configurativo. Cfr. L. Gatt, *La liberalità*, I, Giappichelli Editore, 2002, pag. 139 e seg. e pag. 142, nota 158. B. Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, pag. 1010 per il quale non si può contestare che anche un atto non negoziale possa esser compiuto *donationis causa* e dar luogo ad una donazione indiretta, di fronte alla formulazione dell'art. 809 c.c. che parla genericamente di atti.
- 3) Va ricordato che, fiscalmente, le liberalità dirette ed indirette collegate ad un acquisto immobiliare godono di un trattamento privilegiato. L'art. 69 del collegato fiscale alla legge finanziaria 21 novembre 2000 n. 342 ha aggiunto all'art. 1 del d.lgs. 31 ottobre 1990 n°346 il comma 4 bis che recita espressamente: *Ferma restando l'applicazione dell'imposta anche alle liberalità indirette risultanti da atti soggetti a registrazione, l'imposta non si applica nei casi di donazioni o di altre liberalità collegate ad atti concernenti il trasferimento o la costituzione di diritti immobiliari ovvero il trasferimento di aziende, qualora per l'atto sia prevista l'applicazione dell'imposta di registro, in misura proporzionale, o dell'imposta sul valore aggiunto*".
- 4) Per una ampia disamina della casistica e delle problematiche notarili relative alle liberalità indirette, tra i più recenti contributi, si rinvia allo studio del CNN n. 711-2008/C, *Adempimento del terzo*, est. G.Cristiani, M. Labriola, S. Sideri; *I Quaderni della Fondazione del Notariato, Liberalità non donative e attività notarile*, ed. *Il Sole 24 Ore*, n. 1/2008, con contributi di G. Amadio, F. Tassinari, G. Romano, F. Magliulo, S. Bartoli, M. Maltoni, V. Tagliaferri, G. Perlingieri, G.A.M. Trimarchi, G. Petteruti, S. Sammartino, M. Nastri; F. Alcaro, *Le donazioni indirette*, in *Vita notarile* n. 3, sett. dic.2001, pag. 1059 e segg. L. Gatt, *La liberalità ...cit.*, pag. 149 e segg. e pag. 309 e segg.; V. Caredda, *Donazioni indirette..cit.*, pag. 268 e segg; G. Iaccarino, *Donazioni indirette ed "ars stipulatoria"* in *Lecture Notarile, collana diretta da G. Laurini*, IPSOA, 2008. Sul negozio *mixtum cum donatione*, cfr. M Caccavale, *La donazione mista: profili ricostruttivi e rilevanza normativa*, in *Notariato*, IPSOA, gennaio-febbraio 2000, pag. 514 e segg.
- 5) Cfr. L. Gatt, *La liberalità ...cit.*, pag. 46 la quale afferma che è necessario prima di tutto chiedersi "in quale relazione siano tra loro gli elementi della fattispecie donazione contrattuale formale, al fine di affermare o negare l'esistenza giuridica autonoma di essi e la possibilità di rinvenirli isolatamente o congiuntamente in fattispecie diverse dalla donazione: le liberalità".
- 6) Sulle diverse definizioni di causa del negozio, cfr. G.Alpa, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, parte II, CEDAM, 1995, pag. 1 e

segg., il quale, tra l'altro, rileva come, "negli anni settanta, M. Bessone e E. Roppo avevano catalogato, esaminando gli apporti dottrinali a quel momento fruibili, un centinaio di opinioni sulla causa."

- 7)** N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Ed. Laterza, 2004, pag. 113 e segg.: *...si può dire, con meditata esperienza che il mercato è, insieme, il luogo del conflitto e della pace: di innumerevoli conflitti, che vedono gli uomini farsi avveduti calcolatori di interessi, e mettere a confronto l'utilità dei beni, e negoziare con astuzia e vigore i termini dello scambio; e, ad un tempo, di innumerevoli paci, coie di accordi, né giusti né ingiusti, ma effettivamente accettati e conclusi dalle parti, ciascuna delle quali reputa ciò che ottiene di maggiore utilità di ciò che cede in iscambio.* U.Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole - Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, Il Mulino, Strumenti, 2006, pag. 179: *..."L'impostazione sembra corrispondere ad una logica economica di fondo. Al cospetto di uno scambio volontario è dato presumere...che ciascuna parte punti consapevolmente a coltivare il proprio interesse, col risultato di sortire, tramite lo scambio contrattuale, un incremento del valore congiunto, ossia un miglioramento paretiano; mentre nessuna presunzione del genere è possibile rispetto alla promessa unilaterale."*
- 8)** Cfr. per un'ampia disamina delle varie teorie, L. Gatt, *La liberalità...cit*, pag. 76 e segg.
- 9)** G. Gorla, *Il contratto (problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico), I, lineamenti generali*, Giuffré, Milano, 1955, pag. 101, 105, 196 e segg, il quale afferma che nella donazione la causa sufficiente, cioè la ragione oggettiva della sanzione giuridica della promessa o dell'alienazione, manca ed è sostituita dalla forma pubblica. Per l'Autore "cause sufficiente", come requisito per la sanzione giuridica di un contratto obbligatorio, è la ragione adeguata dell'obbligazione che nei contratti di scambio si identifica nella controprestazione.
- 10)** G. Gorla, *Causa consideration e forma nell'atto di donazione, I, La Civil Law, in Rivista di diritto commerciale*, 1952, I, p. 186, il quale testualmente afferma che il nostro sistema mediante la forma vuol garantire: la ponderatezza dell'atto liberale, la tutela dei terzi, creditori ed eredi,, protezione della famiglia, garanzie contro la revocabilità ecc. Secondo A. Torrente, *La donazione*, Giuffré, Milano, 1956, pag. 180, a differenza che nei contratti a titolo oneroso, nella donazione, come nel contratto gratuito in genere, per quello stesso difetto di corrispettivo, che caratterizza tali negozi, il contratto costituisce strumento di realizzazione, più che del bisogno, del sentimento di una sola parte, del donante. Peraltro la tradizionale funzione della forma solenne volta ad assicurare una tutela rafforzata per il donante e la sua famiglia oramai è relegata ad un ruolo del tutto marginale e non sembra in grado di proteggere il patrimonio del donante da decisioni affrettate, posto che i trasferimenti per spirito di liberalità possono essere effettuati anche senza ricorrere al contratto di donazione; U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole - Analisi economica del diritto civile ...cit.*, pag. 182, secondo cui: *"La funzione della forma solenne .è di assicurare una maggiore riflessione e, di conseguenza, una tutela rafforzata per il donante e la sua famiglia...peraltro..i trasferimenti per spirito di liberalità possono essere effettuati anche senza ricorrere al contratto di donazione; il requisito della forma solenne è ormai relegato ad un ruolo del tutto marginale e non sembra in grado di proteggere il patrimonio del donante da decisioni affrettate"*.
- 11)** Cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole - Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2007, pag. 124, il quale afferma che *"l'ambiguità del donare non è, per il giurista, una novità o una scoperta recente. Il carattere mercantile del diritto moderno radica nelle strutture giuridiche una diffidenza profonda per atti e attività gratuite, che induce a chiuderli in un'area ristretta, presidiata da regole severe, scoraggiata da divieti e carichi fiscali"*. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato...cit.*, pag. 113 e segg.: *Il mercato è il luogo degli scambi, cioè delle relazioni in cui ciascuna parte dà all'altra e riceve dall'altra, o meglio dà in quanto e perché riceve...Il mercato, come unità giuridica delle relazioni di scambio, sui traduce nello schema del contratto a titolo oneroso, che sulle orme di Pothier e del Code Napoleon, era perspicuamente definito nell'art. 1101 cod civ. del 1865 come il contratto "nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio". Il concetto giuridico di mercato respinge, dunque, all'esterno gli atti di liberalità, o, più in generale, gli atti a titolo gratuito destinati a procurare un vantaggio senza equivalente.*
- 12)** Cfr. T. Montecchiarì, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Giuffré, Milano, 1998 pag. 75

- 13)** Cfr. R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile, ...cit*, pag. 181 e segg., *In una visione meno tradizionale di analisi economica del diritto va riconosciuto che i contratti di scambio non sono gli unici strumenti idonei ad assicurare una migliore allocazione della risorse, anche gli atti di liberalità possono servire a realizzare ben individuati interessi del promittente e del promissario. In questa direzione, si riconosce che, non diversamente da quanto accade con la promessa di effettuare uno scambio, anche una promessa di donare può aumentare il benessere del donante e del beneficiario.*
- 14)** Cfr. Cass. 3° sez. civ., 8 maggio 2006 n. 10490, est. G. Travaglino, laddove afferma che "causa del contratto è la sintesi degli interessi reali che esso, al di là del modello anche tipico utilizzato, è diretto a realizzare"; cfr. altresì: R. Rascio, *Interesse e volontà nell'atto liberale: leggendo due sentenze di merito*, in *Diritto e Giurisprudenza*, Jovene, Napoli, 2004, pag. 668 e segg.
- 15)** G. Amadio, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile...cit.*, pag. 16 e 17. A. Checchini, *L'interesse a donare*, in *Rivista di diritto civile*, CEDAM; 1976, I, pag. 254 e segg. A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in "I contratti gratuiti a cura di A. Palazzo e S. Mazzarese, UTET, 2008, pag. 5 e segg. A. Cataudella, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, ed. Giappichelli, pag. 19 e segg. secondo cui "L'intento liberale presenta comunque, anche nelle liberalità diverse dalla donazione, sia pure degradato a motivo, le stesse connotazioni che abbiamo visto essergli proprie nella donazione: tra queste l'esigenza che sia perseguito un interesse non patrimoniale, con conseguente espunzione, dal novero delle fattispecie rientranti nella previsione dell'art. 809, c. 1°, c.c., di quelle nelle quali chi mira ad avvantaggiare l'altra parte è mosso dall'intento di soddisfare un proprio interesse patrimoniale".
- 16)** Sul tema dei contratti gratuiti atipici, cfr. F. Caringella, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Il Foro Italiano*, anno 1993, c. 1508 e segg. L. Gatt, *La liberalità, ..cit*, pag.358 e segg.
- 17)** Cfr. F.Caringella, *Alla ricerca della causa..cit*, c. 1513, il quale afferma che "un obbligo unilaterale potrà sfuggire alla decapitazione giudiziale solo laddove risulti diretto al conseguimento di un interesse o vantaggio patrimoniale rilevante – pur se non concretantesi in una controprestazione tecnicamente considerata." L. Gatt, *La liberalità..cit*, pag. 359, secondo cui "è da escludersi la sussistenza della liberalità quando un effetto attributivo si inserisca in un "contesto" tale da escludere che l'effetto medesimo possa essere valutato come equivalente a quello della donazione, vale a dire meramente depauperante in relazione al patrimonio del disponente, purché si tratti di un "contesto" rilevabile *ictu oculi*. Tale è ad esempio il contesto commerciale, in particolare quello reclamistico o pubblicitario, in cui si rilevano fattispecie unilaterali attributive (*gratuite*) poste in essere per incrementare le vendite ed aumentare il giro di affari d'impresa. " L. Bozzi, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Rivista di diritto civile*, CEDAM, II, 2004, pag. 209 e segg.
- 18)** Mentre in giurisprudenza stenta ad affermarsi l'ammissibilità del contratto con causa gratuita atipica come schema contrattuale alternativo ai contratti di scambio ed alle donazioni (cfr. cass. 1° sez. civ., 20 novembre 1992 n. 12401, in *Il Foro Italiano*, 1993 c. 1506 con nota critica di F. Caringella, *Alla ricerca della causa ..cit*), in dottrina, pochi dubbi sussistono sulla onerosità delle cessioni a prezzo zero o con prezzo a carico del cedente di aziende o di quote sociali, nei casi in cui la determinazione a cedere non sia sorretta da intenti liberali ma da un tornaconto economico che può tradursi in un risparmio di spese ulteriori, nella liberazione di oneri e debiti che il cedente non era più in grado di onorare, nell'interesse a non operare licenziamenti o a far continuare l'impresa, etc.; a fianco a tale tipologia di atti possono, altresì, includersi quelle operazioni societarie effettuate all'interno di gruppi di impresa che solo apparentemente sono gratuite producendo, in concreto ritorni economici a vantaggio del gruppo e, quindi, anche dell'impresa autrice dell'operazione stessa. Sul punto, anche L. Gatt., *La liberalità ...cit* , pag. 185. In questi casi l'interesse oggettivo del cedente non può che essere valutato nei suoi concreti termini di arricchimento patrimoniale, inteso nel suo significato più ampio ed idoneo ad escludere le suddette fattispecie sia dallo schema causale della donazione e sia da quello delle liberalità attuate mediante atti diversi, nel presupposto che le une e le altre sono assimilate quanto meno nel risultato economico prodotto a favore ed a carico del beneficiante e del beneficiario.
- 19)** A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi ..cit.*, pag. 32 e segg.

- 20)** R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile, ...cit.*, pag. 181. "Gli interpreti sono ...costretti a svolgere indagini particolarmente complesse per stabilire se un contratto di scambio con prestazioni verosimilmente squilibrate o prive ex uno latere di contenuto patrimoniale possa essere considerato una delle liberalità di cui all'art. 809. la giurisprudenza risolve il problema del riconoscimento degli atti di liberalità applicando un criterio di tipicità legale o sociale."
- 21)** Le norme in tema di revocazione per ingratitudine (art. 801 c.c.) rispondono alla condivisibile tutela del donante nei confronti di coloro che, sebbene abbiano ricevuto una liberalità, compiano atti particolarmente gravi nei confronti del donante (art 463 n. 1), 2) e 3) c.c.), ovvero atti di grave ingiuria nei suoi confronti, ovvero arrechino dolosamente grave pregiudizio al suo patrimonio, ovvero si rifiutino indebitamente di prestargli gli alimenti. Le fattispecie tipiche previste dal Legislatore traducono in termini giuridici un disvalore (l'ingratitudine) particolarmente avvertito nel comune sentire sociale ed è, pertanto, giustificato che tale rimedio sia offerto non solo contro chi abbia ricevuto la liberalità per effetto di una donazione diretta ma anche coloro che tale beneficio abbiano ottenuto per effetto di atti diversi. La norma, sotto questo profilo, pertanto mira a tutelare il gesto dell'autore della liberalità nel presupposto che esso abbia avuto la sua giustificazione causale in un interesse non patrimoniale del medesimo.
- 22)** Sul punto L. Gatt, *La liberalità ...cit.*, in particolare pag. 464, secondo cui "Il percorso tracciato ha condotto a definire la liberalità (o fattispecie liberale) in termini strettamente oggettivi, identificandola in un effetto equivalente a quello derivante dalla donazione nei confronti del donante e del donatario, cioè in un effetto capace di ledere gli stessi interessi che può ledere il "tipo di effetto" della donazione contrattuale formale."
- 23)** L. Gatt, *La liberalità ...cit.*, spec. pag. 463 e segg. che distingue il "risultato di liberalità" dallo "spirito di liberalità" e di conseguenza, afferma la conformità, ai dati normativi, dell'idea secondo cui di liberalità, rispetto ai contratti a causa non donativa, può parlarsi solo in riferimento alla loro sfera effettuale.
- 24)** Cass. Civ. n° 26983 del 12 novembre 2008.
- 25)** Sul punto V. Roppo, *Le liberalità fra disciplina civilistica e norme fiscali: una sfida per il ceto notarile*, in *Notariato*, n.4/2000, IPSOA, pag. 428. La difficoltà maggiore si avrebbe per le cd prestazioni gratuite atipiche, per le quali L. Gatt, *Le liberalità...cit.*, , adotta quale criterio discrezionale rispetto alle liberalità atipiche la contestualizzazione della prestazione stessa, cosicché, secondo tale Autore, è "da escludersi la sussistenza della liberalità quando un effetto attributivo si inserisca in un "contesto" tale da escludere che l'effetto medesimo possa essere valutato come equivalente a quello della donazione, vale a dire meramente depauperante in relazione al patrimonio del disponente, purché si tratti di un "contesto" rilevabile *ictu oculi*".
- 26)** G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Gufré, 1966, pag. 229 e segg. C.M. Bianca, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, 2000, pag. 425 e segg. M. Bessone, "Motivi" del contratto, dogma della loro irrilevanza e obiter dicta giurisprudenziali, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1979, I, 92 e segg. in cui sottolinea che "il preteso principio dell'irrilevanza dei motivi è... in larga parte inconsistente..." "...lo spazio aperto alla rilevanza dei motivi non riguarda soltanto aspettative dichiarate in una clausola del negozio...; ma molto spesso interessi ed aspettative che sono semplicemente presupposti della proposta o dell'accettazione, del tutto estranei alla "causa2 del contratto come codificata dalle norme". V.Caredda, *Donazioni indirette..cit.*, pag. 207-208 e 216 e segg. la quale afferma che "idea che la causa del contratto deve essere valutata in concreto, ..., solo rende più elastica la distinzione tra causa e motivi, ma consente altresì di abbandonare il fuorviante angolo visuale che aveva bloccato l'evoluzione della teoria del negozio indiretto"; G. Amadio, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile...cit.*, pag. 17, secondo il quale l'indagine sul rapporto intercorrente tra causa ed interesse "si giustifica alla luce dell'idea nota la quale identifica la causa concreta dell'operazione economica direttamente con l'insieme degli interessi regolati. Così che, individuato nell'interesse non patrimoniale del disponente il tratto caratterizzante la categoria della liberalità nel suo insieme, perrebbe gioco forza riconoscere, tanto alla donazione tipica quanto alle liberalità non donative, un'unica medesima causa"; F. Alcaro, *Le donazioni indirette..cit.*, secondo il quale: "l'assenza di un dato strutturale e formale univoco, così come ravvisabile nella donazione (ove la forma dell'atto pubblico rinsalda la giustificazione causale),..., impone il vaglio degli interessi e delle ragioni in concreto, alla ricerca

di quell'intento di liberalità, che assume qui rilievo pregnante.". Per una critica al criterio della causa concreta, L. Gatt, *La liberalità ...cit.*, pag 129 e segg.

- 27)** Cfr. M. Krogh, *Le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore di cui al D.Lgs. n. 231/2007 e la tracciabilità dei pagamenti, in seguito alle modifiche apportate dal decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (convertito in Legge n. 133/2008)*. Studio n. 3-2008/B - Approvato dalla Commissione Legislativa - Gruppo di lavoro Antiriciclaggio, del Consiglio Nazionale del Notariato il 23 aprile 2008, pubblicato su CNN notizie 3 novembre 2008 n. 213; Id., *Le novità introdotte dal d.l. 112/2008 alle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*, in *Notariato* n. 5/2008, IPSOA, pag 540. Va evidenziato che, la normativa antiriciclaggio, in ordine al tracciamento delle movimentazioni finanziarie, obbliga il notaio ad assolvere l'obbligo di adeguata verifica indagando, nei limiti dei poteri assegnatigli ed ove riscontri anomalie (combinato disposto degli artt. 20 e 21 del d.gs. 231/2007), anche sui mezzi di pagamento utilizzati, ciò tuttavia non si traduce nell'obbligo di indicare obbligatoriamente i suddetti dati all'interno del contratto ricevuto. Pertanto, sarà possibile che le parti, all'interno del contratto di donazioni si limitino a dare atto che il trasferimento della somma di denaro è avvenuto utilizzando mezzi di pagamento conformi al disposto dell'art. 49 del d.lgs. 231 del 2007, così come sarà possibile per le parti dichiarare che le somme di denaro sono già state ricevute dal donatario in precedenza al perfezionamento del contratto di donazione.
- 28)** Sono definiti "mezzi di pagamento" dal d.lgs. 231 del 2007: "*il denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permette di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie.*"
- 29)** Ritengono che si tratti di donazione diretta: A. Ambanelli, *La donazione "manuale" di assegni*, in "*i Contratti*", gennaio 2000, IPSOA, pag. 309 e segg. secondo la quale "*sarebbe riduttivo considerare oggetto della donazione la sola somma di denaro, ignorando il mezzo con il quale è stata conferita, che rappresenta, viceversa, il vero oggetto della attribuzione liberale. Deve ritenersi, dunque, che, nell'ipotesi in cui il donante-traente muoia dopo la consegna di un assegno bancario al donatario, ma anteriormente alla sua presentazione alla banca per il pagamento, gli effetti della donazione dell'assegno bancario restino inalterati, il che comporta che la somma a suo oggetto non cadrà in successione ereditaria, dovendo essere considerata acquisita al patrimonio del donatario.*"; Cass., 1° agosto 1994 n. 7160, in *Nuova Giurisprudenza civ. comm.*, 1995, I, e segg., con nota di G. Canessa, *Donazione di azioni di s.p.a. non in forma scritta e sua configurabilità come donazione indiretta*, pag. 695 e segg.; Trib. Tempio Pausania, 22 novembre 1968, in *Giur. mer.*, 1972, pag. 219; Trib. Roma, 18 maggio 1982, in *Rivista dir. comm.*, 1983, II, pag. 115; Trib. Napoli, 9 dicembre 1974, con nota di M. Perfetti, *Donazione a mezzo di titolo di credito*, in *Diritto e giurisprudenza*, Jovene, 1975, pag. 412 e segg.; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, 1953, pag. 31 e segg.; G. Gorla, *Causa consideration e forma nell'atto di donazione...cit*, pag. 181 nota 27, il quale evidenzia che *nel diritto germanico e nel diritto francese il transfert formale o la consegna rendono irripetibile ciò che si è dato perfino quando essi si compiano a titolo di liberalità. Per il diritto italiano la questione è complicata dall'esigenza della forma per le donazioni manuali oltre un certo valore*. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, 2002, pag. 780 e 872. *Contra*: B. Biondi, *Contratto tipico di donazione e liberalità per mezzo di vaglia cambiario*, nota ad App. Lecce 24 marzo 1958, in *Foro it*, 1959, I, c. 1031 - 1032, secondo cui l'emissione ed il trasferimento del titolo di credito sono atti diversi dalla donazione che la legge consente ed esonera dalla forma pubblica e G.B. Ferri, *Liberalità mediante assegno e fallimento*, in *Foro it*. 1982, I, c. 543, che qualifica donazione indiretta l'attribuzione liberale mediante assegno, essendo questo un ordine di pagamento alla banca, tenuta in base alla convenzione di assegno.
- 30)** B.Biondi, *Le donazioni...cit*, pag. 991.
- 31)** F. Alcaro, *Le donazioni indirette ...cit*, pag. 1068, secondo il quale "*la cointestazione di rapporti finanziari o di libretti di deposito è operazione di per sé neutra, perché cointestazione non significa ancora liberalità.*" *Contra*: L. Gatt, *La liberalità ...cit.*, pag. 108, secondo la quale "*è necessario*

distinguere tra forma del negozio di trasferimento di una somma di denaro e la modalità del trasferimento medesimo, evitando di considerare quest'ultima idonea a "sostituire" la prima."

- 32)** Cfr.: Cass. 12 novembre 2008 n. 26983, cass. 10 aprile 1999 n. 3499, cass. 22 settembre 2000 n. 12552.
- 33)** Ad una progressiva perdita di rilievo della forma nelle liberalità, in ragione di un'estensione dell'area delle liberalità indirette, determinata dalle nuove prassi sociali e commerciali, si contrappone un uso, spesso improprio, della forma solenne in quei negozi che pur gratuiti non presentano causa donativa, come se si volesse coprire con la forma i bubbi inerenti l'esistenza di una valida causa contrattuale. Sulle problematiche relative alla forma nelle donazioni cfr., altresì, A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi ...cit.*, pag. 25, il quale riscontra "come nel nostro ordinamento la prassi stipulatoria del negozio donativo venga eccessivamente ed inopportuna-mente incentrata sul ruolo della forma vincolata, con la conseguenza che in assenza di una compiuta indagine del rogante in ordine ai motivi dell'attribuzione, rimane spesso oscura ed inespressa, specie nella donazione pura, la causa dell'attribuzione. E così i variegati regolamenti contrattuali che la prassi elabora in continuazione vengono affidati alla struttura della donazione pura la cui causa dell'attribuzione rimane soffocata nella sua forma vincolata ex art. 782 c.c."
- 34)** *Ex multis*: Cass. civile, sez. unite n° 9282 del 5 agosto 1992; Cass. 2 febbraio 2009 n° 2569, Cass. civile n° 596 del 31 gennaio 1989; Cass. civile, sez. II n° 1257 dell'8 febbraio 1994; Cass, n° 3642 del 24 febbraio 2004; Cass. n°15778 del 14 dicembre 2000 .
- 35)** Per un quadro completo degli orientamenti giurisprudenziali cfr. V. Caredda, *Donazioni indirette ...cit.*, pag. 202 nota 70 e N. Di Mauro, *Individuazione dell'oggetto della liberalità in alcune fattispecie particolari*, nota a Cass. 31 gennaio 1989 n. 596 in *Rivista del notariato*, 1989, II, pag. 1163 e segg.
- 36)** Per gli approfondimenti relativi all'adempimento del terzo, con riferimento ai nuovi obblighi imposti dal d.l. 223 del 2006 (conv. in l. 248/2006) si rinvia allo del CNN n. 711-2008/C, *Adempimento del terzo*, est. G. Cristiani, M. Labriola, S. Sideri.
- 37)** In *Foro italiano*, 1993, I, c. 1560. Anche nella recente sentenza del 2 febbraio 2009 n. 2569, la Suprema Corte, nel confermare il difetto di accertamento di una donazione indiretta in una fattispecie in cui il padre aveva consegnato assegni di conto corrente alla figlia perché fossero utilizzati dalla stessa per la sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, sul solo presupposto della mancata acquisizione della prova del fatto, riconosce implicitamente l'idoneità dello schema legale adottato per realizzare la liberalità indiretta.
- 38)** U.Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile...cit.*, secondo cui: ".i trasferimenti per spirito di liberalità possono essere effettuati anche senza ricorrere al contratto di donazione; il requisito della forma solenne è ormai relegato ad un ruolo del tutto marginale e non sembra in grado di proteggere il patrimonio del donante da decisioni affrettate".
- 39)** cfr. V. Caredda, *Donazioni indirette ...cit.*, pag. 284 – 285 e nota 290.
- 40)** Si rinvia alla nota (2) per le indicazioni bibliografiche.
- 41)** Cfr. M. Krogh, *Commento all'articolo 43 del d.lgs 231/2007*, in *CNN Notizie* 29 ottobre 2008 n. 210 - Materiale antiriciclaggio.
- 42)** Sulla portata degli obblighi di conservazioni relativi alle modalità di pagamento si rinvia allo studio CNN n. 3-2008/B, M. Krogh, *Le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore ...cit.*, e *Le nuove limitazioni all'uso del contante ...cit.*, pag. 540 e segg .
- 43)** Cfr. V. Caredda, *Donazioni indirette...cit.*, pag. 284 che riporta l'affermazione di chi (A. Palazzo) ritiene che il problema che astrattamente potrebbe trovare diverse soluzioni, in concreto, si risolve in una questione di *ars stipulatoria*; G. Iaccarino, *Donazioni indirette ed "ars stipulatoria" ...cit*
- 44)** Per la problematica relativa alle donazioni aventi ad oggetto le prestazioni di fare, cfr. i recenti contributi di F. Tassinari, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in "I Quaderni della Fondazione del Notariato, *Liberalità non donative e attività notarile*, ed. *Il Sole 24 Ore*, n. 1/2008, pag. 23 e segg. A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi ..cit.*, pag. 24 e segg., il quale sottolinea la distinzione tra negozio a titolo gratuito e donazione indiretta sul presupposto che solo nella seconda si registra lo spirito di liberalità, mentre la causa dell'attribuzione è presente sia nell'una che nell'altra ipotesi. L'autore porta l'esempio del comodato della causa di villeggiatura per una sola stagione che è contratto gratuito non donativo che si distingue dal comodato gratuito per

tutte le stagioni estive della vita del donante, che in pratica non l'ha mai usata, lasciandola in pieno godimento al comodatario che è donazione indiretta; C. Manzini, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e Impresa*, 3, 1989, pag. 943 e segg.; L. Bozzi, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico ...cit*, pag. 218 e segg. e 233 e segg.

- 45)** Si rinvia alla nota ⁽³⁾ per le indicazioni bibliografiche.
- 46)** Sul punto, cfr.. G. Amadio, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative.*, studio n. 17-2009/C approvato dalla commissione civilistica del Consiglio Nazionale del Notariato.
- 47)** Sul punto: R. Rascio, *Interesse e volontà nell'atto liberale: leggendo due sentenze di merito .. cit*, pag. 676 e segg. In giurisprudenza cfr. Cass. 23 aprile 1998 n. 4197, sembra ammettere implicitamente la sussistenza di un *animus donandi* in una prestazione gratuita; ritengono, invece, necessaria, la prova dell'intento liberale: Cass. civ. 25 ottobre 1972 n. 3299, Cass. civ. 9 agosto 1973 n. 2309, Cass. civ. 7 luglio 1988 n. 4469; Cass. civ. 5 dicembre 1998 n. 12325.
- 48)** Esempio è la citata recente sentenza (n° 26983 del 12 novembre 2008) della Cass. civ., relativa al cointestazione di un libretto di risparmio con versamenti effettuati esclusivamente da un cointestato, nella quale la Suprema corte ha affermato che *"la possibilità che costituisca donazione indiretta la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, qualora la predetta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatari, è legata all'apprezzamento dell'esistenza dell'animus donandi consistente nell'accertamento che, al momento della cointestazione, il proprietario del denaro non avesse altro scopo che quello di liberalità"*.
- 49)** cfr. *Dizionario Giuridico del Notariato*, voce *Verbale di constatazione* (est. G. Casu), Milano, 2006, 1081 ss. e risposta al quesito 295-2007/C dell'Ufficio Studi del CNN, est. P. Longo *Verbale di constatazione notarile*; S. Mililotti, *Verballi di constatazione e funzioni notarili*, in *Riv. Not.*, 1989, 582
- 50)** Concorde sul punto, G. Iaccarino, *Donazioni indirette ...cit*, pag. 34. In giurisprudenza, conf. Cass. 11 luglio 1996 n. 6313: «L'atto con cui il notaio riceva le dichiarazioni dei legittimari dirette a confermare espressamente le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, sulle premesse - dai medesimi dichiarate - dell'inesistenza di un testamento formale e della ripetuta, dettagliata e mai revocata volontà del defunto, espressa oralmente, circa la destinazione dei propri beni, non invade i compiti di accertamento riservati all'autorità giudiziaria, in ordine (nella specie) all'esistenza ed alla nullità del testamento nuncupativo nonché alla intervenuta realizzazione della fattispecie sanante prevista dall'art. 590 c.c., e non è quindi suscettibile di esser disciplinarmente sanzionato, ai sensi degli art. 1 e 138 legge notarile, atteso che la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate (né, peraltro, preclude un tale accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria in caso di successiva contestazione), e tenuto altresì conto che la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto al quale non è quindi configurabile alcuna attività di accertamento da parte del notaio» (conf., Trib. Modena 27 settembre 2002); *contra*, Trib. Bergamo 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1996, 3, 247 e segg., con nota di G. Celeste, *relativamente ad un atto di conferma di un testamento nuncupativo*.
- 51)** Cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole ...cit*, pag. 124; L. Gatt, *Le liberalità...cit*, pag. 74 e segg. In tema di accertamento di liberalità donative cfr. G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile...cit*, pag. 166 e 167, secondo il quale *"Per le liberalità non donative, all'accertamento, in linea di massima, debbono partecipare autore e beneficiario"*. Sull'intangibilità della sfera giuridica altrui, cfr. anche C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, ed. Jovene, 1972, pag. 133 e segg., A. Orestano, *Promesse gratuite*, in *"I contratti gratuiti a cura di A. Palazzo e S. Mazzaresse*, UTET, 2008, pag. 606 e segg., secondo il quale il principio di protezione delle posizioni giuridiche soggettive contro le ingerenze altrui, se conformato dalle norme contenute nell'art. 1411 c.c., dovrebbe intendersi nel senso che è in via generale possibile, per i privati, determinare effetti diretti nell'altrui sfera giuridico - patrimoniale, purché tali effetti siano di indole esclusivamente favorevole, e salvo sempre il potere del beneficiario di rifiutare l'attribuzione ricevuta. Le uniche fattispecie che apparentemente non sembra che rientrino in questo paradigma sono le rinunzie ai diritti reali. Tuttavia per queste fattispecie l'eccezione è solo apparente in quanto la rinuncia, di per sé, è atto puramente abdicativo, e quindi incapace di incidere direttamente nella sfera giuridico patrimoniale del controinteressato. A.

Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi ..cit.*, pag. 35 e segg, ritiene che sia nella rinuncia ad un diritto reale che nella remissione del debito l'eventuale partecipazione all'atto del beneficiario o del debitore sarà rilevante al fine di qualificare l'atto come liberalità in considerazione dei reciproci interessi delle parti interessate.

- 52)** A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi ..cit.*, pag. 33 e 35. L'Autore evidenzia che la remissione del può avvenire per ragioni diverse. A) perché il remittente vuole evitare le spese di giudizio, b) perché il debito è dubbio, c) per non continuare a portare in bilancio una posta attiva che non si riesce ad incassare, d) perché la controparte rinuncia a far valere altri diritti contro il debitore.
- 53)** La struttura unilaterale della dichiarazione dovrebbe di per sé essere sufficiente a negare la natura negoziale della dichiarazione stessa di accertamento, salvo ammettere la possibilità di negozi unilaterali atipici che sembrerebbe esclusa dal disposto dell'art. 1987 c.c. . Sul punto L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, 1996, pag. 168 e segg .
- 54)** Sulla differenza tra negozio di accertamento, confessione e riconoscimento del debito, cfr. L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento ...cit.*, pag 78 e segg, per il quale i tratti distintivi di tali istituti appaiono ormai solidi in dottrina, difatti si evidenzia la natura negoziale del primo e quella di dichiarazione di scienza della seconda e del terzo. Quando si accerta, il dato accertato viene definitivamente posto fuori contestazione ed un effetto "analogo" si produce nell'ipotesi di confessione; il riconoscimento, invece, opera unicamente un'inversione dell'onere della prova.
- 55)** Sul punto cfr. anche G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi ...op. e loc. cit.* il quale si sofferma sulla distinzione tra atto ricognitivo e negozio di accertamento, sulla diversità dei presupposti per l'uno e per l'altro e sulla diversità degli effetti prodotti; secondo l'Autore se la dichiarazione proviene dal beneficiario la stessa non potrà che avere valore negoziale se ed in quanto diretta a precludere una futura contestazione su un dato incerto, il suo valore sarà oltre che processuale anche sostanziale e dovrà, pertanto, avere tra i suoi presupposti anche l'esistenza del fatto. Sul negozio di accertamento e la sua rilevanza notarile cfr. G. Baralis, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione "dichiarata" dal cedente ed atti dispositivi*, Studio n. 176-2008/C, approvato dalla Comm. Studi civilistici del C.N.N. C. Caccavale, *Prime note sugli atti unilaterali di mutuo*, approvato dalla commissione Studi civilistici del C.N.N. il 10 novembre 1999 e "Gli "atti unilaterali di mutuo" nel credito bancario" in *Riv. Dir. priv* 2/2001, p. 307 e segg..
- 56)** Sull'effetto preclusivo dell'accertamento, distinto dall'effetto costitutivo e meramente dichiarativo, A. Falzea, *Accertamento a) Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, UTET, pag. 209. In tema di confessione stragiudiziale, prevale in dottrina (V. Andrioli, voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1959 p. 22; C. Furno, voce *Confessione*, in *Enciclopedia del diritto*, 1961, p. 908, L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento ... cit.*, pag. 163 e segg e giurisprudenza (*ex multis*: Cass. civ. 17 gennaio 2003 n. 607, cass. civ. 3 giugno 1998 n. 5459, cass. 11 luglio 1975 n. 2757, cass. 28 marzo 1974 n. 850, Cass. 20 marzo 1972 n. 862) l'indirizzo che assegna valore non negoziale alla confessione stragiudiziale stessa, non essendo rilevante il cd. *intenti confidenti*, e producendo la dichiarazione confessoria resa i suoi effetti al di là delle intenzioni e della volontà del dichiarante stesso. *Contra*: M. Giorgianni, *Voce Accertamento (negozio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, UTET pag. 241.
- 57)** M Giorgianni, *Accertamento ...op. loc. cit.*, secondo il quale è sempre presente nell'autore della confessione il cd. *animus confitendi* che consiste nella intenzione di fissare incontestabilmente la verità ed implica una volontà negoziale. La confessione stragiudiziale, la ripetizione del negozio a scopo di accertamento, la interpretazione autentica, il riconoscimento e la confessione esauriscono la figura dell'accertamento. G. Baralis, *Negozi accertativi ...cit.*, secondo cui "l'accertamento può chiarire ciò che sostanzialmente è già (...) chiaro, ma il negozio può essere utile perché, ad esempio coordina i vari aspetti della fattispecie, come quando ad esempio, coordina i vari aspetti di una fattispecie contrattuale che si è formata in momenti temporalmente diversi; in questi casi il negozio di accertamento sconfinava nel negozio ripetitivo"; continuando, l'accertamento può incidere su una precedente manifestazione negoziale la cui portata è oggettivamente, secondo il comune giudizio, incerta sul piano dei soggetti, della vicenda, del contenuto, dell'oggetto; è questo il caso in cui più netto è il senso dell'accertamento perché corrisponde ad un'esigenza del comune

modo di pensare e coinvolge i casi in cui il negozio si rivela più significativo anche sul piano del traffico giuridico.

- 58)** Come già osservato, il negozio di accertamento, presuppone la valida esistenza di una situazione giuridica preesistente. La nullità della donazione per mancanza della forma rende la fattispecie insanabile.
- 59)** M. Giorgianni, *Voce Accertamento...cit*, pag. 237 e segg. Sull'effetto preclusivo dell'accertamento, distinto dall'effetto costitutivo e meramente dichiarativo, A. Falzea, *Accertamento a) Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, UTET, pag. 209.
- 60)** M. Giorgianni, *Voce Accertamento ...cit*, pag. 239; L. Ambrosio, *Il negozio di accertamento ...cit*, pag. 44 e segg.; G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi di liberalità... op. ult. cit.* pag. 166 e 167 il quale testualmente afferma che "*l'expressio causae rilasciata dal beneficiario dell'atto liberale (negozio di accertamento) resterà priva di effetti (nullità per mancanza di causa) se il fatto o l'atto su cui si accerta non esisteva (ciò che accade pure all'atto ricognitivo), oppure quando la situazione preesistente era certa (ciò che, invece, non può accadere all'atto ricognitivo)*" in sostanziale adesione G. Iaccarino, *Donazioni indirette ed "ars stipulatoria"* in *Lecture Notarile, collana diretta da G. Laurini*, IPSOA, 2008, pag. 34 e segg. Peralto, al di là della qualifica negoziale o di mera dichiarazione di scienza dell'atto ricognitivo proveniente da una o da entrambe le parti va, comunque, alla stessa assegnata valenza giuridica in quanto la dichiarazione stessa agirà quanto meno sul piano probatorio facilitando la prova dell'esistenza del fatto stesso
- 61)** M. Giorgianni, *Voce Accertamento...cit*, secondo il quale la mancanza assoluta della situazione preesistente, o la certezza di essa, fa venir meno l'elemento causale e perciò consente l'invalidazione del negozio di accertamento. In giurisprudenza cfr. Cass. 23 marzo 1996 n. 2611, nella quale si afferma che il negozio di accertamento presuppone l'esistenza di un valido ed efficace rapporto giuridico tra le parti, in mancanza del quale il negozio medesimo, difettando di causa, è nullo. Nello stesso senso Cass. 6 dicembre 1983 n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, c. 238; L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento ...cit.*, pag. 44 e segg. il quale nel riportare gli indirizzi della Suprema corte sul punto, afferma che "*la giurisprudenza costruisce la causa del negozio dichiarativo, attraverso la "somma" di due elementi: a) l'incertezza; b) l'esistenza del rapporto originario.*"
- 62)** Cass. 9 luglio 2005 n. 14481. La S.C. sulla base del principio sopra riportato ha confermato la sentenza di merito, la quale, facendo uso di presunzioni, era pervenuta alla conclusione dell'avvenuta corresponsione al promittente venditore, poi dichiarato fallito, della sola minor somma pagata con assegni, e della simulazione della quietanza di pagamento della maggiore, di cui il promissario acquirente assumeva il pagamento in contanti, ritenendo così raggiunta la prova della simulazione del patto relativo al prezzo di vendita.
- 63)** In tal senso anche M. Giorgianni, *Accertamento ...cit*, secondo il quale la mancanza di una norma espressa deve far escludere che il negozio di accertamento sia un negozio formale; G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi...cit.*, pag. 467; Cass. civ. 5 giugno 1997 n.4994, in *Rivista del notariato*, 1998, pag. 240 e segg. Cass 23 dicembre 1987 n. 9625, Cass 16 dicembre 1987 n. 9358; L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento ...cit*, pag. 111 e segg., ritiene, in contrario, che l'eventuale sussistenza di oneri formali vada verificata sulla base degli effetti che si collegano al negozio più che alla sua funzione.
- 64)** Cfr. nota (39).