

Studio n. 437-2012/C

Procura bancaria, inserimento di altro nominativo in conto corrente bancario e liberalità indiretta

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 18 aprile 2013

Il lavoro prende lo spunto da una sentenza del tribunale di Torino ⁽¹⁾ che tratta il caso di un conto corrente bancario per il quale un intestatario, poi defunto, aveva rilasciato procura speciale, anche per incassare in proprio, ad un suo conoscente. Alla morte del correntista il procuratore pretendeva l'incasso delle giacenze, allegando una pregressa donazione indiretta, realizzata con il rilascio di una procura in contemporanea ad una dichiarazione orale ove il rappresentato manifestava una volontà liberale a favore del procuratore. Gli eredi del defunto contestavano la pretesa. In particolare:

a) gli eredi di un mandante defunto agiscono in giudizio per sentir condannare l'ex-mandatario a "rimettere loro tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato" (art. 1713 c.c.);

b) l'ex-mandatario chiede il rigetto della domanda allegando che il mandante gli aveva conferito il mandato anche nell'interesse proprio e di terzi, con l'intento di attribuirgli a titolo di liberalità il ricavato dell'esecuzione del mandato;

c) agli atti c'è soltanto una procura rilasciata a nome del convenuto dal defunto, nella qualità di titolare di un conto corrente bancario (in gergo: delega), procura nella quale si autorizza il procuratore ad operare sul conto anche a favore proprio o di terzi;

d) la domanda è respinta perché il Tribunale ritiene provata una donazione indiretta: la prova è ritenuta raggiunta in forza della procura (delega bancaria) e di testimonianze sull'intento liberale e remuneratorio che avrebbe accompagnato il rilascio della delega "a favore" del delegato.

La sentenza del tribunale "aggrava" l'indirizzo ultimo (in realtà, come si dirà infra, già preannunciato da qualche decisione) della Suprema Corte per la quale "l'atto di cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito - qualora la predetta somma, all'atto della cointestazione, risulti ad essere appartenuta ad un solo dei cointestatori - può essere qualificato come donazione indiretta solo quando sia verificata

l'esistenza dell'*animus donandi*, consistente nell'accertamento che il proprietario del denaro non aveva, al momento della cointestazione, altro scopo che quello della liberalità" ⁽²⁾. Come si dirà oltre l'indirizzo della Suprema corte non è nuovissimo, ma certo si tratta di pronuncia che tende a consolidare un indirizzo che la dottrina più autorevole e risalente giudicava del tutto incongruo.

La migliore e più recente dottrina, a fronte del possibile spazio illimitato, che si apre nell'individuare casi concreti di donazioni indirette, ha invitato alla prudenza rilevando che "è essenziale, molto più che nella donazione, il controllo causale dell'atto di liberalità indiretta, controllo, cioè, degli interessi specifici, delle circostanze, delle ragioni dell'atto" ⁽³⁾, ma non è mancato qualche intervento dottrinale, meno importante per la verità, che ha mostrato ammirazione per il nuovo corso giurisprudenziale, perchè "antidogmatico" e indicativo "dell'abbandono di una prospettiva astrattizzante" ⁽⁴⁾.

L'indirizzo giurisprudenziale va opportunamente segnalato perché mette l'operatore del diritto nella condizione di avvertire gli interessati circa la gravità di una cointestazione bancaria o di una delega bancaria, quando siano accompagnate da semplici parole che possono manifestare un moto d'anima improvviso o non ben ponderato, cui possono seguire, però, conseguenze decisamente gravi.

Mi soffermo sul caso della procura bancaria, ma le considerazioni, *mutatis mutandis*, valgono per casi simili. I problemi, mi sembra, sono i seguenti:

1) Un negozio autorizzativo come la procura, esistendo i presupposti della volontà liberale, può fungere, da solo, come mezzo alternativo alla donazione o abbisogna di clausole particolari? E quali dovrebbero essere?

2) In particolare la semplice procura in quanto revocabile può, in qualche modo, confliggere con l'irrevocabilità della donazione, se e in quanto si riconosca questo requisito?

3) In particolare la semplice procura - che non ha valore dispositivo in sé - è in grado di escludere che oggetto "immediato" della disposizione sia il denaro giacente sul conto, azzerando, se così fosse, l'ipotesi della valida creazione di un mezzo indiretto rispetto alla donazione?

4) Ammesso che si siano superati tutti gli "sbarramenti" di cui sopra, esistono, oltre all'applicabilità dei principi della revocazione, riduzione, collazione, norme materiali - e cioè di necessaria applicazione ⁽⁵⁾ - che si debbano richiamare anche per la donazione indiretta e in caso positivo quali sono?

Verificato quanto sopra in senso positivo, si tratta di applicarne il risultato al nostro caso e in particolare di verificare l'esistenza di clausole particolari nella procura, a carattere liberale, e la non esistenza di conflitto con norme materiali operanti nel nostro caso.

Per quanto concerne il primo problema non ho trovato, a parte il *nuovo corso* sopra indicato,

precisi elementi dottrinali di riscontro in ordine alla procura, ma ne ho trovati in tema di mandato. L'ipotesi è di un incarico *tout court* alla Banca per l'emissione di un assegno circolare o il rilascio di un libretto al portatore a favore di terzo. Accanto ad una tesi molto liberale (nel senso di una valida donazione indiretta) e autorevole⁽⁶⁾, esiste altra opinione, medesimamente autorevole, che esige la presenza nel mandato di elementi particolari che rendano evidente la "direzione" liberale del negozio⁽⁷⁾. Senza potere approfondire a me sembra che quest'ultima opinione sia preferibile perché, diversamente ragionando, a tacer d'altro, si ammetterebbe un *favor* così ampio per la liberalità indiretta che non si saprebbe davvero come giustificare.

Sul secondo problema dò atto che, pur essendo personalmente convinto che il requisito dell'irrevocabilità permanga anche sotto l'impero del nuovo codice⁽⁸⁾ - e lo argomento "*a contrario*" dall'art.790 c.c. - , la tesi oggi non ha buone accoglienze nella dottrina di maggioranza; da ciò segue che applicandosi la disciplina tipica del negozio mezzo⁽⁹⁾, ed essendo dubbio, come si scriverà oltre, che sia ampio lo spazio delle norme materiali in tema di donazione, ben potrebbe in linea teorica proporsi (esistendo ovviamente le altre condizioni) la procura, pur se revocabile, come mezzo per realizzare una donazione indiretta.

Sul quarto problema (scriverò dopo del terzo) dò atto che esiste una netta divaricazione in dottrina⁽¹⁰⁾. Personalmente ritengo che la "zona" delle norme materiali sia assai ampia e comprenda anche l'art.778 c.c., articolo che è cruciale nel nostro caso perché la procura, autorizzando anche la disposizione a favore di terzi, se letta in chiave di liberalità, sarebbe in contrasto con tale articolo e come tale nulla.

Sul terzo problema io sono personalmente convinto che una procura autorizzante il prelievo bancario a proprio favore sia appunto e solo un atto autorizzante la disposizione di denaro e come tale non "regga" come donazione indiretta; la procura potrà avere anche clausole particolari giustificanti l'*animus*, ma non mi pare che, vi sia o non vi sia un *animus* liberale, con ciò si realizzi una donazione indiretta. Diversamente ragionando si dovrebbe dire che allorchè Tizio rilascia a Caio una procura dove il rappresentante è autorizzato a trasferire gratuitamente a sé stesso un immobile, questa è "già" donazione indiretta. Una buona dottrina⁽¹¹⁾ scrive esattamente che non bisogna erroneamente "sostituire" la *forma* del negozio di trasferimento con le *modalità* di trasferimento e proprio riferendosi a casi di "movimentazione" bancaria; insomma una modalità esecutiva non può convertirsi in un negozio mezzo, salvo un ampliamento del tutto ingiustificato e irragionevole del concetto di donazione indiretta; è vero che anche un comportamento può realizzare una tale liberalità (il notorio caso della *implantatio*, ad esempio), ma ciò quando non sia praticamente possibile una qualificazione in termini diversi e non quando sia irragionevolmente e immotivatamente elusivo della forma. Trovo, però, un orientamento giurisprudenziale pregresso

che, per casi simili, ritiene esistere una liberalità indiretta ⁽¹²⁾. Queste decisioni ammettono l'esistenza di una tale liberalità laddove un correntista inserisca una cointestazione in un conto alimentato solo dal correntista medesimo.

Il fatto è che si è verificata questa strana circostanza: le norme a tutela della inavvedutezza e prodigalità del donante sono state svalutate e quindi non giudicate come "materiali" ⁽¹³⁾ e ciò ha "trascinato" la giurisprudenza, quasi simmetricamente e consequenzialmente, a manifestare grande permissività e indulgenza in tema di ammissibilità di donazioni indirette. Probabilmente ha giocato anche in questo senso una applicazione ormai eccessiva e dilagante del principio di solidarietà di cui all'art.2 della Carta: non a caso Cass.2008/26983, se ho ben capito, riguarda una fattispecie concreta in cui la cointestazione era avvenuta a favore di persona che provvedeva ai bisogni di vita del correntista. Da un punto di vista sistematico concordo perfettamente con l'idea che il legislatore laddove crea una struttura tipica, formale, attentamente e specificatamente regolata come la donazione, altro non può aver voluto significare che il negozio indiretto non può avere una area troppo estesa ⁽¹⁴⁾.

Vengo ora ad applicare le considerazioni di cui sopra al nostro caso e cioè la sentenza del Tribunale di Torino citata all'inizio.

A me sembra che il testo della procura non contenga quelle clausole particolari che facciano emergere una direzione liberale; è vero si ammette l'uso a proprio favore delle giacenze bancarie, ma ciò anche a favore di terzi (il punto, guarda caso, non è minimamente trattato dal giudicante) il che sembrerebbe per un verso solo dar conto solo di una volontaria "illimitatezza" della procura e per altro verso confligge con l'art.778 c.c. Sarebbe stata ben più inequivoca, ad esempio, una procura che contenesse la dispensa dall'obbligo di rendiconto ⁽¹⁵⁾. Insisto nell'idea che una procura bancaria non possa valere come negozio indiretto.

Ancora una considerazione di tipo consequenzialista che mi sembra assai opportuna. La qualificazione in termini di donazione indiretta è decisamente utile per collazione e riduzione, al fine di evitare l'operatività del termine prescrizione a danno degli eredi in ragione di un prelievo del cointestatario o del procuratore avvenuto molto prima, ma che dire di un correntista (o di un rappresentato nel nostro caso) che si vede opporre l'irrecuperabilità di quanto prelevato dal cointestatario (o dal procuratore) in ragione della definitività della reclamata donazione in forza di *animus donandi* a suo tempo verificatosi (prescindiamo ovviamente dalle ipotesi di tolleranza e rinuncia)? Due pesi e due misure non sono possibili. Certo è possibile immaginare una donazione indiretta in cui si prevedano clausole che in qualche modo facciano venir meno l'esito del negozio a tutela del donante ⁽¹⁶⁾, ma ciò non farebbe, a mio parere, che aggravare il problema, demandando a mezzi informali, necessariamente labili, come testimonianze e presunzioni, la

definizione del caso concreto ⁽¹⁷⁾. Del resto una eventuale risolvibilità della liberalità nel nostro caso sarebbe patentemente contraddittoria con l'uso del mandato quale mezzo utilizzato in chiave di donazione indiretta, poiché la dottrina, in particolare, ne ha sottolineato, in questo caso, la naturale irrevocabilità che nel caso di specie non esisteva ⁽¹⁸⁾.

L'indirizzo che si è esposto rappresenta, a mio parere, un episodio del presente momento storico dove si realizza una generale confusione dogmatica in merito a concetti sino a vent'anni fa solidi e sicuri; si inserisce, cioè, in un momento storico che vede la crisi della causa contrattuale (notoriamente nel caso di specie secondo l'indirizzo gorliano la forma è sostitutiva della causa) e nel contempo l'ascesa del concetto di "giustizia contrattuale" che, nel caso di specie, è una forma di soccorso a tutela di interessi minuti o di una forma enfatica di solidarietà ⁽¹⁹⁾. Parrebbe un trend innocuo, ma i casi che ho portato all'attenzione dimostrano, invece, che l'abbandono di una sponda dogmatica sicura può generare gravi pericoli e anche di natura inflattiva.

Giorgio Baralis

- 1) III sez. civile, 5 aprile 2012, inedita
- 2) Cass.14.1.2010, n.468, in Giust.civ., I, 2011, p.527. Nel commento della massima si legge che non si è ravvisata una donazione indiretta nella fattispecie, pur figurando in delega la dispensa dall'obbligo di rendiconto, perché le gravi condizioni di salute del delegante rendevano "evidente" che il fine della delega era collegato alla difficoltà materiale di operare sul conto. E' in sintonia con la pronuncia altra sentenza della Suprema Corte - Cass.4.5.2012, n.6784 -, anche se la massima sembra ispirata a maggior prudenza, laddove si afferma che la cointestazione di un libretto può avere natura liberale quando si dimostri che la cointestazione *non aveva altro scopo* - corsivo nostro - che quello di liberalità
- 3) ALCARO, Le donazioni indirette, in Vita not., 2001, p.1064, ma v. pure p.1069
- 4) MUSTO, Il conto corrente cointestato: da fattispecie "tipica" a "tipologia" di liberalità non donativa?, in N.G.C.C., 2012, II, p.552
- 5) Diverso significato in CASULLI, Donazione, in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964, p.990
- 6) TORRENTE, La donazione, in Tratt. di dir.civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p.39
- 7) cfr. LUMINOSO, Mandato, in Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, p.102-105
- 8) Esemplarmente BIONDI, Donazioni, in Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da Vassalli, Torino, 1961, p. 1040
- 9) Cfr. per tutti GAZZONI, Manuale di dir. priv., Napoli, 2001, p.535, TORRENTE, op.cit., p.63
- 10) Nel senso di una ampia estensione, e proprio per l'applicazione dell'art.778 c.c., con ampie citazioni, Carnevali, Le donazioni, in Tratt. di dir. priv. diretto da Rescigno, Torino, 1982, 6, II, p.534, *contra*, però, e proprio per il mandato sulla scia di Cass.1992/12181, Gazzoni, Manuale cit., p.535, TORRENTE - SCHLESINGER, Manuale di dir. priv., Milano, 2007, p.1267 per i quali il richiamo opera solo ex art.555, 737, 809 e cioè per revocazione, riduzione, collazione. A mio parere questa tesi severa è basata su un "*a contrario*" difficilmente accettabile, v. bene CAREDDA, Le liberalità diverse dalla donazione, Milano, 1996, p.246-250
- 11) Cfr., con ampi sviluppi, GATT, La liberalità, I, Torino, 2002, p. 108-109
- 12) Mi riferisco a Cass.1999/3499 seguita da Cass.12.11.2008, n.26983, ma *contra* Trib. Mondovì 15.2.2010, in Giur.merito, 2010, p.1782

- 13)** Cfr. bene TORRENTE, op.cit., p.65-66
- 14)** V. anche importanti riferimenti dottrinali in GATT., op.cit., p.122
- 15)** V. infatti l'utilizzo di questo principio in Trib. Monza 25.1.2001, in N.G.C.C, 2002, I, p.46
- 16)** Dalla clausola "*si praemioriar*" ad altre possibili clausole, v. un quadro più o meno esaustivo in MUSTO, Il conto corrente cit., p.559 e ss. Senza contare il pericolo di una clausola che suoni come *donatio mortis causa*, come già paventava NICOLO', Disposizioni, di beni *mortis causa* in forma "indiretta", in Riv. not. 1967, p.644.
- 17)** Senza contare la possibilità di una volontà nel senso del testo che poi si smentisca e successivamente torni sui suoi passi...
- 18)** Cfr. PALAZZO, Atti gratuiti e donazioni, in Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco, Torino, 2000, p.362-365
- 19)** Con grande acutezza BRECCIA - Morte e resurrezione della causa. La tutela, in AA. VV. Il contratto e le tutele, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p.251 - scrive che "in coincidenza con la morte della causa è, paradossalmente, tornato di attualità il problema della giustizia contrattuale di cui era stata da tempo sancita la tautologica inanità".

(Riproduzione riservata)