

■ Studi Civilistici

Studio n. 711-2008/C

Il pagamento del prezzo della compravendita. Problematiche connesse alla mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore.

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 4 marzo 2009

Lo studio in sintesi (Abstract)

1) Il presente studio muove dal frequente riscontro nella contrattazione immobiliare di fattispecie nelle quali si realizza una mancata coincidenza tra acquirente e finanziatore, cioè tra soggetto che acquista e soggetto che fornisce, con svariate modalità, la provvista per acquistare.

Tale circostanza coinvolge direttamente il ruolo e la funzione del Notaio il quale - come custode del rispetto delle regole poste dall'ordinamento e quale interprete della volontà delle parti - viene spesso ad imbattersi nel dilemma se far risultare dal contratto, ed eventualmente in quali termini e secondo quali modalità, la diversità soggettiva in esame.

La prassi notarile ha da tempo evidenziato una notevole casistica di situazioni che possono verificarsi in ordine al pagamento del prezzo della compravendita.

L'occasione per rivisitare la materia è stata fornita dal Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 che, come è noto, ha introdotto nelle cessioni di immobiliari nelle quali sia previsto un corrispettivo l'obbligo in capo alle parti di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di notorietà "recante l'indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo." L'entrata in vigore della suddetta normativa ha comportato da un lato la necessità di fornire una ulteriore dimostrazione di affidabilità e fedeltà allo Stato da parte del Notariato, al quale l'ordinamento ha delegato il controllo in ordine all'antiriciclaggio e all'evasione fiscale, nella misura in cui tali fenomeni possono presentarsi nell'ambito della contrattazione immobiliare e dall'altro di prevedere nuove formule e clausole contrattuali nell'interesse delle parti.

Fin dalle prime battute, si è ritenuto di distinguere nettamente il tema della necessaria tracciabilità dei mezzi di pagamento imposto dal comma 22 dell'art. 35 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 e l'aspetto della eventuale evidenziazione della diversità soggettiva tra acquirente e finanziatore.

Allorché tale evidenziazione appaia funzionale ad una più chiara sistemazione

degli interessi familiari, il regolamento sostanziale voluto dalle parti in ordine al prezzo della compravendita meriterà comunque di essere disciplinato in una clausola contrattuale distinta rispetto a quella contenente le indicazioni prescritte dalla legge (ed oggetto di apposita dichiarazione sostitutiva di notorietà).

2) Considerato il variegato panorama offerto dalle ipotesi di non coincidenza soggettiva tra finanziatore ed acquirente, è sembrato opportuno concentrare l'indagine sul settore delle liberalità non donative ed in particolare sui procedimenti utilizzati per realizzare il risultato della cd. intestazione di beni in nome altrui: con tale espressione vengono designati quegli atti di liberalità con i quali il donante, con l'accordo del donatario, intende far conseguire a quest'ultimo la titolarità di un bene, che un terzo pone in vendita, senza passare attraverso il patrimonio dello stesso donante.

L'attenzione del Notaio viene infatti istintivamente catturata dal riflesso che la tracciabilità dei mezzi di pagamento da un lato e la emersione della causa donandi dall'altro potrebbero avere sulle vicende circolatorie degli immobili.

*3) Posto che, sotto il profilo civilistico, nelle donazioni indirette la formalizzazione della causa donandi non è necessaria, appare comunque di notevole rilevanza per l'attività notarile interrogarsi sul dilemma della *expressio causae*, seppur con riferimento al limitato tema in oggetto, tema che può essere affrontato da tre diverse angolazioni.*

a) Se si esalta l'aspetto pubblicistico della funzione notarile, si potrebbe affermare che imprescindibili esigenze di trasparenza dell'atto pubblico impongano, sempre e comunque, di far emergere la causa donandi.

b) Ponendosi in una prospettiva maggiormente pragmatica, ed assumendo la sicurezza delle contrattazioni quale "interesse preminente", il timore di creare complicazioni sotto il profilo circolatorio, potrebbe - all'opposto - condurre ad occultare in modo generalizzato la causa donandi.

c) Poiché la molteplicità degli interessi in gioco non sembra consentire scelte di campo troppo radicali, è preferibile evidenziare l'importanza della funzione di "adeguamento" e la centralità dell'intervento del Notaio, quale consulente delle parti. Senza poter in questa sede approfondire il rapporto tra liberalità non donative e tutela dei legittimari, tema al quale è dedicato lo Studio del Prof. Amadio n. 17-2009/C "Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative (in corso di approvazione)", occorre mettere in risalto che le importanti esigenze legate alla sicurezza dei traffici giuridici devono comunque essere temperate con una confacente sistemazione degli interessi familiari (ed al tempo stesso, che una chiara distribuzione della ricchezza familiare svolge un importante ruolo in funzione antiprocessuale). È sembrato allora opportuno procedere con metodo casistico, individuando ipotesi in cui la emersione della causa donandi potrà risultare consigliabile ed ipotesi in cui es-

sa potrà rivelarsi maggiormente problematica.

Per gli specifici profili legati al contratto a favore di terzo, anche in relazione al tema della expressio causae, si rinvia allo Studio di A.Marrese n. 383-2008/C "Non coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore. Il contratto a favore di terzo", approvato dalla Commissione Studi Civilistici in data 30 ottobre 2008.

4) Tra i vari procedimenti caratterizzati dalla mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore, sono stati poi delineati i tratti essenziali dell' adempimento del terzo, sia per la frequenza con la quale tale istituto viene in rilievo nell'attività notarile, sia per le interferenze che la figura in esame può presentare con la tematica della tracciabilità dei mezzi di pagamento imposta dal decreto legge 223/2006.

La dottrina prevalente ha qualificato la figura dell'adempimento del terzo come negozio "astratto", nel senso che prescinde dalla esistenza di preesistenti rapporti tra solvens e debitore ed è qualificato dal legislatore solo in base al rapporto esterno, vale a dire alla prestazione eseguita dal terzo a favore del creditore.

Sembra tuttavia opportuno operare una distinzione tra efficacia diretta ed efficacia riflessa dell'adempimento del terzo: la prima tendente all'estinzione del debito e la seconda concernente i rapporti tra terzo e debitore. Se è infatti vero che l'adempimento del terzo trova in sé la propria giustificazione, senza connessione causale con il rapporto tra terzo e debitore, appare comunque opportuno chiedersi quali possano essere, sotto il profilo sostanziale, le conseguenze giuridiche inerenti la sfera privata del debitore.

Si può infatti rilevare che l'adempimento del terzo non può avvenire senza alcuna "complicazione" per il debitore, in quanto qualsiasi attribuzione patrimoniale presuppone sempre un rapporto preesistente o concomitante tra i soggetti coinvolti.

E' stato poi preso in considerazione il problematico rapporto tra adempimento del terzo e liberalità: è infatti discusso se la prestazione del terzo che adempie per spirito di liberalità nei confronti del debitore, liberi automaticamente quest'ultimo o se sia necessaria una remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 c.c.

Sul punto si è ritenuto di aderire all'impostazione di quanti ritengono che, anche in assenza di esplicita evidenziazione, nel contratto di compravendita, della circostanza del pagamento da parte del terzo, non si possa escludere in via di principio la ricorrenza di una donazione indiretta, soprattutto in presenza di alcuni indici di carattere oggettivo o soggettivo giuridicamente rilevanti (quali la ricorrenza di rapporti parentela o di coniugio tra terzo e debitore).

Da un lato è vero che solo attraverso una contestuale rinuncia all'azione di ripetizione da parte del terzo compiuta nel medesimo atto di acquisto del bene (o comunque attraverso una contestuale enunciazione della liberalità) può giungersi immediatamente alla conclusione della natura donativa dell'intervento del terzo.

D'altro canto la condivisione dell'intento liberale da parte del debitore-donatario potrebbe anche risultare implicitamente dalla "non opposizione" di esso all'adempimento del terzo o comunque dalla "tolleranza" della mancata rivalsa ad opera del terzo.

Più in generale, va ricordato che i legittimari non incontrano limiti probatori nel dimostrare l'esistenza della liberalità e che, comunque, potrà ben aversi liberalità non donativa anche in assenza di atti negoziali (quali la remissione del debito), tutte le volte nelle quali gli elementi costitutivi della liberalità, intesa quale semplice effetto, siano riscontrabili in un comportamento riconducibile a colui che la effettua, fosse anche di carattere omissivo.

Come in precedenza ricordato, il notaio sarà pertanto chiamato ad una attenta attività ricognitiva in ordine agli interessi rilevanti perseguiti dalle parti, che porterà alla evidenziazione immediata o meno dell'intento liberale.

5) Infine si è ritenuto di concentrare l'attenzione su alcune ricorrenti ipotesi di mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore nei rapporti tra coniugi e nei rapporti tra ascendenti e discendenti.

Sotto il primo profilo sono state esaminate le seguenti ipotesi:

I) Acquisto della casa coniugale effettuata da entrambi i coniugi, con successivo mutuo contratto da uno solo di essi. Nel valutare - anche nella prospettiva di una eventuale separazione personale - se l'obbligazione di pagamento del prezzo sia da imputarsi ad uno solo o ad entrambi i coniugi, si è distinto tra acquisti effettuati da entrambi i coniugi in regime di comunione legale (ove sussistono ragioni per ritenere che l'obbligo di restituzione delle rate del mutuo gravi su entrambi i coniugi ex Art. 186 lett. c) C.C.) ed acquisti effettuati da entrambi i coniugi in regime di separazione dei beni (ove l'obbligazione restitutoria dovrebbe gravare, in base al principio generale della relatività del contratto, sul solo mutuatario).

II) Utilizzo del cd. rifiuto del coacquisto, quale strumento volto a realizzare una liberalità non donativa.

Sotto il secondo profilo è stata presa in considerazione la seguente casistica:

Donazione diretta del denaro dal genitore al figlio;

II) Intervento del genitore nel contratto di mutuo in qualità di co-obbligato o di obbligato principale;

III) Intervento del genitore nel contratto di mutuo in qualità di fideiussore;

IV) Intestazione di un immobile al figlio, con accollo da parte del genitore del mutuo a suo tempo contratto dal venditore;

V) Assunzione dell'obbligo, da parte del genitore-donante, di fornire al figlio la provvista occorrente per far fronte alle rate di un mutuo concesso a quest'ultimo (cd. accollo interno).

Sommario: 1 - Il problema del prezzo della compravendita alla luce del D.L. 223/2006; 2 - Liberalità non donative e strumenti utilizzabili per conseguire il risultato della "intestazione di beni in nome altrui"; 3 - La emersione dell'intento liberale e la funzione di "adeguamento" del notaio; 4 - L'adempimento del terzo; 5 - Casistica: ipotesi di mancata coincidenza soggettiva tra finanziatore ed acquirente nei rapporti tra coniugi e nei rapporti tra ascendenti-discendenti.

1. Il problema del prezzo della compravendita alla luce del d.l. 223/2006.

Frequentemente nella contrattazione immobiliare si verifica la circostanza della non coincidenza soggettiva tra parte acquirente-intestatario del bene immobile e soggetto che paga effettivamente (in tutto od in parte) il prezzo della vendita.

Tale circostanza coinvolge direttamente il ruolo e la funzione del Notaio, quale soggetto garante del traffico giuridico ed economico, nell'ambito di una necessaria razionalizzazione del sistema di formazione del consenso negoziale, che deve essere trasparente e pienamente informato.

Il Notaio, pertanto, custode del rispetto delle regole poste dall'ordinamento deve interpretare, anche in tale ipotesi, le esigenze e la volontà delle parti per trasferirle nel testo contrattuale.

Il presente studio nasce pertanto dalla necessità di chiarire se debba risultare dal contratto ed eventualmente in quali termini e secondo quali modalità, la diversità soggettiva tra acquirente e finanziatore.

Tra le obbligazioni del compratore, il codice civile inserisce il pagamento del prezzo della vendita, in forza dell'art. 1498.

La prassi notarile e la contrattazione immobiliare hanno da tempo evidenziato una notevole casistica di situazioni che possono verificarsi in ordine al versamento del prezzo da parte dell'acquirente.

Nel quadro di una ampia tipologia di clausole contrattuali tendenti a regolamentare un elemento decisivo della vendita immobiliare, quale il prezzo, è intervenuto, come è noto, di recente, il Decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, che ha introdotto negli atti di cessione di immobili nei quali sia previsto un corrispettivo, l'obbligo in capo alle parti di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di notorietà "recante l'indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo".

Tale novità normativa ha indubbiamente posto alla categoria notarile una non indifferente serie di problemi interpretativi, che in larga misura sono stati già oggetto di specifico approfondimento. ⁽¹⁾

L'art. 35 del citato decreto legge n. 223, ricade nel titolo III "Misure in materia di contrasto all'evasione ed elusione fiscale, di recupero della base imponibile, di potenziamento dei poteri di controllo dell'Amministrazione Finanziaria, di semplificazione degli adeguamenti tributari e in materia di giochi".

La natura squisitamente fiscale della disposizione in oggetto, tendente a favorire un maggiore e più penetrante controllo fiscale in ordine alle modalità di versamento del corrispettivo per gli atti a titolo oneroso, accanto alla ulteriore necessità di monitorare i flussi finanziari nell'ottica dell'antiriciclaggio, è pacifica.

Il comma 22 del detto decreto, come ricordato, richiede l'indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo.

L'entrata in vigore di questa disposizione ha comportato la necessità di fornire una ulteriore dimostrazione di affidabilità e fedeltà allo Stato da parte del Notariato al quale l'ordinamento ha delegato il controllo in ordine all'antiriciclaggio e all'evasione fiscale, nella misura in cui tali fenomeni possano presentarsi nell'ambito della contrattazione immobiliare.

L'ordinamento chiede trasparenza e veridicità in ordine al quantum ed alle modalità di pagamento.

Questo provvedimento va nella stessa direzione del diverso e precedente intervento legislativo che ha introdotto, dopo anni di istanze in tal senso proposte dal Notariato, la regola del prezzo-valore, in forza della quale, per le compravendite immobiliari tra privati (ed oggi anche per vendite esenti IVA) aventi ad oggetto unità abitative, vengono applicate le imposte proporzionali sul valore catastale, indipendentemente dal corrispettivo effettivamente pattuito e regolarmente indicato in atto.

Se questa è la linea di tendenza indicata dal legislatore, la stessa va interpretata nel senso di rendere trasparenti i pagamenti legati alle vendite immobiliari e garantire la veridicità delle transazioni economiche.

Questo orientamento legislativo, d'altro canto, impone al Notaio, anche nell'interesse delle parti contraenti, di ricercare tutti gli strumenti contrattuali per dare conto adeguatamente dell'effettività delle situazioni che egli è chiamato a consacrare negli atti a suo ministero.

Appare evidente che il Notaio - pubblico ufficiale, già delegato dallo Stato per lo svolgimento di molteplici funzioni delicatissime (tra le altre, quella del versamento di tutte le imposte concernenti gli atti ricevuti), sia il soggetto più idoneo per assicurare tale principio di veridicità e trasparenza dei pagamenti.

A questo punto, però, occorre operare un necessario distinguo.

Se la disposizione introdotta con il comma 22 dell'art. 35 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, ha natura squisitamente fiscale ed è limitata alla evidenziazione delle "modalità di pagamento", appare evidente che il regolamento sostanziale voluto dalle parti in ordine al prezzo della compravendita e pertanto anche l'eventuale evidenziazione della diversità soggettiva tra acquirente e finanziatore, meriterà diversa sede e differente clausola contrattuale.

In altri termini, appare opportuno che la clausola contrattuale del prezzo sia distinta ed indipendente dalla diversa clausola relativa alle menzioni del D.L. 223/2006, e ciò anche perché questa seconda dovrà essere oggetto di apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, resa dalle parti, requisito evidentemente non richiesto per la clausola relativa al corrispettivo del contratto di compravendita e dovrà limitarsi alla indicazione degli elementi richiesti dalla legge.

Pertanto appare preferibile prevedere due diverse clausole contrattuali (una sostanziale ed una fiscale), ma rispetto alle quali sarà indispensabile operare uno stretto coordinamento, teso alla evidenziazione della veridicità del pagamento effettuato dalla parte acquirente.

2. Liberalità non donative e strumenti utilizzabili per conseguire il risultato della "intestazione di beni in nome altrui".

Il filo conduttore della mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore si presta ad aprire orizzonti di indagine fin troppo ampi. Un esame casistico delle singole fattispecie, le quali possono presentare le giustificazioni più diverse, rischia inevitabilmente di rivelarsi incompleto e soprattutto di condurre all'accostamento delle ipotesi più disparate.

Al tempo stesso, una completa analisi dei riflessi civilistici della "normativa Bersani" dovrebbe condurre ad affrontare anche temi che non presentano una diretta attinenza con quello della divergenza soggettiva tra finanziatore ed acquirente.

(2)

L'attenzione del Notaio viene istintivamente catturata dal riflesso che la tracciabilità dei mezzi di pagamento da un lato e la emersione della *causa donandi* dall'altro potrebbero avere sulle vicende circolatorie degli immobili.

Ragioni non solo sistematiche, ma anche di rilevanza pratica, consigliano pertanto di concentrare l'indagine sul settore (di per sé già molto ampio e variegato) delle liberalità non donative, cioè degli atti diversi dalla donazione che vengono impiegati per raggiungere un fine di liberalità.

Come evidenziato dalla dottrina, si tratta di atti eterogenei, non costituenti una categoria giuridica unitaria, spesso contraddistinti con l'etichetta di comodo di

“donazioni indirette”, al solo scopo pratico di applicare ai medesimi, attesa l’identità dell’effetto economico, una parte almeno delle norme dettate per la donazione. ⁽³⁾

Il fine di liberalità può essere tuttavia raggiunto non solo tramite atti negoziali, ma anche a mezzo di comportamenti materiali (costruzione scientemente realizzata con materiali propri su suolo alieno) e perfino di condotte omissive (astensione del proprietario dal compimento di atti interruttivi dell’altrui possesso *ad usucapionem*). ⁽⁴⁾

Va inoltre ricordata la tendenza dottrinarina ad affrancare le donazioni indirette dalla dibattuta figura del negozio indiretto. ⁽⁵⁾

Il fatto che il negozio sia strumento per il perseguimento di un fine che va oltre quello desumibile dal tipo legale non pone, sotto il profilo in esame, problemi di compatibilità tra causa concreta e tipo legale. E’ infatti lo stesso codice civile a prevedere che il fine di liberalità possa essere raggiunto utilizzando atti diversi dalla donazione. ⁽⁶⁾

Non trascurabile continua tuttavia ad apparire, per le implicazioni pratiche che possono derivarne, l’impostazione della dottrina tradizionale, secondo la quale la donazione indiretta è suscettibile di essere ricondotta alla figura del negozio indiretto inteso come collegamento negoziale tra due diversi negozi: il c.d. negozio mezzo attraverso il quale le parti raggiungono l’accordo negoziale ed il c.d. negozio fine che rappresenta il risultato ulteriore perseguito dalle parti stesse. ⁽⁷⁾

La bontà di questa ricostruzione sta nell’adeguarsi alla realtà concreta di chi compie una liberalità indiretta: nella normalità dei casi è infatti difficilmente contestabile che si formi, se non *verbis*, almeno *re*, un accordo tra le parti sulla liberalità.

Tenuto anche conto di quanto previsto in tema di donazione indiretta dagli articoli 809 e 737 c.c. riguardo alla revocazione e riduzione, nonché all’istituto della collazione, la disciplina giuridica del contratto indiretto sarà quella propria del negozio mezzo, specie per quanto attiene alla forma ⁽⁸⁾ e quella del negozio fine per quel che concerne la sostanza. ⁽⁹⁾

Sono ad esempio ritenute applicabili, anche se non espressamente richiamate dal legislatore, le norme sostanziali in tema di alimenti (art. 437 c.c.), di beni futuri (art. 771 c.c.), di incapacità a donare (artt. 776 e 777 c.c.) di errore sul motivo (artt. 787 e 788 c.c.), di revocatoria (art 2901 c.c.).

E’ stato inoltre opportunamente rilevato che la prova testimoniale della donazione indiretta non incontra i limiti di cui agli artt. 2721 e segg. del c.c. “*perché quando si delinea un interesse pubblico che è prevalente su quello che ha determinato la restrizione della prova (come può essere la scoperta di una donazione indiretta incidente su interessi di terzi), la restrizione non può più operare*”. ⁽¹⁰⁾

Secondo l'opinione tradizionale la donazione indiretta è effettivamente voluta utilizzando uno strumento giuridico ulteriore, a differenza della donazione mascherata o simulata che costituisce una vera e propria donazione diretta, che peraltro resta dissimulata sotto la forma di un negozio oneroso. **(11)**

Nella donazione indiretta si avranno, pertanto, due negozi collegati: uno c.d. mezzo e l'altro c.d. fine, mentre nella donazione mascherata o simulata si avranno due negozi distinti: uno reale e l'altro fittizio.

Il negozio reale è la donazione, mentre quello fittizio è la compravendita che maschera la donazione. **(12)**

Nella pratica quotidiana vengono posti in essere svariati procedimenti che vedono spesso coinvolti gli ascendenti in operazioni di acquisto a favore dei discendenti o che vedono intervenire uno dei coniugi al fine di agevolare la intestazione di beni a favore dell'altro coniuge. **(13)**

All'interno del più ampio settore delle liberalità non donative - seguendo il filo conduttore della mancata coincidenza soggettiva tra finanziatore ed acquirente - occorre concentrarsi su quei procedimenti che conducono al risultato della "*intestazione di beni in nome altrui*".

Con tale espressione vengono designati quegli atti di liberalità con i quali il donante, con l'accordo del donatario (se maggiore di età), intende far conseguire a quest'ultimo gratuitamente ed in via "diretta" (cioè senza passare attraverso il patrimonio del donante) la titolarità di un bene che un terzo pone in vendita. **(14)**

3. La emersione dell'intento liberale e la funzione di "adeguamento" del notaio.

Sotto il profilo strettamente formale, occorre domandarsi se la emersione in atto della *causa donandi* sia assolutamente necessaria.

A tale domanda deve darsi risposta negativa.

Ai fini civilistici va ribadito da una parte che le liberalità non donative non richiedono il rispetto della forma solenne, dall'altra che la formalizzazione dell'intento liberale non appare indispensabile. **(15)**

Occorre tuttavia ricordare che, rispetto al passato, è oggi più facile ricostruire la provenienza della provvista impiegata per effettuare un acquisto immobiliare. Anche in assenza di una esplicita enunciazione della provenienza del denaro, le nuove norme agevolano notevolmente i terzi nella ricostruzione del percorso finanziario. Una volta fatta emergere la fonte della provvista, non è tuttavia detto che ricorra un causa liberale.

Il finanziatore, come meglio si dirà in seguito, potrebbe aver agito *solvendi*

causa oppure al fine di conseguire un diritto di credito nei confronti del finanziato. Nella fisiologia dei rapporti familiari, il fine di liberalità sembra essere, tuttavia, quello più ricorrente. Allorché l'intervento del finanziatore sia fin dall'inizio diretto ad agevolare l'acquisto di un immobile in capo al beneficiario, occorre interrogarsi sul ruolo del Notaio di fronte al dilemma della *expressio causae*, seppur con specifico riferimento alla prospettiva della presente indagine. Il tema in esame si presta ad essere affrontato da almeno tre diverse prospettive.

a) Se si esalta *l'aspetto pubblicistico della funzione notarile*, si potrebbe giungere alla conclusione che la emersione della *causa donandi* sia imposta da imprescindibili esigenze di garanzia dell'atto pubblico, il quale non potrebbe prescindere dai canoni della chiarezza e della completezza. **(16)**

Nel settore delle liberalità non donative tali principi risultano tuttavia di difficile attuazione. Il pericolo che viene immediatamente avvertito è che la emersione in atto di espressioni quali "*causa donandi*", "liberalità indiretta", "spirito liberale" possano – di fatto - ostacolare la successiva circolazione dell'immobile.

b) Ponendosi in una *prospettiva maggiormente pragmatica*, la emersione della *causa donandi* potrebbe essere infatti considerata come una sorta di "attentato" alla sicurezza dei traffici giuridici.

Si spiega allora il diffondersi dell'orientamento volto a non esplicitare la *causa donandi*: essa viene allora mantenuta nel limbo, esiste ma non si vede, è viva ma è avvolta nella nebbia.

La principale spiegazione è rinvenibile nei minori ostacoli che si incontrano operativamente nell'ipotecare o nel rivendere immobili non aventi una esplicita provenienza donativa. **(17)**

Si tratta però di comprendere se la mancata emersione della *causa donandi* fornisca, effettivamente, sotto il profilo giuridico, maggiori certezze in prospettiva circolatoria.

Si può ad esempio rilevare che l'onere probatorio è a carico di chi intende far valere un diritto e che, pertanto, eventuali terzi interessati (ed in particolare i legittimari lesi o pretermessi) avranno maggiori difficoltà a dimostrare l'esistenza della donazione indiretta e quindi i problemi circolatori potrebbero ridursi.

Va tuttavia ricordato che, rispetto al passato ed alle consuete formule del "prezzo pagato prima e fuori dell'atto", i terzi sono oggi sicuramente agevolati nel ricostruire la provenienza della provvista fornita per l'acquisto. I legittimari, come sopra accennato, non incontrano limiti probatori nel dimostrare la ricorrenza di una causa liberale. Poiché le norme materiali dettate per le donazioni sono stabilite a tutela dell'interesse dei terzi, risultano inapplicabili nei loro confronti i limiti di ammissibilità alla prova testimoniale (Art. 2721 ss C.C.). Essendo esclusa l'applicazione

dei limiti di ammissibilità della prova per testimoni, si potrà fare ricorso anche alle presunzioni (Art. 2729 C.C.) **(18)**

Parte della dottrina si è inoltre appellata al principio della tutela dell' affidamento dei terzi **(19)** e, più in particolare, alla protezione di cui godrebbe il subacquirente in buona fede dal simulato acquirente (Art. 1415 I) ed alla possibile applicazione analogica della suddetta norma alle donazioni indirette. **(20)**

Si può però rilevare che la buona fede del subacquirente non è espressamente presa in considerazione dal legislatore, al fine di escludere l'applicazione dell'azione di restituzione, salvo si tratti beni mobili (per i quali l'Art. 563 II fa salvi gli effetti del possesso di buona fede). **(21)**

Il raffronto tra la posizione del subacquirente in buona fede dal simulato acquirente e la posizione del subacquirente in buona fede dal donatario indiretto appare poi denso di insidie. Non essendo pacifica la applicazione dell'Art. 1415 I neppure alle ipotesi di simulazione relativa oggettiva (donazione dissimulata sotto le apparenze di una compravendita), risulta problematica anche la possibilità di applicare analogicamente la suddetta norma alle donazioni indirette. **(22)**

c) Poiché la molteplicità degli interessi in gioco non sembra consentire scelte di campo troppo radicali, è preferibile evidenziare l'importanza della funzione di "adeguamento" e la centralità dell'intervento del Notaio soprattutto quale consulente delle parti. Il Notaio è infatti tenuto per legge ad indagare la volontà delle parti (Art. 47 L.N.; Art. 67 R.N.) ed a suggerire per esse l'atto più idoneo - anche sotto il profilo economico - al raggiungimento del fine voluto. **(23)**

Nel settore in esame, è difficile pensare che sia possibile suggerire alle parti l'adozione di strumenti idonei, se la funzione di "adeguamento" non viene svolta a 360 gradi, prestando unitariamente attenzione non solo al problema (centrale) della circolazione degli immobili, ma anche alla molteplicità degli interessi coinvolti ed alle implicazioni fiscali **(24)** legate alla emersione o alla mancata emersione della *causa donandi*.

L'approccio preferibile dovrebbe allora essere casistico. **(25)**

In alcune ipotesi il Notaio viene a trovarsi al cospetto di sistemazioni familiari che possono consigliare la emersione della *causa donandi*.

Si pensi al caso dei genitori che hanno già effettuato una donazione di immobile a favore di un figlio e che intendono procedere ad intestare un altro immobile ad un secondo figlio. In questo caso la emersione della *causa donandi* contribuirà ad una più limpida sistemazione degli interessi familiari e potrà produrre riflessi positivi anche sotto il profilo circolatorio.

Si pensi inoltre all'ipotesi del padre che intende intestare in via esclusiva un

immobile al figlio coniugato in comunione dei beni, il quale potrebbe aver stipulato un preliminare in scadenza e non aver ancora ottenuto l'omologazione degli accordi di separazione. Non sempre il figlio è in grado di stipulare una convenzione di separazione dei beni: talvolta l'altro coniuge potrebbe non essere d'accordo o comunque non essere fisicamente presente. In questi casi l'emergere della causa liberale permette - come ormai riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza - di considerare il bene come personale ai sensi dell'Art. 179 lett. b) C.C., evitandone la caduta in comunione dei beni. **(26)**

Talvolta la causa liberale risulterà dall'atto o dai documenti allegati: si pensi all'ipotesi dei genitori che intervengono in atto per pagare direttamente il prezzo al venditore, al fine di intestare un immobile al figlio minorenni, rappresentato in atto da curatore speciale debitamente autorizzato dal Giudice Tutelare.

La adozione di un procedimento indiretto per raggiungere il fine di liberalità non sembra poi incompatibile con la previsione di un *modus a carico* del beneficiario, purché la liberalità venga esplicitata. **(27)**

Un ulteriore ambito di indagine è dato dalla possibilità di inserire nel procedimento che conduce ad una liberalità non donativa clausole di dispensa da collazione (Art. 737 C.C.) e da imputazione *ex se* (Art. 564 II C.C.) **(28)**

Non vanno poi sottaciute altre possibili conseguenze della mancata emersione della causa donandi: si può rilevare che il principio per cui le donazioni si riducono cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori (Art. 559 C.C.) potrebbe subire delle alterazioni. La norma è stata chiaramente pensata per le donazioni dirette, in ordine alle quali non sorge alcun problema di ricostruzione della data. In mancanza di *expressio causae*, potrebbe invece accadere che una donazione diretta di data anteriore diventi oggetto di riduzione prima di una liberalità indiretta di data successiva (qualora il legittimario non riesca a provare l'esistenza della liberalità). **(29)**

In altri casi, dopo aver valutato l'intento delle parti e la specificità del caso, potrà apparire preferibile non esplicitare la *causa donandi*.

Qualora sia stata in passato stipulata tra i genitori ed un primo figlio una donazione dissimulata sotto le apparenze di una compravendita, potrebbe essere opportuno non esplicitare la *causa donandi* nel successivo procedimento di intestazione di bene immobile a favore di un secondo figlio.

In altri casi ancora l'assenza della *expressio causae*, pur in presenza dei presupposti per applicare l'Art. 179 lett. b), rileva - almeno in prima battuta - ai fini della caduta del bene in comunione legale ex Art. 177 lett. a).

Occorre poi chiedersi se l'Art. 771 in tema di divieto di donare beni futuri si applichi ai procedimenti di intestazione di beni in nome altrui e se la emersione del-

la *causa donandi* rischi dunque di essere sanzionata con la nullità. ⁽³⁰⁾

Parte della dottrina – come in precedenza ricordato – nega che alle donazioni indirette si applichino norme materiali sulla donazione diverse da quelle espressamente richiamate. ⁽³¹⁾ Secondo altri autori invece l'applicazione dell'Art. 771 non può essere in linea generale esclusa, ⁽³²⁾ ma il divieto non scatterebbe nelle ipotesi di intestazione di beni in nome altrui, in quanto la *ratio* dell'Art. 771 è quella di porre un freno alla prodigalità del donante. Nelle ipotesi considerate il donante si spoglia infatti di beni presenti e non di beni di cui non ha ancora la disponibilità. ⁽³³⁾

Occorre tuttavia valutare se il mutato atteggiamento giurisprudenziale che individua l'oggetto delle liberalità indirette nell'immobile entrato nel patrimonio del donatario piuttosto che nel denaro o nel bene uscito dal patrimonio del donante ⁽³⁴⁾ induca ad adottare soluzioni prudenziali. Il rimedio più sicuro non sembra comunque rinvenibile nell'occultamento della *causa donandi* (che potrà comunque essere provata dai terzi interessati), quanto piuttosto nel seguire, ove possibile, percorsi alternativi (a secondo dei casi: donazione diretta del denaro, intestazione del terreno, stipula contratto di appalto..). ⁽³⁵⁾

Un altro aspetto da considerare è quello della ripercussione della liberalità sul patrimonio del *solvens* (terzo) e, di riflesso, sulla tutela dell'*accipiens* (venditore - creditore). In alcuni casi il pagamento effettuato dal terzo (magari imprenditore), in assenza di alcun corrispettivo da parte dell'intestatario del bene, potrebbe esporre l'*accipiens* all'azione revocatoria promossa dai creditori del *solvens*. La giurisprudenza si è occupata di tali profili principalmente in ambito fallimentare (inefficacia del pagamento ex Art. 64 L.F.), affermando, sia pur non senza contrasti, che la gratuità dell'atto deve essere valutata guardando al rapporto tra *solvens* ed acquirente. ⁽³⁶⁾

Da non trascurare sono anche i riflessi che il tema della *expressio causae* produce sotto il profilo fiscale, riflessi ai quali, in questa sede, è possibile dedicare solo un accenno.

Sul versante delle imposte dirette occorre ricordare che la emersione in atto della *causa donandi* eviterà al beneficiario i rischi connessi ad un possibile accertamento induttivo per mancanza di adeguata capacità contributiva (Art. 38 IV e V comma DPR 600/1973). Va tuttavia rilevato che il problema può essere ridimensionato in quanto la tracciabilità dei mezzi di pagamento, imposta dalla normativa Bersani, avvantaggerà il finanziato nel dimostrare la fonte della provvista, mentre potrebbe avere ripercussioni negative per il finanziatore. ⁽³⁷⁾

Sotto il profilo delle imposte indirette, non sussistendo un rigido principio di alternatività tra l'imposizione riferita al "negozio mezzo" e l'imposizione riferita al

“negozio fine, la emersione della *causa donandi* potrebbe dar luogo ad una doppia tassazione. L’Art. 1 comma IV *bis* Dlgs 346/1990 - nel prevedere che l’imposta di donazione non si applica alle liberalità collegate qualora il negozio oneroso sia sottoposto ad imposta di registro in misura proporzionale o ad imposta sul valore aggiunto - lascia aperta la possibilità che il “negozio-mezzo” sconti solo l’imposta fissa di registro (a seguito della richiesta di agevolazioni P.P.C. o I.A.P.; oppure in caso di immobili ricompresi in piani di recupero) e non sia concretamente assoggettato ad IVA (es. in caso di trasferimento di beni strumentali esenti IVA), con il rischio che al “ negozio - fine” venga applicata l’ imposta di donazione. **(38)**

Altro problema legato alla emersione della *causa donandi* è quello del coacervo. Il Ministero delle Finanze ha rilevato che “*per tutti gli acquisti immobiliari finanziati da terzi, sarà possibile dichiarare in atto che il pagamento è avvenuto a cura del soggetto donante, così da consentire alla famiglie di rendere trasparenti i loro rapporti economici...*”. **(39)** Si afferma poi che, nonostante la inapplicabilità dell’imposta di donazione alle “liberalità o donazioni collegate”, le stesse donazioni indirette darebbero luogo al coacervo previsto dall’Art. 7 comma II *quater* e dell’Art. 57 D.lgs 346/1990.

A tal fine sarebbe “*decisiva, ai fini della imposizione, la richiesta di menzione di parte contenuta nell’atto di compravendita configurante donazione indiretta*”.

Tale conclusione suscita non poche perplessità in quanto in caso di successive donazioni, come pure in sede di applicazione dell’imposta di successione, la precedente liberalità non assoggettata ad imposta non dovrebbe essere considerata ai fini del coacervo. **(40)**

Riassumendo le considerazioni finora svolte, si deve ammettere che il problema della esplicitazione della *causa donandi* vada affrontato con la massima flessibilità, abbandonando l’idea della individuazione di soluzioni univoche.

La tutela della riservatezza, talvolta invocata per giustificare la mancata indicazione in atto della *causa donandi*, può fornire un ulteriore elemento per contestare il preteso obbligo a carico del Notaio di esplicitare la natura del rapporto tra finanziatore e finanziato. **(41)**

Va comunque ricordato che il Notaio sarà tenuto, sotto il profilo professionale, a doveri informativi nei confronti delle parti circa le conseguenze giuridiche dell’atto posto in essere e, sotto il profilo più strettamente pubblicistico, ad adempiere agli obblighi di adeguata verifica delle operazioni poste in essere imposti dalla normativa antiriciclaggio. **(42)**

L’opposta (e quasi istintiva) tendenza ad oscurare sempre e comunque la *causa donandi* rischia, d’altra parte, di generare ulteriori incertezze sotto il profilo circolatorio.

Le difficoltà legate alla circolazione degli immobili di provenienza donativa ⁽⁴³⁾ e soprattutto lo specifico tema degli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative ⁽⁴⁴⁾ richiedono approfondimenti che non possono essere in questa sede adeguatamente sviluppati.

Meritano comunque di essere fin d'ora segnalate le criticità legate alla ricostruzione, in chiave "reale", della tutela dei legittimari lesi da liberalità indirette. Nei casi cui il bene immobile acquistato dal beneficiario provenga dal patrimonio di un terzo e non da quello del donante (il quale si sia limitato a fornire la provvista per l'acquisto), l'azione di riduzione – quale impugnativa negoziale – non sembra infatti in grado di recuperare il bene alla massa ereditaria.

Nelle ipotesi di "*intestazione di beni in nome altrui*", ed in particolare nei frequenti casi in cui l'effetto liberale viene conseguito utilizzando lo strumento dell'adempimento del terzo, sembrano esservi sufficienti indici per ritenere che l'azione di restituzione non sia in grado di operare e quindi per ricostruire – già *de iure condito* - in chiave "obbligatoria" la tutela dei legittimari. ⁽⁴⁵⁾

Solo svolgendo in senso ampio la funzione di adeguamento e di consulenza, ⁽⁴⁶⁾ il Notaio potrà cercare di contemperare le insopprimibili esigenze legate alla sicurezza dei traffici giuridici con quelle attinenti ad una confacente sistemazione degli interessi familiari.

Spesso, infatti, la trasparenza degli assetti familiari può avere riflessi positivi in prospettiva antiprocessuale riducendo, anzitutto, quelle incertezze che possono dar luogo dopo la morte del donante a contrasti tra i discendenti e produrre, quindi, effetti stabilizzanti sotto il profilo circolatorio.

In questa prospettiva si prestano ad essere collocate anche le riflessioni di recente dottrina, la quale si è posta il problema di valutare, più in generale, se ed in quale misura la originaria assenza della *expressio causae* possa essere recuperata *ex post* mediante atti ricognitivi della avvenuta liberalità. Il quesito ha infatti alla propria base l'esigenza pratica di fare chiarezza circa le modalità di distribuzione della ricchezza familiare, allorché tale ripartizione sia stata in passato attuata mediante donazioni indirette non palesate. ⁽⁴⁷⁾

Non si può poi escludere che la volontà di rendere maggiormente trasparente il significato delle attribuzioni effettuate in vita sia ricompresa in una scheda testamentaria, magari al fine di giustificare la disparità di trattamento tra discendenti emergente dalla scheda stessa. ⁽⁴⁸⁾

4. L'adempimento del terzo

I procedimenti di intestazione di beni a nome altrui, pur essendo accomunati

dall'effetto che consentono di raggiungere, presentano caratteristiche e problematiche peculiari, anche sotto il profilo strettamente redazionale. (49)

Se è vero che la giurisprudenza più recente affronta il tema della intestazione di beni in nome altrui guardando prevalentemente al risultato e dunque in prospettiva economica, la scelta del cd. negozio-mezzo non sembra comunque irrilevante. (50)

Le considerazioni che seguono si concentrano, in prevalenza, sulla figura dell'adempimento del terzo, sia per frequenza con la quale tale istituto viene in rilievo nell'attività notarile, sia per le interferenze tra la figura in esame ed il tema della tracciabilità dei mezzi di pagamento imposta dal decreto legge 223/2006.

La prassi contrattuale, come già osservato, conosce una molteplicità di opzioni differenti che possono essere alla base del pagamento del corrispettivo da parte dell'acquirente.

Il problema del pagamento del prezzo della compravendita immobiliare solo apparentemente sembra riguardare unicamente la tutela degli interessi del venditore (che ha ovviamente diritto a vedersi riconosciuto un idoneo corrispettivo economico a fronte dell'avvenuto trasferimento dell'immobile), mentre in effetti altrettanto rilevante è la tutela della posizione dell'acquirente che deve poter "pagare bene" ed essere certo che il suo atto di acquisto non comporti, in futuro, successivi profili problematici inerenti ad una non corretta formulazione della clausola del prezzo corrisposto. (51)

In tal senso, nell'ipotesi in cui ai fini del pagamento del prezzo della compravendita vi sia l'intervento di un terzo soggetto rispetto alla parte acquirente, non vi è dubbio che il Notaio potrà intervenire al fine di meglio consigliare i soggetti coinvolti, per il raggiungimento degli obiettivi sostanziali che gli stessi intendono raggiungere.

In ogni caso l'evidenziazione nella clausola contrattuale, della partecipazione di un terzo quale soggetto tenuto in tutto o in parte all'adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo, non sembra rientrare tra gli obblighi sanciti dal D.L. 223/2006.

Ai fini del detto decreto sarà sufficiente indicare con esattezza le modalità di pagamento, ma limitatamente alla descrizione degli assegni o degli altri eventuali strumenti di pagamento.

Il problema, invece ed evidentemente, si pone a fini sostanziali, cioè ai fini della predisposizione della clausola contrattuale del prezzo.

L'evidenziazione, in tale sede, dell'intervento del terzo (ad esempio: genitore) potrà eventualmente consentire un esame compiuto di carattere familiare in ordine alle donazioni dirette e/o indirette effettuate dal genitore ai legittimari, salvo il sopravvenire di ulteriori problematiche, stavolta di natura fiscale.

In questo senso il Notaio, come già accennato in precedenza, dovrà valutare caso per caso, considerando in special modo la volontà delle parti contraenti, se favorire già nell'atto di compravendita o in atti allo stesso collegati l'emersione di una circostanza di fatto (il pagamento effettuato dal terzo) in futuro eventualmente ricostruibile attraverso l'esame delle clausole del contratto o all'opposto non dar conto direttamente nella clausola del prezzo dell'intervento del terzo finanziatore.

Nella prima ipotesi emergerà anche l'intento liberale sottostante, nella seconda, invece, tale causa liberale non troverà diretta evidenziazione.

Ipotesi estremamente ricorrente nella prassi è quella nella quale il genitore fornisca al figlio il danaro occorrente per l'acquisto immobiliare.

Qui occorre operare una necessaria distinzione.

A) Un primo caso è quello del genitore che doni al figlio-donatario una somma di danaro con atto pubblico notarile, e successivamente il figlio in un momento diverso e con altro atto notarile acquisti un immobile utilizzando l'importo donatogli.

Si avrà, come si dirà in seguito, in presenza di questi elementi, una donazione diretta del danaro con tutte le conseguenze legate a tale qualificazione giuridica.

B) Un secondo caso è quello nel quale il figlio acquirente del bene immobile riconosca, nell'atto di acquisto, che tutto o parte del prezzo gli è stato fornito dal genitore ad espresso titolo di liberalità; in questo caso sarà opportuno che intervenga in atto anche il genitore per confermare la natura gratuita dell'attribuzione, rendendo così inequivoca e non revocabile la fattispecie in esame, e lasciando emergere la causa liberale.

Questa ultima ipotesi va inquadrata tra le donazioni indirette ed è normalmente esclusa dall'ambito di imponibilità delle donazioni. **(52)**

C) Terza ipotesi è quella in forza della quale un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio effettui la prestazione dovuta dal debitore, soddisfacendo in tale modo il diritto del creditore, ma senza che venga evidenziata nel contratto la causa liberale.

Queste ultime due fattispecie sub. B e C, sono riconducibili alla figura dell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c..

Nell'ipotesi del pagamento del prezzo della compravendita immobiliare, salva l'opposizione del debitore, il creditore non potrà rifiutare la prestazione che gli viene offerta dal terzo considerata la fungibilità della prestazione stessa. **(53)**

L'ordinamento riconosce legittimità alla sostituzione di un terzo al debitore nella realizzazione del rapporto obbligatorio, in quanto non può non dar rilievo al fatto che il creditore raggiunga ugualmente il risultato economico previsto.

Nei rapporti tra terzo adempiente e debitore, invece, occorre superare la mera valutazione del raggiungimento del risultato economico, dovendosi fare riferimento

a considerazioni di carattere più strettamente giuridico.

Pertanto non vi è identità tra l'adempimento del terzo e la prestazione del debitore, nel senso che contenuto dell'obbligo del debitore è la prestazione, ove, invece, l'adempimento del terzo non importa mai attuazione di tale obbligo pur comportandone nella quasi totalità dei casi l'estinzione. (54)

Và d'altro canto evidenziato che la dottrina prevalente ha qualificato la figura dell'adempimento del terzo come negozio astratto, nel senso che la principale giustificazione dell'istituto è data dal rapporto esterno, consistente per l'appunto nella prestazione eseguita dal terzo a favore del creditore. (55)

Al fine del perfezionamento della fattispecie dell'adempimento del terzo, non pare avere alcuna immediata rilevanza il motivo per il quale il terzo proceda al pagamento, né che lo stesso abbia in ciò un proprio interesse, né che agisca per mandato del debitore. (56)

Potrà trattarsi di un incarico conferito dal debitore al terzo, ed in tal caso il primo sarà obbligato verso il secondo per le regole del mandato, rimborsando al mandatario quanto lo stesso abbia versato al creditore.

In ipotesi, invece, di inesistenza di rapporti interni tra *solvens* e debitore, potrà operare la surrogazione, ai sensi dell'art. 1201 c.c. del terzo nei diritti del creditore, ovvero, in assenza di espressa manifestazione di volontà prevista dallo stesso art. 1201 c.c., il terzo potrà agire nei confronti del debitore originario per ottenere la ripetizione dell'indebito. (57)

Potranno, invece, sussistere casi di evidente rilevanza gratuita nei quali, nell'atto di compravendita, per volontà delle parti, sarà evidenziato che il denaro dell'acquisto è fornito dal genitore e si avrà pertanto, come detto, una donazione indiretta.

Occorre comunque rilevare che lo strumento dell'adempimento del terzo, proprio per la sua già accennata astrattezza causale, si presta ad essere valutato in maniera differente in relazione al singolo caso concreto.

Va pertanto operata una distinzione tra efficacia diretta ed efficacia riflessa nell'ambito dell'adempimento del terzo: la prima tendente all'estinzione del debito e la seconda concernente i rapporti tra terzo e debitore.

Se infatti è certamente vero che l'adempimento del terzo trova giustificazione in sé, senza connessione causale con il rapporto tra terzo e debitore, appare opportuno chiedersi quali possano essere le conseguenze giuridiche sostanziali inerenti la sfera privata del debitore.

Infatti, secondo autorevole dottrina, occorre sempre chiedersi se l'adempimento del terzo possa avvenire senza alcuna complicazione per il debitore, dovendosi fornire a tale quesito risposta negativa, in quanto qualsiasi attribuzione patri-

moniale non può non presupporre un rapporto preesistente o concomitante tra i soggetti coinvolti.

Conseguentemente affinché questo arricchimento per il debitore trovi idonea giustificazione è necessario che lo stesso sia originato da un spirito di liberalità del *solvens*, ovvero comporti un obbligo restitutorio a carico del debitore originario. **(58)**

Sorge qui il delicato problema del rapporto tra adempimento del terzo e liberalità: è infatti discusso se la prestazione del terzo che adempia per spirito di liberalità nei confronti del debitore, liberi automaticamente quest'ultimo o se sia necessaria una remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 c.c..

Secondo alcuni il pagamento eseguito dal terzo *animo donandi* si configurerebbe quale fattispecie autonoma, con la diretta conseguenza che il terzo *solvens* non vanterebbe alcuna pretesa nei confronti del debitore liberato della sua obbligazione. **(59)**

All'opposto si è ritenuto, con diversa interpretazione, che lo spirito di liberalità valga nel nostro ordinamento unicamente come causa negoziale (per il contratto di donazione e per il negozio unilaterale di remissione del debito).

Nell'adempimento del terzo, il rapporto, come già osservato, intercorre tra terzo *solvens* e creditore *accipiens* e non può avere per il terzo debitore altri effetti se non quelli previsti dalla legge.

In altri termini, l'unico atto che l'ordinamento sottrarrebbe al regime delle donazioni è la remissione del debito, mentre in tutti gli altri casi si dovrebbe strutturare un atto di donazione. **(60)**

Questa ricostruzione tende, però, ad evidenziare unicamente il rapporto esterno tra terzo e creditore, dimenticando, come detto, che l'attribuzione patrimoniale del terzo non può non essere valutata anche con riguardo al rapporto interno ed agli effetti che il pagamento produce nella sfera del debitore.

Pertanto, anche in assenza di esplicita evidenziazione, nel contratto di compravendita, della circostanza del pagamento da parte del terzo, non potrà escludersi in via di principio la ricorrenza di una donazione indiretta, soprattutto in presenza di alcuni indici di valutazione di carattere oggettivo (rapporti di parentela o di coniugio tra terzo e debitore) giuridicamente rilevanti.

Da un lato è vero che solo attraverso una contestuale rinuncia all'azione di ripetizione da parte del terzo compiuta nel medesimo atto di acquisto del bene può giungersi immediatamente alla conclusione della natura donativa dell'intervento del terzo, **(61)** salvo, come detto, che l'intervento liberale sia riconosciuto dal figlio e confermato dal genitore nell'atto.

D'altro canto l'accettazione del debitore-donatario potrebbe anche risultare implicitamente della non opposizione di esso all'adempimento del terzo o comunque

dalla tolleranza della mancata rivalsa ad opera del terzo. **(62)**

A conferma di quest'ultima opinione, seppur con riferimento a diversa fattispecie, potrà ben aversi liberalità non donativa anche in assenza di atti negoziali (quali la rinuncia abdicativa del credito o la remissione del debito), tutte le volte nelle quali gli elementi costitutivi della liberalità, intesa quale semplice effetto, siano riscontrabili in un comportamento riconducibile a colui che la effettua, fosse anche di carattere omissivo. **(63)**

In ogni caso la figura dell'adempimento del genitore-terzo può consentire alle parti di non inquadrare immediatamente ed automaticamente nell'ambito delle liberalità (con tutte le conseguenze sostanziali derivanti sia nei rapporti tra genitore, figlio ed altri soggetti legittimari, sia nei confronti di eventuali terzi acquirenti dal figlio del bene in oggetto) la fattispecie in esame.

Il notaio sarà pertanto chiamato ad una attività ricognitiva in ordine agli interessi rilevanti, perseguiti dalle parti che potrà condurre alla evidenziazione immediata o meno dell'intento liberale. **(64)**

Comunque, come già accennato, nessun profilo fiscale relativo alle donazioni dirette risulta normalmente applicabile all'ipotesi in oggetto, che sarà quindi sottratta alla tassazione ed alla disciplina del coacervo.

5. Casistica: ipotesi di mancata coincidenza tra finanziatore ed acquirente nei rapporti tra coniugi e nei rapporti tra ascendenti-discendenti

Rapporti tra coniugi

I) Acquisto della casa coniugale effettuato da entrambi i coniugi, con mutuo contratto da uno solo di essi.

Ricorrente ipotesi di non corrispondenza soggettiva tra parte acquirente e parte finanziatrice riconducibile all'adempimento del terzo (totale o parziale) può aversi nell'ambito dei rapporti tra coniugi.

La situazione che merita maggiore attenzione e che, probabilmente, rappresenta l'ipotesi più frequente nell'ambito della non coincidenza tra parte acquirente e parte mutuataria in ambito familiare-coniugale, è quella nella quale l'acquisto immobiliare sia compiuto da entrambi i coniugi, in regime di comunione legale dei beni, ed il successivo mutuo sia contratto da uno solo dei coniugi. **(65)**

L'acquisto pertanto viene effettuato da entrambi i coniugi e costituisce ovviamente oggetto della comunione legale, ma nello stesso tempo l'obbligazione del pagamento del prezzo grava su entrambi i coniugi acquirenti.

Nel contempo, però, il pagamento del prezzo sarà imputabile ad entrambi i

coniugi acquirenti o dovrà ritenersi effettuato dal solo coniuge-mutuatario?

Tale problema può assumere, evidentemente, notevole rilievo in ipotesi di successiva separazione personale dei coniugi in quanto, salva la evidente titolarità comune del bene immobile, il coniuge-mutuatario potrebbe avanzare pretese di rimborso (o meglio di ripetizione) per le somme corrisposte o da corrispondere.

Qui la funzione di garanzia e tutela delle parti da parte del Notaio può pertanto essere indirizzata ad evitare successive problematiche tra i coniugi.

L'orientamento dottrinario prevalente ritiene che le somme di denaro e le altre cose fungibili ricevute a titolo di mutuo ricadono nella categoria dei beni personali, in quanto non comportano incremento per la comunione legale ed obbligano il solo coniuge-mutuatario alla restituzione. **(66)**

Tale interpretazione, però, merita di essere riconsiderata proprio per l'ipotesi nella quale il coniuge-mutuatario contragga quell'obbligazione per soddisfare un evidente interesse familiare come nel caso in cui il mutuo costituisca lo strumento per poter pagare il prezzo necessario per l'acquisto della casa coniugale.

Quindi la somma presa a mutuo da parte di un solo coniuge, in comunione legale dei beni, con la evidenziazione nella clausola del contratto di compravendita della destinazione ad un interesse familiare (art. 186 lett. c) C.C.), dovrà essere ritenuta un acquisto comune e l'obbligo della restituzione graverà sul patrimonio comune. **(67)**

Analoga soluzione deve ritenersi ipotizzabile ove la modalità di pagamento non sia rappresentata da un contratto di mutuo bancario, bensì da un accollo di precedente mutuo contratto dalla parte venditrice (si pensi, in particolare, ad un precedente mutuo contratto da impresa costruttrice, successivamente frazionato sulle unità immobiliari da trasferire).

Anche qui nulla osta all'assunzione dell'obbligazione nell'interesse della famiglia da parte di uno solo dei coniugi in comunione legale dei beni, alle condizioni precedentemente ricordate.

Diverso, evidentemente, il caso nel quale i coniugi siano in regime di separazione dei beni, non potendosi qui invocare il ricorso all'art. 186 lett. c) cod. civ., dettato in materia di comunione legale dei beni.

Come dovrà essere considerato, pertanto, il pagamento (totale o parziale) effettuato, anche attraverso il ricorso ad un finanziamento bancario, da uno solo dei coniugi per l'acquisto delle casa coniugale?

Nell'ambito del regime della separazione dei beni, come è noto, il legislatore non ha dettato una disposizione tendente a regolamentare l'ipotesi in esame, ovvero a regolamentare il caso dell'obbligazione contratta da uno solo dei coniugi.

Appare pertanto problematico introdurre una eccezione, come è per l'ipotesi

della comunione legale ai sensi del richiamato art. 186 lett. c), ai principi generali in materia di obbligazioni.

Nonostante quindi il corposo dibattito dottrinario, che ha prodotto anche orientamenti diversi da quello prevalente, l'impossibilità di derogare al principio della relatività del contratto, sancito dall'art. 1372 c.c., in assenza di espressa previsione, deve far giungere alla conclusione che, nell'ambito della separazione dei beni, anche i debiti, come i beni, restino separati. **(68)**

Anche in tale ipotesi, pertanto, valgono le considerazioni già fatte in relazione alla figura dell'adempimento del terzo in generale: salve le ipotesi nelle quali possa ravvisarsi, caso per caso, dalle circostanze e dal comportamento delle parti il conferimento di un potere di rappresentanza da un coniuge all'altro, ovvero il caso dell'esplicitazione voluta dalle parti della natura donativa dell'attività del coniuge obbligato o ancora la possibilità di desumere la natura liberale dell'intervento del coniuge-terzo da altri indici (quali la espressa rinuncia alla ripetizione del pagamento effettuato), non potrà immediatamente sostenersi se a tale pagamento o alla relativa obbligazione (quale quella di pagare il mutuo) debba necessariamente attribuirsi causa donativa, o se, al contrario, in caso di separazione personale dei coniugi, il coniuge-adempiente possa agire per la ripetizioni dell'indebito, impregiudicata la titolarità comune del bene, trattandosi di *quaestio facti* da valutare caso per caso.

II) Uno dei coniugi in comunione legale intende intestare in via esclusiva un determinato immobile all'altro coniuge, fornendo la provvista a tal fine occorrente.

Si tratta di ulteriore ipotesi in cui, nei rapporti tra coniugi in comunione legale, possono emergere problemi legati alla divergenza soggettiva tra acquirente e finanziatore.

Non è questa la sede per ripercorrere il complesso dibattito sul rifiuto del coacquisto, vale a dire circa la ammissibilità nel nostro ordinamento della dichiarazione di volontà del coniuge non acquirente, o comunque dell'accordo tra coniugi, volto ad impedire la caduta in comunione legale di un singolo bene, al di fuori del perimetro applicativo dell'Art. 179 C.C. **(69)**

Si può tuttavia rilevare che il rifiuto del coacquisto ben potrebbe atteggiarsi come strumento volto a realizzare una liberalità non donativa. Uno dei coniugi, finanziando in via esclusiva con proprie risorse l'acquisto di un immobile e, al tempo stesso, rifiutandone la caduta in comunione, potrebbe di fatto arricchire *animo donandi* l'altro coniuge.

Si tratta di argomento - non affrontato dalla giurisprudenza formatasi sul rifiuto del coacquisto - ma che potrebbe contribuire a rafforzare l'orientamento favore-

vole alla ammissibilità della figura.

Se infatti i coniugi sono oggi in grado di porre in essere tra di loro donazioni dirette, non è agevole individuare ragioni tali da escludere che il medesimo risultato possa essere raggiunto mediante uno strumento, come il rifiuto del coacquisto, che può dar luogo ad una liberalità non donativa.

Autorevole dottrina già nella seconda metà degli anni settanta scriveva che *"l'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi [a seguito della pronuncia della Corte Cost. 27 giugno 1973 n. 91] significa la definitiva privatizzazione senza residui, di tutta la materia degli acquisti e delle perdite dei coniugi. Accanto alle modifiche delle convenzioni e del regime legale opereranno le mille modifiche e deroghe consentite dal donatore diretto, indiretto, formale e manuale....Il consenso, cioè anche se liberale, diventa valida giustificazione di qualsiasi deroga alla legge"* (70)

Ove si ritenga percorribile la strada del rifiuto del coacquisto, e si possa qualificare la figura come liberalità non donativa, ulteriore problema è quello della evinzione o meno in atto dello spirito di liberalità. Anche in questo caso il Notaio dovrà contemperare esigenze contrapposte, preoccupandosi non solo della trasparenza degli assetti familiari, ma anche della sicurezza delle contrattazioni. (71)

Fattispecie che coinvolgono i genitori quali soggetti finanziatori dell'acquisto.

I) Il genitore donante fornisce al beneficiario il denaro con il quale questi provvede poi all'acquisto del bene dal terzo.

È questa una ipotesi frequente che merita un'attenta analisi, specie quando le parti hanno in animo di voler far emergere questa situazione.

Ed invero, se il denaro viene procurato e fornito al beneficiario dal genitore a titolo liberale, poiché normalmente siamo in presenza di un non modico valore, onde evitare la sanzione della nullità per mancanza di forma ex art. 782 c.c., occorre un preventivo atto di donazione (diretta) tra genitore e figlio avente ad oggetto la somma di denaro necessario all'acquisto.

Questa soluzione sembra inevitabile anche quando i mezzi necessari all'acquisto del bene siano procurati dal genitore attraverso la messa a disposizione di titoli di credito quali assegni ed altro, ovvero attraverso la preconstituita formazione di idonea provvista operata sul conto bancario del beneficiario. (72)

Infatti, in queste ipotesi, una indagine bancaria sarà sufficiente a dimostrare l'avvenuta dazione di beni (non modici) a titolo gratuito e quindi potrebbe porsi un problema di nullità per difetto di forma.

Tuttavia è possibile che il genitore abbia elargito in tempi diversi al beneficiario somme di denaro di modico valore; atto questo che, ai sensi e per gli effetti

dell'art. 783 c.c., quando ha per oggetto beni mobili come il denaro, non richiede la forma dell'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione.

E' ovvio che la modicità delle singole dazioni deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante, tenendo anche nel dovuto conto il lasso di tempo intercorso tra una elargizione e l'altra.

In presenza di queste condizioni, quindi, ove le parti desiderino far emergere questo tipo di liberalità (in questo caso non indiretta, ma diretta, anche se di modico valore rispetto alle singole dazione effettuate nel tempo) può essere opportuno evidenziare, su richiesta delle parti, una simile condizione in relazione al disposto del citato articolo 783 del c.c.

Viceversa, quando il denaro è stato procurato informalmente dal genitore prima della stipula dell'acquisto da parte del beneficiario, nei modi diversi da quelli di cui all'art. 783 c.c., la donazione diretta del denaro, come detto, è nulla per difetto di forma ⁽⁷³⁾ e di questa circostanza le parti vanno sicuramente rese edotte dal Notaio sulla base del dovere di informativa che grava su di lui.

Va comunque ribadito che l' eventuale nullità della donazione di denaro per difetto di forma non avrà riflessi sulla validità del successivo acquisto immobiliare, fondando unicamente un obbligo di restituzione dell'*accipiens* nei confronti del donante (o dei suoi eredi). ⁽⁷⁴⁾

Allorché il figlio-donatario sia coniugato in regime di comunione legale, occorre accennare ai riflessi che la provenienza donativa del denaro produce sulla titolarità dell'immobile successivamente acquistato.

a) Qualora il denaro sia stato donato come tale, si tratta di valutare se la provenienza donativa della provvista sia in grado di fondare un acquisto personale per surrogazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 179 lett. f) C.C. Dibattuta è la questione della surrogabilità del denaro non costituente risultato di un'operazione di smobilizzo di cespiti personali, ma facente parte *ab origine* del patrimonio personale del coniuge (in quanto posseduto prima del matrimonio, ereditato o, come nel caso in esame, ricevuto per donazione diretta); questione che tende tuttavia ad essere risolta positivamente sia in dottrina ⁽⁷⁵⁾ che in giurisprudenza. ⁽⁷⁶⁾

b) Nei casi in cui il denaro sia stato invece corrisposto direttamente dal genitore al venditore per consentire al figlio di acquistare un immobile (o comunque sia stato fornito al figlio per tale finalità), occorre invece vagliare le potenzialità applicative dell'art. 179 lett. b) C.C., al fine di evitare la caduta del bene in comunione legale. La giurisprudenza di legittimità, come già in precedenza ricordato, risponde positivamente al quesito, escludendo la necessità che il comportamento del donante si articoli in attività tipiche e ritenendo sufficiente la dimostrazione del collegamento tra il cd. negozio mezzo e l'arricchimento *animo donandi* del coniuge destinatario

della liberalità medesima. ⁽⁷⁷⁾ Da notare inoltre che per integrare la fattispecie di cui alla lettera b) dell'art. 179 non si renderà necessario, ove si accolga questa interpretazione, l'intervento in atto del coniuge non acquirente ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo. ⁽⁷⁸⁾

Naturalmente il Notaio dovrà, in queste ultime ipotesi considerate, suggerire alle parti la massima cautela nell'adottare soluzioni che potrebbero, successivamente, dare origine a contrasti interpretativi.

II) Il donatario conclude il contratto di compravendita con il terzo ed il genitore donante interviene nel successivo contratto di mutuo di scopo per assumere, da solo o in solido con il donatario, una obbligazione necessaria all'acquisto dell'unità immobiliare.

Anche questa è una fattispecie ricorrente.

Si pensi al caso del figlio, non dotato di una necessaria capacità economica di rientro e non in possesso dell'intera somma necessaria all'acquisto del bene, che voglia accedere ad un mutuo destinato all'acquisto dell'immobile e la Banca sia disposta a concedere il finanziamento previo intervento del genitore in atto in qualità di co-obbligato principale.

Normalmente nella fattispecie in esame le parti convengono con l'istituto mutuante un c.d. "mutuo di scopo", inteso come contratto "atipico" di finanziamento, in cui il soggetto mutuante non si limita a procurare un finanziamento al mutuatario perché questi ne abbia astrattamente la disponibilità ed il godimento, ma lo scopo penetra nello schema causale proprio del contratto in cui l'obbligazione causale del mutuatario di realizzare una determinata finalità acquista rilevanza. ⁽⁷⁹⁾

Lo scopo del mutuo ha una indubbia rilevanza, anche di carattere fiscale, specie alla luce delle nuove disposizioni previste dall'art. 1 comma 160 della legge 24 Dicembre 2007 numero 244 in tema di imposta sostitutiva per i mutui contratti per l'acquisto della prima abitazione.

In questa fattispecie il beneficiario acquirente dell'immobile ed il genitore potranno intervenire nel mutuo (di scopo) congiuntamente, in veste di co-obbligati, ovvero il genitore potrà intervenire da solo nel mutuo in qualità di obbligato principale ed il beneficiario interverrà nello stesso contratto in qualità di terzo datore di ipoteca.

Al fine di evidenziare una eventuale donazione indiretta tra le parti le ipotesi sono strutturalmente e giuridicamente diverse.

L'intervento in atto del genitore in veste di obbligato principale o di co-obbligato non sembra essere incompatibile con la natura del mutuo di scopo in quanto è comunque strumentale alla sua realizzazione consentendo al beneficiario

di acquistare casa.

Questa soluzione consente, inoltre, l'utilizzo in ogni caso, con gli opportuni aggiustamenti, delle agevolazioni di cui all'art. 1 comma 160 della legge 24 Dicembre 2007 n. 244 in tema di imposta sostitutiva per i mutui contratti per l'acquisto della prima casa, ricorrendone i presupposti in capo al beneficiario, integrando la fattispecie fiscale una ipotesi di negozio a favore del terzo.

Nel caso in cui il genitore intervenga nel contratto di mutuo in qualità di unico mutuatario ed obbligato principale, ed il beneficiario in qualità di terzo datore di ipoteca, e ciò al fine unico ed esclusivo di procurare la provvista in capo a quest'ultimo per l'acquisto dell'abitazione, la fattispecie appare riconducibile dell'adempiimento del terzo su precisata.

Discorso diverso va fatto, invece, nel caso in cui sia il genitore (donante) che il beneficiario intervengano nel contratto di mutuo di scopo in qualità di co-obbligati principali ed il beneficiario anche in qualità di terzo datore di ipoteca.

In questo caso la fattispecie, per quel che concerne i rapporti interni tra i due co-obbligati, sarà disciplinata dall'art. 1298 c.c. in quanto l'obbligazione, in presenza di un mutuo di scopo, sarà contratta nell'esclusivo interesse di una sola delle parti.

Ovviamente a soluzione diversa si perverrà nel caso di obbligazione contratta nell'interesse comune.

Nell'ipotesi di cui sopra, quindi, quando l'obbligazione sia stata contratta nell'interesse esclusivo di uno solo dei contraenti, non vi sarà una vera e propria solidarietà passiva, in quanto il debitore interessato all'obbligazione non avrà azione di regresso nei confronti dell'altro. **(80)**

III) Il donatario conclude con un istituto di credito un mutuo di scopo necessario all'acquisto di una unità immobiliare ed il donante interviene nel contratto di finanziamento per prestare la fideiussione necessaria alla conclusione dell'operazione.

E' altresì frequente la richiesta della Banca della garanzia fideiussoria da parte di una terza persona, quasi sempre genitore del mutuatario, al fine di rafforzare il rapporto contrattuale di finanziamento, finalizzato alla certezza della restituzione della somma mutuata, a prescindere dalle ulteriori garanzie reali.

Come è noto, il fideiussore assume una obbligazione solidale con l'obbligato principale ex art. 1944 c.c., anche se temperata dalla possibilità del beneficio della preventiva escussione, salvo in ogni caso il diritto di regresso (art. 1950 c.c.).

La garanzia ex se non sembra idonea a realizzare una liberalità (indiretta), posto che al momento della sua costituzione non vi è alcun depauperamento del

donante e nessun arricchimento del donatario (indiretto). **(81)**

In sostanza la semplice costituzione del rapporto fideiussorio non integra di per se nessuna attribuzione patrimoniale nel suo aspetto statico, anche se dalla garanzia possono scaturire, nel rapporto c.d. dinamico, delle conseguenze che, modificando le situazioni patrimoniali del garante e del beneficiario, possono dar luogo a delle liberalità non donative.

E ciò anche nel caso in cui la fideiussione sia prestata *donandi animo* e, quindi, con il preciso intento di escludere in ogni caso il regresso, in quanto la sola costituzione della garanzia, avendo questa natura meramente accessoria, non implica la liberazione del debitore (obbligato principale) e non comporta alcuna attribuzione in favore di questo, ma costituisce per lo stesso un mero vantaggio giuridico.

Il discorso, poi, non cambia in presenza di una preventiva o contestuale rinuncia al regresso, perché fino a quando il garante non paga non vi saranno modifiche patrimoniali rispetto al fideiussore ed al debitore.

Da quanto detto, quindi, deriva la conseguenza che in presenza di una concessione di garanzia fideiussoria si avrà una liberalità indiretta solo quando il garante paghi e rinunci al regresso.

IV) Il genitore interviene nell'atto di acquisto operato dal beneficiario indiretto per accollarsi un mutuo a suo tempo contratto dal costruttore.

In questa fattispecie, come ovvio, l'acquisto si perfeziona direttamente in capo al beneficiario e l'accollo operato dal terzo (normalmente genitore o coniuge, ma anche un terzo non legato da alcun rapporto di parentela con il beneficiario), integra una ipotesi di accollo esterno relativamente ai rapporti tra terzo, venditore ed Istituto mutuante.

L'accollante, infatti, d'accordo con il debitore ed il venditore, assume a proprio carico un debito di quest'ultimo verso un terzo soggetto, normalmente un Istituto di Credito.

Tale fattispecie integra, secondo larga parte della dottrina, una ipotesi affine al contratto a favore di terzo (l'Istituto di Credito) per quel che concerne i rapporti tra venditore (creditore), assuntore, acquirente e terzo (Istituto di Credito) **(82)** e può comportare l'esistenza di una donazione indiretta nei rapporti tra acquirente (debitore) e terzo (assuntore), nel caso in cui l'accollo sia stato posto in essere per spirito liberale, con una rinuncia immediata (o successiva all'adempimento) all'eventuale azione di regresso.

Anche qui quello che rileva è la effettiva volontà delle parti che dovrà essere opportunamente indagata dal Notaio rogante il quale valuterà quindi se fare emergere o meno in atto l'intento liberale, attraverso apposite clausole negoziali.

V) Il genitore-donante si obbliga a fornire al figlio il denaro occorrente per far fronte alle rate di un mutuo concesso a quest'ultimo.

Nell'ambito dei rapporti tra familiari può anche avvenire che, in occasione di un finanziamento accordato da un istituto di credito al figlio per acquistare un immobile, il genitore si impegni nei confronti di quest'ultimo a fornire le somme necessarie a far fronte alle rate del mutuo.

Diversamente dalle ipotesi precedentemente considerate, il genitore-finanziatore viene ad assumere a proprio carico il *peso economico del debito*, senza tuttavia attribuire al creditore alcun diritto. Nei confronti della Banca il genitore non assume dunque né il ruolo di garante, né quello di obbligato principale.

La fattispecie si presta ad essere ricondotta alla figura dell'accollo meramente interno o semplice, rispetto alla quale il creditore rimane estraneo. ⁽⁸³⁾

Quest'ultimo non potrà pertanto pretendere l'adempimento dell'obbligazione nei confronti dell'accollante, ⁽⁸⁴⁾ salvo valutare la possibilità per lo stesso creditore di agire in surrogatoria ⁽⁸⁵⁾ Accollante ed accollato potranno allora anche accordarsi per modificare il contenuto dell'impegno inizialmente assunto dall'accollante, senza per questo recare pregiudizio al creditore. ⁽⁸⁶⁾

L'accollo interno, pur non essendo espressamente disciplinato, è riconducibile all'esercizio dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela. Parte della dottrina rileva che l'art. 1273 C.C., prendendo in considerazione la convenzione tra debitore (accollato) e terzo (accollante), ed accennando ad una *possibile* adesione del creditore, implicitamente ammette che l'accordo sia già perfetto anche senza l'intervento di quest'ultimo. ⁽⁸⁷⁾

A seconda di quanto pattuito, il padre (accollante) potrà assolvere il proprio obbligo di tenere indenne il figlio (accollato), adempiendo direttamente in veste di terzo (art. 1180), ⁽⁸⁸⁾ o apprestando in anticipo al debitore i mezzi occorrenti ⁽⁸⁹⁾ ovvero rimborsando al debitore le somme già pagate ⁽⁹⁰⁾

Allorchè l'accollo sia posto in essere prima del sorgere del debito dell'accollato, occorrerà valutare l'ammissibilità dell'accollo di debiti futuri, quesito al quale la giurisprudenza tende a rispondere in senso affermativo ⁽⁹¹⁾

Qualora l'accollo interno sia posto in essere *animo donandi*, meritano di essere presi in considerazione i riflessi che la qualificazione giuridica dell'atto produce sotto il profilo formale. Il caso venuto all'attenzione dei giudici è quello del genitore accollante che, in occasione degli atti di compravendita e mutuo stipulati dal figlio, prima si impegna nei confronti di quest'ultimo a far fronte alle rate del mutuo (di solito con separata scrittura privata), e successivamente si rende inadempiente nei con-

fronti del medesimo accollato.

In alcune occasioni la giurisprudenza ha qualificato l'operazione in esame quale donazione indiretta. La liberalità sarebbe infatti la conseguenza indiretta di un altro negozio, quello di acollo semplice, avente una propria causa giuridica, cioè l'assunzione del debito altrui. Conseguentemente *"il negozio mezzo, in considerazione della sua autonomia strutturale rispetto al fine di liberalità, deve essere sottoposto alla disciplina giuridica formale che ad esso è propria, e non a quella prevista per la donazione"*. **(92)**

In altri casi la Suprema Corte ha invece ritenuto che *"ove si individui la nascita, a favore del debitore accollato, di un diritto di credito immediatamente azionabile nei confronti dell'accollante, è ravvisabile una tipica donazione obbligatoria"*. **(93)**

Quest'ultimo orientamento è stato recentemente confermato da Cass. 7507/2006, la quale ha affermato che *"la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'acollo, sicché l'atto - non rivestendo i requisiti di forma prescritti dall'Art. 782 C.C. - deve ritenersi inidoneo a produrre effetti diversi dalla solutio reventio di cui all'Art. 2034 C.C."* **(94)**

1) Cfr., tra gli altri, M. Leo, Decreto Legge 4 luglio 2006 n. 233 e limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore, in Studi e Materiali, Cons. Naz. Not., 2/2006, Milano, 2007, 1453 ss.

2) Si pensi ad es. alle svariate ipotesi in passato "risolte" con l'impiego della formula del "prezzo pagato prima d'ora": compravendita che dissimula una donazione; trasferimento in esecuzione di patto fiduciario che le parti non vogliono far emergere per i motivi più vari; trasferimento di cosa presente (area edificabile) in cambio di cosa futura (appartamenti) da intestarsi a soggetti non individuati al momento dell'atto.

3) U.Carnevali, Successioni II, Tr. Dir. privato diretto da P.Rescigno, Vol. 6, 1997, pag. 498.

4) Per una sintesi dei termini del dibattito cfr. S. Delle Monache, Liberalità atipiche e liberalità occulte, Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario, Milano 2008, pag. 104; F.Tassinari, Ipotesi dubbie di liberalità non donative, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008 pag. 23 ss.; secondo A. Torrente, La donazione, in Tratt. Dir.Civ. comm. a cura di A.Cicu-F.Messineo, Milano 1956, pag.26 ss e p. 42 ss. la liberalità sarebbe pur sempre integrata da un atto negoziale e cioè dalla rinuncia all'indennità ex Art. 936 II C.C. o altrimenti da un accordo tra le parti interessate; si veda anche L.Mengoni, in Tratt. Dir.Civ. comm. già diretto da A.Cicu-F.Messineo, Milano 2000, pag. 202 ss. e pag. 254 ss.

5) Il contratto indiretto (o negozio indiretto) è caratterizzato dalla divergenza tra lo scopo pratico che le parti vogliono raggiungere e la funzione tipica dello schema contrattuale (o negoziale) adottato.

Il negozio indiretto, in sostanza, altro non è che una espressione dell'autonomia della volontà delle parti nella creazione di schemi negoziali.

Il fenomeno giuridico del contratto indiretto ha suscitato nella dottrina Italiana un lungo ed appassionante dibattito che a tutt'oggi non sembra sopito.

In primo luogo non è mancato chi (F.Santoro Passatelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1977, pag. 182) ha negato al contratto indiretto una autonoma qualificazione di categoria giuridica in quanto lo scopo ulteriore che le parti intendono raggiungere altro non è che un motivo, estraneo al con-

tratto ed alla sua causa e come tale giuridicamente irrilevante.

Ed invero, secondo questa dottrina, lo scopo o il motivo cui il negozio indirettamente tende, può reagire sul negozio stesso solo in quanto ne costituisca il motivo illecito.

Tuttavia dall'analisi completa del c.d. negozio indiretto sembra discutibile l'asserita irrilevanza del fine ulteriore perseguito, posto che tale fine, se si ha riguardo alla causa concreta dell'intero contratto, penetra nella funzione economico giuridica propria della fattispecie posta in essere (C.M.Bianca, Diritto Civil, Il Contratto, Vol. 3, Milano 1984, pagg. 458 e segg.).

Non rientrando il contratto indiretto tra gli schemi negoziali previsti espressamente dal legislatore (eccezion fatta che per le ipotesi di donazioni indirette di cui agli articoli 737 comma 1 e 809 c.c.) alcuni autori (B.Biondi, Le Donazioni, in Tratt. Dir. Civ. it. a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1967, pag. 938) hanno ritenuto questa fattispecie una ipotesi di contratto atipico che permetterebbe alle parti il raggiungimento del risultato perseguito non attraverso una via diretta tipica, ma attraverso l'utilizzo della via indiretta atipica.

Il limite di questa teoria sta nel non considerare la tipicità dei negozi utilizzati per il raggiungimento del fine perseguito.

Ed invero il risultato voluto viene raggiunto non attraverso un contratto atipico, ma attraverso l'utilizzo di uno schema negoziale tipico a cui collegare determinati effetti ulteriori.

Nè tali effetti possono essere raggiunti, come da taluno è stato sostenuto (D.Rubino, Il negozio indiretto, Milano, 1937, pagg. 62 e segg.; A.Auricchio, voce Negozio Indiretto, in Noviss. Dig. It., Torino, 1965, vol. XI pag, 221) attraverso l'apposizione allo schema tipico utilizzato di clausole speciali che diventano un corpo unico con la dichiarazione principale di volontà.

Ed invero, va da se che l'apposizione di clausole speciali ad un negozio tipico snatura la funzione propria di questo al punto da considerarlo un negozio sicuramente diverso da quello utilizzato (M. C. Diener, Il Contratto in Generale, Milano, 2002, pagg 18 e 92).

Per la riconduzione delle donazioni indirette nell'ambito della categoria del negozio indiretto si esprimono: A. Torrente, La donazione, edizione aggiornata 2006, a cura di U.Carnevali e A.Mora, pag. 41, per il quale quella combinazione tra i due negozi, l'uno preordinato a piegare l'altro (o gli altri) al raggiungimento di uno scopo economico diverso da quello che forma il substrato della funzione tipica del negozio, si riscontra anche nelle donazioni indirette; G. Capozzi, Successioni e donazioni, seconda edizione, Vol. II, pag. 864.

6) Per un inquadramento del problema si vedano: F.Alcaro, Le donazioni indirette, relazione tenuta il 31 marzo 2001 al Convegno organizzato dal Consiglio Notarile di Firenze sulla nuova disciplina fiscale delle successioni e donazioni, in vita Notarile 2001 pag. 1059; C.M.Bianca, Diritto Civile 3, Il Contratto, Milano 2000, pag. 486, il quale – dopo avere evidenziato che, avendo riguardo alla causa concreta del negozio, l'ulteriore fine perseguito non è irrilevante, ma incide su tale causa – osserva che *"nozione distinta rispetto a quella del negozio indiretto è quella di donazione indiretta, quale atto diverso dalla donazione che porta ad un risultato di liberalità. La donazione indiretta non implica il perseguimento di un fine anomalo rispetto al negozio utilizzato in quanto l'effetto giuridico favorevole può essere connaturato all'atto (es. remissione del debito)"*.

Da ricordare inoltre che Corte Cost. 27 giugno 1973 n. 91 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'Art. 781 C.C. che vietava le liberalità tra coniugi, norma in passato aggirata tramite il ricorso a liberalità non donative.

E' stato anche rilevato che il quesito circa la riconducibilità delle liberalità non donative alla figura del negozio indiretto costituisce una sorta di esercizio di stile di cui non si riesce a scorgere l'utilità: G.Amadio, Liberalità non donativa e collazione, I contratti 5/2000 pag. 523 nota 4.

7) A.Torrente, La donazione, in Tratt. Dir.Civ. comm. a cura di Cicu-Messineo, Milano 1956, pag. 22 e segg. La tesi del doppio negozio, anche se non accoglibile come vero dogma, conserva tuttavia un notevole rilievo sia ai fini della individuazione della disciplina applicabile, sia nella prospettiva della successiva circolazione immobiliare. Essa ha inoltre lasciato una chiara traccia non solo nella manualistica, ma anche nella giurisprudenza: cfr ad es. Cass. 15778/2000, Vita Not. 2001, 1235; Trib. Torino, Sez. II, 15 luglio 2004, Giur. Merito 2005, 1 58.

8) Non si applicano pertanto alle donazioni indirette le norme dettate per le donazioni relative alla forma: cfr. Cass. 13630/1992 Giust. Civ, 1993, I, 2464; Cass. 1214/1997, Vita Not. 1997, 2666; Cass. 642/2000, I Contratti 2000, 514; Cass. 5333/2004, G.Civ. 2005,1, 199.

9) Parte minoritaria della dottrina ritiene che *"all'infuori della revoca, riduzione e collazione, per*

cui abbiamo precise disposizioni, nessuno dei principi propri del contratto di donazione è applicabile alle liberalità atipiche, le quali sono regolate dalla disciplina propria di ciascun atto nel quadro generale degli atti e fatti giuridici”: B.Biondi, Le donazioni, Torino 1961, pag. 933.

Secondo il prevalente orientamento, alle liberalità non donative si applicano invece la maggior parte delle norme materiali dettate per la donazione, anche se non espressamente richiamate. Si vedano A.Torrente, La donazione, edizione aggiornata 2006, a cura di U.Carnevali e A.Mora, pag. 78; G.Capozzi, Successioni e donazioni, seconda edizione, Vol. II, pag. 864; U.Carnevali, Le donazioni, cit. pag. 601; A.Checchini, Liberalità (atti di), Enc. Giur. Treccani, Vol. XVIII; F.Caringella-G.De Marzo, Manuale di diritto civile I, Persone, famiglia, successioni e proprietà, Milano 2007, pag. 474.

10) G.Capozzi, Successioni e donazioni, Milano 1982, pag 883; A.Torrente, La donazione, in Tratt Dir. Civ. comm. a cura di A.CicuF.Messineo, Milano 1956, pagg. 77 e segg, il quale ammette anche il ricorso alle presunzioni.

11) Cfr. in tal senso, F.S.Azzariti-G.Martinez, Successione per causa di morte e donazioni, Padova, 1979, pagg. 753 e segg. Per Cass.18 Settembre 1969 numero 1226 in Rep.For. It. 1969, voce Donazione, n. 21, si ha donazione simulata quando si ponga apparentemente in essere un atto a titolo oneroso, ma in realtà se ne vuole un altro a titolo gratuito.

12) Per una diversa ricostruzione della simulazione, caratterizzata dal dato necessario e sufficiente della *“apparenza intenzionale di un negozio che per accordo tra le parti non corrisponde in tutto o in parte al loro reale rapporto”* cfr. C.M.Bianca, Dir.Civ. 3, Il Contratto, Milano 2000, pag. 698

13) Alcuni negozi (o fatti giuridici) idonei a realizzare delle liberalità non donative possono essere i seguenti:

- il *negotium mixtum cum donatione* e, nell’ambito di questa tipologia, la vendita a prezzo di favore;
- la divisione consapevolmente attuata senza rispettare la proporzionalità tra quote di diritto e quote di fatto per avvantaggiare alcuni condividenti;
- l’esclusione volontaria di un bene dalla comunione legale attraverso la dichiarazione da parte dei coniugi circa la provenienza dalla vendita di beni personali del denaro necessario all’acquisto;
- l’acquisto compiuto dal coniuge in comunione dei beni, omettendo la dichiarazione circa l’impiego a tal fine di mezzi personali ex Art. 179 lett.f);
- il rifiuto del coacquisto;
- la astensione del proprietario dal compimento di atti interruttivi dell’altrui possesso *ad usucapionem*;
- la astensione del creditore dal compimento di atti interruttivi della prescrizione;
- la remissione del debito;
- la rinuncia all’usufrutto;
- la delegazione (il delegante incarica il delegato di pagare o assumere una obbligazione nei confronti del delegatario che si intende beneficiare);
- l’espromissione (seguita dalla rinuncia all’azione di regresso);
- l’accollo;
- l’assunzione di obbligazione solidale in qualità di mutuatario per l’acquisto di unità abitativa (seguita dall’effettivo pagamento e dalla rinuncia al regresso);
- la prestazione di garanzia fideiussoria in sede di contratto di finanziamento (seguita dalla rinuncia al regresso);
- la messa a disposizione del beneficiario di somme depositate su libretto di risparmio o conto cointestato;
- i vari procedimenti utilizzabili per realizzare il risultato della *“intestazione di beni a nome altrui”* (Cfr. nota 14).

14) U.Carnevali, Intestazioni di beni sotto nome altrui, in Enc. Giur. Treccani, XVI, 1996; N.Di Mauro, L’individuazione dell’oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia, dell’imputazione ex se e della collazione in alcune fattispecie particolari, Giust. Civ. 1993, II. Pag. 173 ss; A.Palazzo, Atti gratuiti e donazioni, Trattato di diritto civile diretto da R.Sacco, 2, Torino 2000, pag. 365; A.Busani, Donazioni indirette e comunione legale tra coniugi, Vita Not. 3/2001 pag. 1241.

Tra i principali procedimenti che vengono in considerazione per conseguire l’effetto di intestare beni immobili in nome altrui vanno ricordati:

- l’acquisto fatto dalla persona che si intende beneficiare con denaro fornito in precedenza

dall'autore della liberalità;

- l' adempimento del terzo;
- il preliminare per persona da nominare accompagnato da *electio amici* e pagamento del prezzo da parte dello stipulante;
- l'acquisto fatto dal genitore con denaro proprio in nome e per conto del figlio;
- il contratto a favore di terzi.

15) Secondo A.Torrente, *La donazione*, edizione aggiornata 2006, a cura di U.Carnevali e A.Mora, pag. 4 "è agevole dimostrare che la donazione indiretta esige in chi la compie l'esteriorizzazione dell'intento liberale, in chi la riceve la manifestazione, se non verbis, almeno re, della volontà di acquisire il bene trasmesso al suo patrimonio. Il più delle volte quest'accordo non sarà contenuto in un documento...ma ciò – come è noto – non vale ad escludere la sussistenza del negozio bilaterale". In giurisprudenza si veda *ad es.* Cass. 15778/2000, cit.

16) La tendenziale necessità dell'assorbimento della volontà delle parti nel testo dell'atto notarile è sottolineata, sotto un profilo più generale, da G.Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, Riv. Not., pag. 709.

Ad un canone di "chiarezza e completezza" dell'atto pubblico notarile fa riferimento G.Celeste, *Trasparenza e funzione notarile, Pubblicità, trasparenza e funzione notarile*, Napoli 2000, pag. 116 ss.

Ad un "atteggiamento (notarile) di lealtà verso il sistema, legato alle caratteristiche pubbliche delle sue funzioni" si richiama U.Morello, *Notariato Latino e professioni legali di common law cit.*, pag. 125 nota 10.

E' stato anche messo in risalto, nel quadro di una più ampia riflessione sul rapporto tra attività di adeguamento, doveri di informazione e consulenza notarile alle parti, che sarebbe "contrario ai doveri di correttezza e di equidistanza tra le parti, che sono propri della funzione notarile, ed al generale dovere di contribuire all'attuazione dell'ordinamento, un comportamento del notaio volto a favorire non l'effettuazione della liberalità indiretta senza documentazione notarile, ma il vero e proprio occultamento della stessa". Si vedano gli spunti forniti da M.Nastri, *Liberalità non donative e mandato professionale del notaio*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008*, pag. 218.

17) Si veda ad esempio F.Valenza, *La donazione indiretta tra diritto civile e diritto tributario*, La nuova giurisprudenza civile commentata 2001, 3, pag. 179 ss.

18) A.Torrente, *La donazione*, Seconda edizione aggiornata 2006, a cura di U.Carnevali e A.Mora, pag. 90; si veda anche G.Capozzi, *Successioni e donazioni cit.* pag. 866; anche la giurisprudenza ritiene che l'animus donandi possa essere ricostruito sulla base di presunzioni semplici: si vedano *ad es.* Trib. Trani 28 febbraio 2006 in *Juris* data 3/2007 (in tema di rinuncia all'usufrutto); App. Milano 17 ottobre 2004 NGCC 4/2004 pag. 688 con nota di Leopardi (in tema di comodato); Cass. 3642/2004, Riv. Not. 2004 pag. 584 (che ritiene non raggiunta la prova dell'obbligo di restituzione ex contratto di mutuo); Cass. 11327/1997, I Contratti 3/1998 pag. 342 (in tema di applicazione dell'Art. 179 lett b) alle donazioni indirette).

19) R.Nicolò, *La trascrizione, III*, Milano 1973 pag. 143; G.Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli 1990 pag. 323; F.Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale, VI*, pag. 346

20) P.Pellegrino, *Rilevanza del principio di affidamento*, in *Federnotizie*, luglio 2001; F.Valenza, *La donazione indiretta tra diritto civile e diritto tributario*, NGCC, 3/2001; A.Busani, *L'atto di opposizione alla donazione (Art. 563 comma 4, cod.civ)*, Studio CNN n. 5809/C.; in senso dubitativo F.Pene Vidari-G.Marcoz, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, Riv. Not. 2006, p.714.

21) L.Mengoni, *Successioni per causa di morte*, Trattato A.Cicu-F.Messineo, 2000, pag. 323, richiamando la Relazione al Codice n. 1082, rileva che quasi mai i terzi sono in condizione di valutare se la donazione o la disposizione testamentaria a favore del loro dante causa sia o meno ridicibile; per questo motivo non è stata subordinata alla buona fede la tutela apprestata dall'Art. 2652 n.8.

22) In giurisprudenza cfr. Cass. 7470/1997 Riv. Not. 1998 pag. 471 per la quale "In tema di simulazione, il comma 1 dell'art. 1415 c.c., nel sancire l'impossibilità per le parti contraenti, e per gli aventi causa o creditori del simulato alienante, di opporre la simulazione ai terzi, si riferisce, a differenza del comma 2, non ai terzi in qualche modo pregiudicati dalla simulazione stessa, ma solo a quelli che, in buona fede, abbiano acquistato diritti dal titolare apparente (salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione); il che, implicando la presenza di un titolare apparente e di uno effettivo al momento dell'acquisto da parte del terzo, limita il campo di applicabilità della norma alle ipotesi di simula-

zione assoluta e di interposizione fittizia di persona, ad esclusione di ogni altro tipo di simulazione relativa non comportante apparenza del diritto in capo ad un soggetto diverso dal titolare"; si vedano inoltre Cass. 8500/1996, Giust. civ. Mass. 1996, 1323; Cass. 2968/1987, Giust. Civ. 1987, fasc. 3 che ritiene il legittimario "terzo" ex Art. 1415 II, pur respingendo, nel caso specifico, la domanda per carenza di legittimazione ad agire (in quanto la domanda di simulazione era stata proposta dal figlio prima della morte della madre-donante).

In dottrina cfr. R.Sacco, Simulazione, in Enc. Giur. Treccani, Roma 1992, pag. 5 il quale ritiene che la protezione accordata dall'Art. 1415 I ai "terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente", deve intendersi limitata agli acquirenti a non domino; L.Mengoni, Successioni per causa di morte, cit. pag. 313 espressamente afferma che "contro il legittimario che fa valere l'Art. 561 o l'Art. 563 il terzo di buona fede non può invocare la tutela dell'Art. 1415"; G.Capozzi, Il contratto in generale, Milano 2002, pag. 720; F.Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli 2006, pag. 976; S.Delle Monache, Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari cit.; F.Caringella-G.De Marzo, Manuale di diritto civile I, Persone, famiglia, successioni e proprietà, 2007, pag. 438; F.Anelli, La simulazione e i terzi, Trattato del contratto, V.Roppo, Vol. III, Milano 2006, pag. 694; C.Castronovo, Sulla nuova disciplina degli Artt. 561 e 563 C.C., Vita Not. 3/2007, pag. 1005 rileva che "il terzo di buona fede non può invocare la tutela del 1415 I come se si trattasse di terzo acquirente dal titolare apparente".

23) M.Di Fabio, Manuale del Notariato, II Ed., Milano pag. 101 ss; G.Baralis, Atto pubblico e contrattazione semplificata, cit., 693 ss; P.Boero, La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza, Torino 1993, I, pag. 266; U.Morello, Una professione così antica da sembrare quasi moderna, Notariato 2/1998 pag. 105; del medesimo A. si veda anche Notariato Latino e professioni legali dei sistemi di *common law*: come confrontare i due modelli, Notariato, Quaderni n. 6, Funzioni e compiti del Notaio nel sistema dell'Unione Europea, 2001, pag. 124. Sulla centralità della funzione di adeguamento nell'atto pubblico si veda G.Petrelli, L'indagine della volontà delle parti e la "sostanza" dell'atto pubblico notarile, Riv. Not. 2006 pag. 78.

24) Circa il dovere di consulenza anche fiscale del Notaio ex Art. 1176 II si veda Cass. 309/2003, Vita Not. 2003, pag. 144.

25) Si vedano le considerazioni sintetiche di V.Roppo, Le liberalità fra disciplina civilistica e norme fiscali, Notariato 4/2002, pag. 429; più in generale cfr. G. Iaccarino, Donazioni indirette. Profili tributari e disciplina dell'imputazione, della collazione e della riduzione, in Notariato, 3/2007, pag. 271 e 289; si veda anche A.Fusaro, Le liberalità indirette: analisi della casistica, tutela dei legittimari e disciplina fiscale, in atti del Convegno Paradigma in tema di Successioni e donazioni, Roma 11-12 marzo 2008.

26) Trib. Milano 6 novembre 1996, Famiglia e diritto 1997 pag. 469; Cass. 11327/1997, I Contratti 3/1998 pag. 242 con nota di G.F.Basini; Cass. 4680/1998 (riformando App. Napoli 19 luglio 1994), Riv.Not. 1999 pag. 1218; Cass. 15778/2000, in Vita Not. 2001 pag. 1235, con nota di A.Busani; in Riv.Not. 2002, pag. 1469, con nota di Scotti; in I Contratti 2001 pag. 938 con nota di U.Carnevali; nonché in Nuova Giur. Civ. comm. 2001, I, pag. 270, con nota di Finelli; Trib. Monza 13 luglio 2006 in Giur. Merito 9/2007, p. 2252, con nota di F.Badolato; cfr. inoltre P.Schlesinger, Commentario al diritto italiano della famiglia diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, II, Padova 1992, pag. 150; contra G.Zuddas, L'acquisto dei beni pervenuti al coniuge per donazione o successione, La Comunione legale, I, a cura di C.M. Bianca, Milano 1989, p. 449 ss., il quale sottolinea la opportunità di attenersi ad un criterio formale che tenga conto esclusivamente del tipo negoziale adottato.

27) La questione non può tuttavia essere affrontata in termini generali, ma solo prestando attenzione ai singoli strumenti impiegati. In caso di donazione diretta del denaro, potrebbe essere posto a carico del donatario non solo l'obbligo di impiegare la somma donata nell'acquisto dell'immobile, ma anche l'obbligo di rispettare ad es. una determinata destinazione del bene o di non vendere lo stesso immobile per un limitato periodo di tempo.

In caso di contratto a favore di terzi, il tema della accollabilità al terzo di oneri ed obblighi è particolarmente dibattuto. Attenta dottrina da una parte esclude che possano essere imposti al terzo veri e propri obblighi, dall'altra ammette che possano essere previsti limiti al contenuto del diritto ed in particolare oneri (intesi come doveri dalla cui inosservanza non può derivare a carico del terzo altra conseguenza che quella del mancato acquisto o della perdita del diritto). Cfr. L.V.Moscarini, Il contratto a favore di terzi, Il Codice civile Commentato diretto da P. Schlesinger, Milano 1997 pag. 116. Si veda anche A.Maniaci, Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?, I contratti 12/2006 pag. 1151.

28) Si deve ammettere che le clausole di dispensa da collazione o imputazione *ex se* possano essere pattuite anche in presenza di liberalità non donative, salvo precisare che la causa donandi finirà in tali ipotesi per emergere e che, a titolo cautelativo, sarà opportuno rispettare il requisito della forma solenne. Si veda L.Mengoni, Successioni per causa di morte cit. pag. 268.

29) L.Mengoni, Successioni per causa di morte, cit. pag. 278; G.F.Basini, La riduzione delle donazioni, La donazione, Trattato diretto da G.Bonilini, Torino 2001, pag. 1154.

30) Si pensi all'ipotesi del genitore che intende stipulare con il costruttore una permuta dell'area edificabile con futuro appartamento che sarà intestato al figlio ex Art. 1411.

31) B.Biondi, Le donazioni cit. pag. 933.

32) G.Capozzi, Successioni e donazioni II, cit. pag.782 e pag. 866.

33) A.Torrente, La donazione cit. pag. 490 ss; M.C.Diener, Il contratto in generale, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi, Caso n. 43, pag. 706; G.Bonilini, L'oggetto della donazione, in La donazione, Torino 2001, pag. 559 solleva il sospetto di incoerenza del sistema in quanto *"l'ordinamento giuridico si preoccupa di frenare la prodigalità con quel divieto, in marcata eccezione ad una regola generale (Art. 1348 cod. civ.), ed invece rende possibile la così detta donazione universale, avente ad oggetto tutti i beni presenti del donante"*.

34) Cass. S.U. 9282/1992 Riv. Not. 1993, pag. 144; Vita Not. 1993, 261

35) Alcuni spunti sono contenuti nell'articolo di F.C.Follieri-G.Russo, Donazione indiretta di immobile tra genitore e figlio, Vita Not. N. 3, 2006, pag. 1596.

36) Si veda ad esempio Trib. Mantova 3 settembre 2004 *"L'adempimento di un debito altrui rappresenta, ai fini fallimentari, un atto a titolo gratuito soggetto a revocatoria ai sensi dell'Art. 64 L.F., salvo la prova che incombe sull'accipens, che il fallito ha tratto un beneficio economico dal pagamento"*, Gius. 2004, pag. 4221; Cass. 15515/2001, Dir. fall. 2002, II, 830; Trib. Verona 29 maggio 1990 *"E'atto a titolo gratuito ai sensi dell'Art. 64 L.F. quello compiuto dal fallito senza alcun corrispettivo diretto o indiretto; pertanto è inefficace il pagamento del debito altrui eseguito dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento"*, Giur. Merito 1992, pag. 67; App. Catania 18 dicembre 1985, Giur. Comm. 1986, II, 437. Il tema è comunque controverso: si veda ad es. Trib. Milano 19 gennaio 2004 secondo il quale *"In caso di pagamento del debito altrui, l'accipens ottiene la prestazione del terzo in virtù di un titolo oneroso; conseguentemente, nei suoi confronti non è esperibile l'azione di inefficacia ex Art. 64 l.fall., ma solo la revocatoria ex Art. 67 comma 2 l.fall."*; cfr. anche Cass. 889/2006, Guida al Diritto 2006 n. 15 p. 52.

37) Circa il problema della emersione di evidenti manifestazioni di capacità contributiva incompatibili con le posizioni reddituali si veda Circolare Ag. Entrate n. 49/E del 9 agosto 2007, ove si legge *"E' opportuno valutare la complessiva posizione reddituale dei componenti il nucleo familiare essendo evidente come, frequentemente, gli elementi indicativi di capacità contributiva rilevanti ai fini dell'accertamento sintetico, possano trovare giustificazione nei redditi degli altri componenti il nucleo familiare"*.

Si veda anche Cass.8665/2002 *".....è sempre consentita, anche se a carico del contribuente, la prova contraria in ordine al fatto che manca del tutto una disponibilità patrimoniale, essendo questa meramente apparente, per avere, l'atto stipulato, in ragione della sua natura simulata, una causa gratuita anziché onerosa apparente"*, in Riv. Not. 2003 pag. 145, con nota di C.Vocaturò.

38) Si veda G. Petteruti, Le liberalità non donative nell'imposizione indiretta, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008, pag. 186 ss., il quale rileva come in alcuni casi potrebbe emergere il problema della tassazione separata della donazione indiretta, con tutte le perplessità legate al difetto di coordinamento tra l'Art. 56-bis del D.lgs 346/1990 (nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001) ed il D.L. 262/2006. Sul punto si veda anche Studio n. 168-2006/T, Prime note a commento della nuova imposta sulle successioni e donazioni, Notiziario del 9 gennaio 2007, pag. 23.

39) Circolare 207/E del 16 novembre 2000

40) Cfr. Studio CNN 113/2000/T approvato il 15 dicembre 2000. Sul tema della operatività del coacervo "universale" si veda tuttavia, più in generale, la recente Circolare della Agenzia Entrate 3/E del 22 gennaio 2008 e i contributi interpretativi di M. Labriola, Il coacervo delle donazioni: casi pratici, e U. Friedmann, Il coacervo nelle donazioni e nelle successioni, entrambi in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 3/2008, rispettivamente p. 117 e p. 129.

41) Per un accenno alla problematica si veda F.Magliulo, La dichiarazione di nomina di terzo tra preliminare e definitivo immobiliare, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008,

pag.55.

42) Nella normalità dei casi il settore delle liberalità non donative tra familiari si pone al di fuori dell'obiettivo di "prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo" di cui al D.lgs 231/2007. Resta comunque il fatto che il Notaio – dovendo rispettare gli obblighi di adeguata verifica della clientela ex Art. 21 D.lgs 231/2007 e di individuazione del "titolare effettivo dell'operazione" - è oggi tenuto ad elevare la propria soglia di attenzione circa la provenienza del denaro impiegato nelle transazioni economiche che si svolgono sotto i suoi occhi. Circa i nuovi "poteri di indagine" del Notaio scaturenti dal D.lgs 231/2007 si veda in generale lo studio di M.Krogh, approvato dal Gruppo di lavoro Antiriciclaggio il 6 dicembre 2007, parte II, in Notiziario CNN 4 gennaio 2008 pag.32. Per specifici approfondimenti relativi alla incidenza della nuova normativa sulle movimentazioni finanziarie effettuate a titolo di liberalità si rinvia allo Studio N. 107-2009/C di M.Krogh "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità" (in corso di approvazione).

43) In generale, occorre chiedersi se non sia il caso di rivedere l'atteggiamento di generico allarmismo che considera la provenienza donativa, diretta o indiretta, alla stregua di un male incurabile. Fermo restando che i problemi non possono essere sottaciuti, sembra opportuno provare ad inquadrare il problema in una prospettiva più ampia, valutando:

- quali altre liberalità sono state effettuate a favore dei legittimari: va ricordato che l'azione di riduzione del legittimario può risultare improcedibile a seguito d'imputazione ex se (Art. 564 II);

- l'ordine temporale di esse: le donazioni si riducono cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori (Art. 559);

- quale sia la consistenza patrimoniale residua del donante: le donazioni non si riducono se non dopo esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento (Art. 555);

- quale sia la capacità patrimoniale del donatario: occorre escutere prima il patrimonio di quest'ultimo, e poi ci si potrà rivolgere al subacquirente (Art. 563 I);

- che il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in denaro (Art. 563 III): tale facoltà di indennizzo, tenuto conto di quanto precede, potrà essere più o meno consistente.

A tali considerazioni, sviluppate da attenta dottrina (G.De Rosa, L'avente causa dal donatario, Federnotizie luglio 2001), vanno oggi aggiunti gli ulteriori argomenti desumibili dal D.L. 35/2005 convertito in legge 80/2005. E' stato ad esempio rilevato che laddove il donante abbia una aspettativa di vita ultraventennale, vengono ad attenuarsi gli ostacoli (legati alla valutazione del rischio) che le banche e le imprese di assicurazione incontrano nel rilasciare una fideiussione o una polizza assicurativa (F.Tassinari, La provenienza donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti, Studio 5859/C approvato dal CNN il 9 settembre 2005).

44) Sul rapporto tra liberalità non donative ed azione di riduzione si vedano in particolare gli scritti di U.Carnevali, Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima, in Studi in onore di L.Mengoni, I, Milano, 1995, pag. 131 ss.; e di L.Mengoni, Successioni per causa di morte, Trattato A.Cicu-F.Messineo, Quarta edizione 2000, pag. 251; cfr. anche G.De Rosa, L'avente causa dal donatario, Federnotizie luglio 2001; A.Venditti, L'azione di riduzione nelle donazioni indirette, Federnotizie luglio 2001; F. Magliulo, L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela, Notariato 1/2002, pag. 93 ss.; S.Delle Monache, Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari, reperibile sul sito www.judicium.it; nonché in Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario, Milano 2008, pag. 103 ss; G.Romano, La riduzione delle liberalità non donative tra esigenze dommatiche e coerenza sistematica, Atti del Convegno di Napoli del 13 ottobre 2007 in tema di Liberalità non donative e attività notarile, Edizione Il Sole 24 ore, 2008, pag. 34 ss.; G.Iaccarino, Donazioni indirette e "ars stipulatoria", Letture notarili, Collana diretta da G.Laurini, IPSOA 2008, p. 106 ss

45) Si rinvia sul punto allo Studio n. 17-2009/C del prof. G.Amadio "Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative" (in corso di approvazione). Per le specifiche problematiche concernenti la figura del contratto a favore di terzo cfr. tuttavia L.Mengoni, Successioni per causa di morte cit. p. 251; si vedano sul punto anche le osservazioni critiche di F.Magliulo, l'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela cit.

46) Si sofferma sul tema degli "oneri informativi" G.Amadio, La nozione di liberalità non donativa nel codice civile, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008, pag 19. L'A. rileva che "La stessa ricerca, finalizzata all'expressio causae, consentirà poi al Notaio l'assolvimento di quegli oneri

informativi, in ordine alla disciplina applicabile al rapporto, che nel caso delle liberalità non donative assumono tanto maggior rilievo, trattandosi di disciplina non correlata al tipo negoziale impiegato, ma al fine liberale indirettamente perseguito”.

47) La risposta deve ritenersi in linea di principio positiva, dovendosi comunque distinguere tra atti ricognitivi provenienti dall'autore della liberalità ed atti ricognitivi provenienti dal beneficiario della liberalità. Nel primo caso l'atto dovrebbe ascriversi tra i negozi ricognitivi con i quali viene rappresentato un fatto avvenuto nel passato; nel secondo caso la dichiarazione sarebbe da inquadrare tra le cosiddette *contra se pronuntiationes* (Art. 969, Art.1988, Art. 2735) e, tendendo ad eliminare incertezze, sarebbe assimilabile al negozio di accertamento. Si veda sul punto G.A.M.Trimarchi, Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008 pag. 161 ss. L'aspetto del riconoscimento per scrittura privata, da parte del convenuto, di liberalità indirette in suo favore e del conseguente obbligo di conferire l'immobile alla massa ereditaria è inoltre espressamente preso in considerazione da Cass. 596/1989, Riv. Not. 1989 pag. 1310. Nel caso di specie veniva in rilievo una scrittura privata nella quale il destinatario della liberalità indiretta si era impegnato a "riversare nella massa ereditaria" i beni ricevuti.

Sul tema si veda anche il recente Studio n. 107-2009/C di M.Krogh "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità"cit.

48) A.D'Angelo, Il testamento riepilogativo delle liberalità fatte in vita, relazione al seminario di studi sul tema "La pianificazione successoria. Problemi, strumenti e prospettive di riforma: la casistica", svoltosi a Genova nei giorni 8-9 febbraio 2008 sul tema "La pianificazione successoria. Problemi, strumenti e prospettive di riforma: la casistica"

L'A. mette in risalto la scarsa tenuta probatoria delle dichiarazioni ricognitive contenute nel testamento: si tratta infatti di meri elementi presuntivi che il giudice potrà valutare insieme ad altre circostanze. Sotto il profilo operativo, il professionista chiamato a fornire la propria consulenza dovrebbe dunque sconsigliare il ricorso al testamento "riepilogativo", suggerendo la acquisizione di dichiarazione confessoria proveniente dal soggetto beneficiario di liberalità non donative.

49) La centralità di una corretta ars stipulatoria è evidenziata da A. Palazzo, Atti gratuiti e donazioni, Trattato di diritto civile diretto da R.Sacco, 2, Torino 2000, pag. 367.

50) Per gli specifici profili relativi al contratto a favore di terzo, anche in relazione al tema della *expressio causae*, si rinvia allo Studio di A.Marrese n. 383-2008/C "Non coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore. Il contratto a favore di terzo", approvato dalla Commissione Studi Civilistici in data 30 ottobre 2008.

51) Sul prezzo della compravendita quale obbligazione principale del compratore, ma anche obbligazione essenziale del contratto, v. D. Rubino, La compravendita, in Tratt. di dir. civ. e comm., diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1952, 447; C.M. Bianca, la vendita e la permuta, in Tratt. di dir. civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, 458; G. Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm. del cod. civ., Torino, 1960, 7.

52) L'art. 1 comma 4 bis del D.Lgs. 346/1990 prevede che: "*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.*"

Può quindi sostenersi che le donazioni e le liberalità indirette che siano collegate ad atti di trasferimenti di immobili o di aziende, per i quali già sia prevista l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro o dell'IVA, siano esenti da imposta di donazione e pertanto vadano ritenute escluse anche dal meccanismo del coacervo.

53) In questo senso, A. Torrente, Manuale di diritto privato, Milano, 1985, 451; A. di Majo, Adempimento in generale, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1994, 62. Per C.A. Cannata, L'adempimento delle obbligazioni, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, 9, Torino, 1984, 81, l'interesse del creditore a che la prestazione sia eseguita direttamente dal debitore, deve avere carattere oggettivo. Così, per Cass., 28 aprile 1982, n. 2651, in Mass. Giur. it., 1982, il creditore può legittimamente rifiutare la prestazione effettuata dal terzo, ma se a condizioni economiche più onerose.

54) V. R. Nicolò, voce Adempimento, in Enc. dir., Milano, 1958, 565, per il quale in tale ipotesi mancherebbe la prestazione, intesa come comportamento personale dell'obbligato.

55) Così, R. Nicolò, voce Adempimento, cit., 566, per il quale considerando necessariamente il

negozio di adempimento avulso da ogni preesistente rapporto giuridico, non sarà possibile trovare al suo interno la giustificazione del verificato spostamento patrimoniale.

56) In questo senso C.A. Cannata, L'adempimento delle obbligazioni, cit., 82. In giurisprudenza, v. Cass., 7 luglio 1980, n. 4340, in Giust. civ., 1981, I, 111 con nota di A. Bregoli, Legittimazione a ripetere l'indebito oggettivo, tra l'adempimento del terzo e pagamento rappresentativo; secondo tale sentenza si ha adempimento del terzo quando tale intervento avviene al di fuori di ogni rapporto di rappresentanza, è spontaneo ed unilaterale e non determinato da precedenti accordi o convenzioni. V. anche Cass., 23 ottobre 1999, n. 11929, in Dir. e prat. soc., 2000, II, 64, con nota di E. Guerinoni, Adempimento del terzo, imputazione di pagamento e onere della prova, secondo la quale in nessun caso è attribuita al creditore la facoltà di sindacare i motivi di intervento del terzo e tale facoltà neppure spetta al giudice.

57) Cfr. Cass. 1 agosto 2002, n. 11417, in Contratti, 2003, II, 167, per la quale il terzo adempiente, senza essere stato surrogato dal creditore nei propri diritti, ha a propria disposizione solo la generale azione di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c.

58) Parla della possibile ricorrenza di una causa preesistente o concomitante sia essa donandi, solvendi o credendi alla base dell'intervento del terzo, A. di Majo, Adempimento in generale, cit., 86.

59) Cfr. M. Giorgianni, Lezioni di diritto civile, Varese, 1956, 149.

60) Così, C.A. Cannata, L'adempimento delle obbligazioni, cit., 84.

61) In questo senso, A. Torrente, La donazione, cit. p.42; U. Carnevali, Le donazioni, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1982, p.448.

62) Così, A. di Majo, Adempimento in generale, cit., 86.

63) V. F. Tassinari, Ipotesi dubbie di liberalità non donative e attività notarile, in Liberalità non donative e attività notarile, in Quaderni per la Fondazione Italiana per il Notariato, 1/2008, 31. In giurisprudenza, v. Cass. 27/7/2000 n. 9872, in Rep. Foro it., 2000, voce Proprietà, n. 34-35, 1830, che ravvisa l'esistenza dell'*animus donandi* nella ricorrenza di circostanze di fatto desumibili dal caso concreto.

64) Cfr. G. Amadio, La nozione di liberalità non donativa nel codice civile, in Liberalità non donative e attività notarile, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato 1/2008, p. 19. Per G. Iaccarino, Donazioni indirette. Profili tributari e disciplina dell'imputazione, della collazione e della riduzione, cit., 289, il Notaio consiglierà di far emergere la causa donativa qualora ciò sia strumentale ad un'equa definizione dei rapporti tra i legittimari.

65) Il motivo che giustifica l'assunzione del mutuo da parte di uno solo dei coniugi può essere di diversa natura, ma principalmente risiede nell'opportunità della deducibilità degli oneri fiscali dal reddito del mutuatario, ove solo quest'ultimo svolga attività lavorativa in ambito familiare. In questo senso, Cfr. Commissione Trib. centr. 27 maggio 1997 n. 2641, secondo la quale: *"Gli oneri di cui all'art. 10 d.p.r. 597/73 sono deducibili dal reddito complessivo del coniuge che li ha sostenuti. Pertanto gli interessi passivi relativi ad un mutuo ipotecario di un bene in regime di comunione legale sono deducibili solo da parte di colui che è intestatario del mutuo in quanto soggetto gravato effettivamente dal costo del finanziamento. Sono quindi del tutto irrilevanti a tal fine le vicende connesse alla proprietà dell'immobile oggetto dell'ipoteca. Nel caso di specie anche se l'immobile rientra nel regime di comunione legale dei beni è evidente da contratto come l'onere costituito dagli interessi gravi esclusivamente sul marito e solo quest'ultimo può quindi detrarre legittimamente gli interessi passivi"*. Orientamento confermato dalla circolare n. 17 del 18 maggio 2006 dell'Agenzia delle Entrate.

66) Cfr. V. De Paola, Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale, Tomo II, Milano, 1995, 417-418; P. Schlesinger, in Commentario al diritto Italiano della famiglia, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, Tomo III, Padova, 1992, 103.

67) Sull'argomento, v. A. Falzea, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, in Riv. dir. civ., 1977, I, 625; R. Perchinunno, Le obbligazioni nell'interesse familiare, Napoli, 1982, 172-178; F. Mastropaolo e P. Pitter, in Commentario al diritto Italiano della famiglia, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Tomo III, Padova, 1992, 241-250; M. Labriola, Compravendita e mutuo: modalità di quietanza del prezzo, in Notariato 2/2000, p. 172.

68) In questo senso, tra gli altri, M. Sesta, Obbligazioni assunte da un coniuge nel nome dell'altro, nota a Cass., 7 luglio 1995, n. 7501, in Fam. dir., 1996, 142; A. Barale, Responsabilità dei coniugi per le obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia, nota a Cass., 6 ottobre 2004, n. 19947, in Fam. dir., 2005, 153. Contra, per la sussistenza, con riferimento all'ipotesi in esame, del "principio solidaristico" che legittimerebbe la possibilità, per ognuno dei coniugi, di assumere obbligazioni familiari, v. E.

Russo, "Bisogni" ed "interesse" della famiglia: il problema delle obbligazioni familiari, in E. Russo, Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia, Milano, 1983, 254. Ripercorre l'intero dibattito sul problema, dando conto anche dell'orientamento non univoco della giurisprudenza, G. Oberto, Il regime di separazione dei beni tra coniugi, in Il Codice civile commentato, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 153 ss.

69) In estrema sintesi possono essere individuati tre orientamenti:

a)- La tesi favorevole, che fa capo a G.Gabrielli (Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata, Vita Not. 1984, 4-5, p. 656; del medesimo A. si veda anche: Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto del coacquisto, RDC, 1988, 344) si incentra sulla esaltazione del ruolo della autonomia privata e sul principio della rifiutabilità degli effetti favorevoli (*nemo invitus locupletari potest*). Si tratta di argomentazioni in gran parte recepite da Cass. 2688/1989 (Riv. Not. 1989, 5, p. 866; in Vita Not., 1989, 4-6, p. 389, con nota adesiva di M.Labriola, Esclusione di un acquisto dalla comunione legale per consenso (rifiuto) dell'altro coniuge; Foro It. 1990, I, 1990, 608 con note critiche di F.Parente, Il preteso rifiuto del coacquisto ex lege da parte del coniuge in comunione legale e di A.Jannarelli, Comunione, acquisto ex lege, autonomia privata).

b)- La tesi contraria, seguita tra gli altri da G.Laurini (A proposito di un'originale interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c, Riv. Not. 1990, 1, p. 172) individua all'opposto un problema di risultato: si nega che i coniugi, dopo aver "accettato" il regime legale possano di volta in volta svuotarne il contenuto. Viene dunque combattuta una visione "atomistica" della comunione legale, negando che l'effetto acquisitivo sia nella disponibilità delle parti. Il principio *electa una via non datur recursus ad alteram* è talvolta richiamato anche in giurisprudenza (T.Piacenza 9 aprile 1991, Riv. Not. 1991, p. 723) e risponderebbe, secondo alcuni (C.Donisi, Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia, Famiglia e circolazione giuridica, a cura di G.Fuccillo, IPSOA 1997, p. 17), ad una più generale regola di coerenza (divieto di venire *contra factum proprium*). Si veda Cass. 2954/2003, Riv. not., 2003, 2, p. 411, con nota adesiva di M.C.Lupetti, Rifiuto del coacquisto: e' il tramonto di un'epoca?; Riv. not., 2003, 6, p. 1547, con nota critica di F.Patti, Il cosiddetto rifiuto del coacquisto alla luce della sentenza n. 2954/2000.

c)- La tesi "intermedia", già seguita da De Paola (Il regime patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato, Tomo II, Milano 2002, p. 600 ss.) e sviluppata in tempi più recenti da E.Bargelli-F.D.Busnelli (Convenzione matrimoniale, Enc. Dir. Aggiornamento 2000, IV, p. 445) è anch'essa contraria al rifiuto del coacquisto, attenuando tuttavia alcune rigidità della tesi precedente. Il problema non starebbe tanto nel risultato di evitare la caduta in comunione di un singolo bene (risultato lecito), quanto nella scelta dello strumento adeguato per raggiungere il fine. Si sostiene che l'autonomia privata è in grado di incidere sui regimi patrimoniali della famiglia solo percorrendo la via maestra delle convenzioni matrimoniali. In particolare si prende posizione in senso favorevole alla stipula di una convenzione matrimoniale "precoativa" avente ad oggetto la sorte di un singolo bene.

70) R.Sacco, Regime patrimoniale e convenzioni, Comm. alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, Padova 1977, p. 334. In senso analogo si vedano anche G.Gabrielli, Scioglimento parziale della comunione legale tra coniugi cit.358; De Stefano, E' possibile impedire la caduta in comunione legale tra coniugi al momento dell'acquisto di un bene immobile?, Giust. civ. 1990, parte I, p. 1359; A.Galasso, Regime patrimoniale della famiglia, Tomo I, Comm. del Codice Civile Scialoja e Branca, a cura di F.Galgano, Bologna 2003, p. 297; G.Oberto, L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi), Famiglia 1/2006, p. 659; lapidario anche M.Finocchiaro, La Cassazione e la corretta interpretazione dell'Art. 179 uc., Giust. civ. 2003, I, 2117 il quale osserva che "*qualsiasi pretesa di interpretare le disposizioni di cui agli Art. 177 ss. C.C. nel senso, come invoca la sentenza che si commenta [Cass. 2954/2003], che queste escludono in radice la possibilità per i coniugi soggetti al regime di comunione legale di farsi reciprocamente delle donazioni, dirette o indirette, si risolve in una pretesa di interpretare le norme stesse in termini opposti ai principi costituzionali*". Non convince, in senso contrario, l'opinione di P.Cerolini, I rapporti patrimoniali della famiglia tra specialità e principi generali, Milano 2005 p. 70 secondo il quale "*essendo caduto per illegittimità costituzionale il divieto già previsto dall'Art. 781...non appare giustificabile in quanto non meritevole di tutela il ricorso a un negozio indiretto per conseguire uno scopo, cioè il compimento di un atto di liberalità, che può essere realizzato attraverso un contratto tipico*".

71) Non risulta finora esaminato il rapporto tra rifiuto del coacquisto e tutela dei legittimari. Si

pensi al caso del coniuge (magari in seconde nozze), il quale utilizzi il rifiuto del coacquisto per porre in essere una liberalità indiretta a favore della nuova compagna invisa ai figli di primo letto. Questi ultimi potrebbero agire in riduzione per cercare di ricondurre la metà dell'immobile nel patrimonio del *de cuius*. Non è escluso il profilarsi di problemi analoghi a quelli che si presentano in relazione al contratto a favore di terzo. Il rischio è cioè quello che, al cospetto di questa particolare liberalità non donativa, i legittimari possano contare su una tutela reale.

72) Per approfondimenti circa la incidenza della nuova normativa sulle movimentazioni finanziarie effettuate a titolo di liberalità, anche alla luce del D.lgs 231/2007, si rinvia allo Studio N. 107-2009/C di M.Krogh "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità" cit.

73) U. Carnevali, Intestazione di beni sotto nome altrui, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1996, pag. 4

74) G. Amadio, Liberalità non donativa e collazione, I contratti 5/2000 pag. 524 nota 8 osserva che l'accertamento della nullità, lungi dal rivelarsi irrilevante, conduce a disapplicare il congegno collazionario, e a ritenere il denaro ricompreso nell'asse ereditario a vantaggio (non dei soli aventi diritto a collazione, ma) di tutti i coeredi e dei creditori ereditari.

75) Cfr. G. Gabrielli, Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata, Riv. Not. 1984, p. 665; L.A. Scarano, La comunione legale I a cura di C.M. Bianca, I, Milano 1989, p. 536 ss; G. Oberto, Codice della famiglia a cura di M. Sesta, Milano 2007, Tomo I, p. 833; Vettori, Il dovere coniugale di contribuzione, Il diritto di famiglia, diretto da G. Bonilini-G. Cattaneo, vol. II, Torino 2007, p. 17 il quale, criticando l'interpretazione meramente letterale dell'Art. 179 lett f) fornita da Cass. 2954/2003, evidenzia l'importanza dell'Art. 195 C.C.: se è sancito il diritto al prelievo del denaro di provenienza donativa o successoria prima della divisione dei beni comuni "*non si comprende la ragione per cui tale denaro non potrebbe essere utilizzato per acquisire un bene al proprio patrimonio personale*".

76) Cass. 7437/1994, Riv. Notariato 1995, 938; Trib. Parma 28 marzo 1985, Riv. Not. 1985, p. 1204; Cass. 9307/1996, Giust. civ. 1997, I, 287, con nota di Picardi, Comunione legale e acquisto personale di beni immobili o mobili registrati; cfr. tuttavia, in senso restrittivo, Cass. 2954/2003 Riv. not., 2003, 6, p. 1547 la quale non chiarisce comunque se, nel caso di specie, il "*denaro proprio*" - ritenuto inidoneo a fondare un acquisto personale ex Art. 179 lett. f) - doveva ritenersi provento di attività separata o, piuttosto, denaro personale *ab origine*.

77) Cfr. la giurisprudenza e la dottrina citate alla precedente nota 26.

78) In prospettiva antiprocessuale l'intervento in atto del coniuge non acquirente - pur non essendo richiesto dalla legge - può comunque risultare opportuno, al fine di rendere una confessione stragiudiziale ex Art. 2735 C.C. Cfr. Auciello, Badiali, Iodice, Mazzeo, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di G. Capozzi, Milano 2000, pag. 516; si veda, più in generale, anche N. Di Mauro, Donazioni indirette e comunione legale, in Famiglia e circolazione giuridica a cura di G. Fuccillo, Milano 1997, pag. 157.

79) Sull'autonomia del contratto di mutuo di scopo, Giampiccolo, ad vocem Mutuo, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXVII, Milano 1977, pag. 456; Vaiano-Morelli, Del Comodato-Del Mutuo-Del Conto Corrente, in Commentario teorico-pratico al codice civile, diretto da De Martino, Novara 1977 pagg. 173 e segg; Zimatore, Il mutuo di scopo, Padova 1985, pagg 611 e segg; Cass. 10 Giugno 1981, n. 3752; Cass. 21 Dicembre 1990 n. 12123. Contra nel senso che il mutuo di scopo non ha natura diversa dal mutuo ordinario perché il fine ulteriore perseguito dalla parti viene a collocarsi nell'area dei motivi, Clarizia, Voce Finanziamenti (diritto Privato), in Noviss. Dizionario Italiano, Appendice, Vol. III, Torino, 1989, pagg. 754 e segg. Implicitamente nello stesso senso M. Fragali, Del mutuo, in Commentario del Codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1956, pagg. 272 e segg. il quale rileva come il motivo, pur penetrando nella causa del contratto non è idoneo ad alterare la funzione genericamente creditizia del contratto.

80) C.M. Mazzoni, Specie di Obbligazioni solidali e indivisibili, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, Vol. 9 Torino 1999, pag. 740; D. Rubino, Delle obbligazioni alternative - obbligazioni in solido - obbligazioni divisibili ed indivisibili, in Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna Roma, 1958 p. 185.

81) Ascoli, Trattato delle donazioni, Milano, 1935, p. 138; F.S. Azzariti-G. Martinez, op. cit., pag 687; F. Messineo, manuale cit., III, I, 1. Nello stesso senso, ma su presupposti diversi, A. Torrente, op. cit., pag 220.

82) Il tema della riconducibilità dell'accollo esterno alla figura di cui all'Art. 1411 C.C. continua a dividere la dottrina: per una sintesi della problematica cfr. T.Mancini, *L'accollo*, Trattato Rescigno, IX, Torino 1999 p. 508 ss.

83) La figura è ampiamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In dottrina v. P. Rescigno, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 32 ss.; M. Cicala, *Voce Accollo*, in *Enc. Dir. I*, Milano, 1958, 284; in giurisprudenza, per tutte, v. Cass. 6936/1996 *Giust. civ. Mass.* 1996, p. 1091.

L'ipotesi in esame fuoriesce comunque dalla figura del contratto a favore di terzo. Si è detto che l'accollo interno può essere, al più, qualificato come contratto "*con prestazione al terzo*": cfr. U.La Porta, *L'assunzione del debito altrui*, Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A.Cicu, F.Messineo, L.Mengoni, continuato da F.Galgano, Milano 2009 p.289.

84) Cass. 8044/1997 *Giust. Civ. Mass.* 1997, p. 1523; Cass. 4604/2000, *Giust. civ. Mass.* 2000, 4604

85) Per una sintesi dei divergenti orientamenti dottrinari cfr. U.La Porta, *L'assunzione del debito altrui*, cit. p. 286 (nota 221) e p.294 (nota 243)

86) E.Briganti-D.Valentino, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, Tratt. di dir. Civ. del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da P.Perlingieri, Napoli 2007 p.346.

87) E.Briganti-D.Valentino, *Le vicende delle obbligazioni* cit. p.346.

Dibattuti sono, in ogni caso, i temi del passaggio da accollo interno ad accollo esterno e della cd "conversione" dell'accollo esterno in accollo interno: cfr. U.La Porta, *L'assunzione del debito altrui* cit. p. 294 ss.

88) L'adempimento dell'accollante, rispetto al creditore, è infatti atto libero e non vincolato.

89) N.Di Mauro, *L'individuazione dell'oggetto della liberalità ai fini della riunione fittizia, dell'imputazione ex se e della collazione in alcune fattispecie particolari*, *Giust. Civ.* 1993 II, pag. 184 ritiene di poter superare le obiezioni relative al difetto di forma solenne, ricostruendo l'atto di messa a disposizione del denaro finalizzato ad un acquisto immobiliare come donazione indiretta del denaro, attuata attraverso un accollo interno del debito futuro. La somma di denaro verrebbe consegnata dal genitore al figlio, prima della compravendita, in esecuzione dell'obbligo assunto con il contratto di accollo.

90) Circa le modalità di adempimento da parte dell'accollante cfr. Cass. 13746/2002, *Danno e resp.* 2003 p. 399; Cass. 6936/1996 cit.; Cass. 8044/1997 cit. In dottrina si veda A.Arceri, *Natura e caratteri dell'obbligazione dell'accollante nell'accollo c.d. semplice o interno. In particolare sulla esigibilità dell'obbligazione dell'accollante prima della scadenza dell'obbligazione principale*, *Giur. Merito* 1991, p. 1013.

Sotto il profilo dei rapporti patrimoniali tra coniugi, va ricordato che Cass. 15778/2000 cit. ha ritenuto applicabile (addirittura ex post) l'Art. 179 lett.b) in un caso in cui il figlio (sposato in comunione dei beni) si era accollato il mutuo contratto dalla Cooperativa assegnante, mentre il padre aveva poi provveduto al pagamento delle singole rate.

91) Cass. 7831/1994, *Giur. It.* 1995, I, p. 1018; Cass. 5102/1988, *Giust. civ. Mass. Fasc.* 8/9; Cass. 1180/1982 *Giust. civ. Mass.* 1982, Fasc. 2.

92) Cfr. Cass.4550/1978 (la quale ha cassato App. Catania 22 marzo 1974), *Riv. Notariato* 1978, p. 1341.

93) Cass. 4618/1983, *Giust. civ. Mass.* 1983 fasc. 7.

94) La sentenza è pubblicata in *Vita Not.* 2006 p. 188: nel caso di specie la S.C., confermando App. Roma 29 ottobre 2002, si è trovata a dirimere una controversia tra fratelli, incentrata sul tema della trasmissibilità agli eredi dell'accollante (padre) della obbligazione da quest'ultimo assunta nei confronti del figlio.

Sulla figura della donazione obbligatoria si vedano, più in generale, B.Biondi, *Le donazioni*, Tratt. Dir. Civ. diretto da Vassalli, Torino p. 389 ss; R.Lenzi, *La donazione obbligatoria, Successioni e donazioni a cura di P.Rescigno*, Vol. II, Padova 1994, nonché in *Contratto e impresa* 2003, 3, pag. 1615 ss; G.Bonilini, *La donazione costitutiva di obbligazione, La donazione*, Trattato diretto da G.Bonilini, Torino 2000, I, pag. 662 ss.