

GIUSEPPE AMADIO
Prof. ord. dell'Università di Padova

ATTRIBUZIONI LIBERALI
E « RIQUALIFICAZIONE DELLA CAUSA » (*)

SOMMARIO: 1. I termini del confronto. — 2. L'attribuzione liberale: problemi e fonti. — 3. La liberalità come causa negoziale: la difficile individuazione dell'« intento liberale ». — 4. La liberalità come effetto: il problema dell'arricchimento. — 5. *Segue*: l'arricchimento come elemento non essenziale alla configurazione della liberalità. — 6. *Segue*: l'arricchimento come elemento non sufficiente al riconoscimento della liberalità. — 7. Liberalità e interesse non patrimoniale del disponente. — 8. La riqualificazione negoziale: premessa. — 9. Primo caso: il recupero delle donazioni pregresse alla disciplina del patto di famiglia. — 10. Secondo caso: la c.d. « novazione » della donazione in compravendita. — 11. Conclusioni.

1. — Non è difficile intuire quali e quanto ardui siano i problemi, che l'indagine si propone di affrontare. Basta, a rivelarlo, l'endiadi suggerita dal titolo, che mette a confronto il tema dell'attribuzione liberale, e in particolare della causa di essa, da un lato, e il problema della c.d. « riqualificazione » negoziale, dall'altro. Cioè un incrocio tra due prospettive di analisi, che si rivelano già in sé, anche partitamente considerate, di estrema difficoltà.

La prima (la causa della liberalità), in quanto le aporie e i contrasti che segnano la vicenda teorica generale della causa del contratto paiono a dirittura aggravarsi, con specifico riguardo all'ambito tematico della donazione: la cui storia dottrinale e giurisprudenziale segue una parabola peculiare, in cui la ricerca di una definizione si rivela tanto difficile, da legittimare, e non una sola volta, soluzioni agnostiche o radicalmente negatrici.

La seconda (la riqualificazione del negozio) per l'impossibilità di ricondurre le voci della dottrina a un sistema di concetti e prima ancora, come vedremo, di riferimenti lessicali anche solo minimamente condivisi.

L'intento ultimo di queste note consiste nel verificare la fondatezza e il reale significato dell'ipotesi evocata dalla formula della « riqualificazione causale della donazione »: problema affrontato, in tempi recenti, soprattutto in ambito notarile, con precise finalità pratiche, connesse ai problemi circolatori che le provenienze donative (o liberali in senso ampio) suscitano. Proprio per questo, la verifica verrà condotta, nella parte conclusiva dell'indagine, con specifico riguardo a due fattispecie concrete, in relazione alle quali è stato posto il problema:

(*) In onore di Antonino Cataudella.

— la prima (cui fornisce occasione una — forse la più discussa — delle recenti novelle al codice), ha ad oggetto il possibile *recupero delle donazioni pregresse* alla disciplina del patto di famiglia, recupero più volte descritto appunto in termini di riqualificazione causale;

— la seconda (di matrice invece esclusivamente dottrinale), ha riguardo alla possibilità di sostituire la causa dell'attribuzione donativa già realizzata, con una causa di scambio, operazione definita in termini di *novazione del contratto* (o della sua causa).

Per dare, tuttavia, alla verifica sufficiente fondamento teorico, la prima parte dell'analisi tenterà comunque di porre talune premesse di ordine costruttivo: ripercorrendo, da un lato, la storia delle dottrine in tema di attribuzione liberale (e di causa di essa), e dando conto, dall'altro, della confusione delle lingue che affligge il tema della c.d. « riqualificazione negoziale ».

2. — Il tema dell'attribuzione liberale mette l'interprete a confronto con almeno due ordini di difficoltà.

a) — Il primo deriva dalla relativa indeterminatezza (e, talora, contraddittorietà) delle formule ricavabili dal dato normativo, la quale trascorre, inevitabilmente, nell'elaborazione teorica e nelle applicazioni giurisprudenziali.

Anche a restringere l'individuazione delle fonti al dato codicistico, la qualifica « liberalità » risulta, espressamente o in modo implicito, riferita ad atti tra loro inassimilabili: la donazione formale (art. 769, c.c.); la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione (che è anch'essa « donazione », *ex art. 770, comma 1°, c.c.*); le liberalità compiute in conformità agli usi o in occasione di servizi resi (che invece, a norma dell'art. 770, comma 2°, c.c., « non costituiscono donazione »); gli atti diversi dalla donazione dai quali (recita l'art. 809, comma 1°) la liberalità « risulta »; le assegnazioni o spese in favore dei discendenti, effettuate a causa di matrimonio, di avvio a una professione, per pagamento di debiti o premi assicurativi (che l'art. 741, c.c., espressamente assoggetta a collazione); le spese a favore dei discendenti per mantenimento educazione malattie, abbigliamento e nozze (escluse viceversa dalla collazione *ex art. 742, comma 1°, c.c.*), nonché quelle per istruzione professionale o per corredo nuziale (sottratte solo se e in quanto non eccedenti la misura ordinaria, *ex art. 742, comma 2°, c.c.*).

Infine, nella norma di chiusura del sistema, si delinea la categoria (del tutto indeterminata) degli « atti diversi dalla donazione », dai quali (recita l'art. 809, comma 1°) la liberalità « risulta » ⁽¹⁾.

A questo punto, più radicalmente, la stessa regola d'uso del termine, da parte del codificatore, rischia di apparire incerta, se è vero che la predicazione

⁽¹⁾ Elencazione analoga si ritrova in A. CHECCHINI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990, *ad vocem*, p. 1, alla cui impostazione la parte generale del presente studio si mantiene strettamente fedele.

in termini di « liberalità » si trova, di volta in volta, riferita: all'*atto* (così, ad es., nella rubrica dell'art. 809, c.c.); al *risultato* di esso (come rivela il comma 1° della stessa norma); o ad un elemento latamente soggettivo, in ragione del quale l'atto è compiuto (lo *spirito*, di cui è parola nella norma definitoria della donazione contrattuale) ⁽²⁾.

b) — Il secondo ordine di difficoltà, che l'analisi incontra, discende da quello che potremmo definire come un atteggiamento culturale, da sempre riservato dalla dottrina civilistica (e in particolare dalla teoria del contratto) all'idea stessa di attribuzione liberale.

Opera, in tal senso (forse inavvertitamente), una sorta di riserva mentale in ordine alla riconduzione del fenomeno all'area della contrattualità: quasi che il paradigma del « dono » risulti estraneo alla razionalità insita nell'agire dell'*homo oeconomicus*, e agli strumenti di circolazione giuridica della ricchezza, tipicamente assorbiti nello schema dello scambio ⁽³⁾.

Non a caso, la storia delle dottrine e ancor più quella delle codificazioni civili, rivela la ricorrente tendenza ad accostare donazione e testamento: così è per il *Code civil*, che affianca, all'interno di un titolo unitario, la disciplina generale della « *donation entre vifs* » e del « *testament* », come modi di disposizione dei diritti a titolo gratuito; così è, ancora, per il Codice civile del 1865, che mantiene, sia sul piano della collocazione topografica, sia sul piano definitorio (*ex art. 1050*, la donazione è « atto » e non contratto) la distanza tra donazione e categoria contrattuale. Distanza che il codificatore del 1942 colmerà nella descrizione della fattispecie, che l'art. 769 costruisce esplicitamente come « contratto », ma manterrà viceversa nella scelta della *sedes materiae*.

La complessità delle fonti incide, significativamente, sull'elaborazione della categoria degli atti di liberalità. A ciò contribuisce una duplice singolarità, che contraddistingue il sottosistema normativo recante la disciplina della

⁽²⁾ Discorso a parte (che può aprirsi, per altro, solo per concludersi immediatamente) meriterebbe poi la qualifica di « liberalità » o di « atti a causa liberale », usualmente riservata, non dal legislatore, ma dalla dottrina, alle disposizioni *mortis causa*. Accostamento che per molti versi risulta plausibile (basti pensare alla serie di profili di disciplina che le accomuna, dalla speciale rilevanza del motivo erroneo o illecito, all'apponibilità di un *modus*, dall'ammissibilità di una conferma o esecuzione della disposizione nulla, alla riducibilità per lesione di legittima, sino alla comune considerazione che il legislatore tributario sempre riserva ai due tipi di disposizioni, attraverso la configurazione dell'imposta sulle « successioni e donazioni »), ma che non sembra comunque idoneo alla costruzione di una categoria unitaria, specie se fondata sulla considerazione del profilo causale (come diremo in appresso).

⁽³⁾ Osservazioni in tal senso in G. CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, Torino 2001, p. 2. La più celebre epifania costruttiva di tale atteggiamento è rappresentata dalla tesi anticausalista, proposta in origine da G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, I, Lineamenti generali*, Milano 1954, p. 81 ss.

donazione ⁽⁴⁾: da un lato, talune delle regole che la compongono non si applicano, per espressa previsione di legge, ad atti che pure sembrano riprodurne fedelmente la struttura, come le liberalità d'uso (*ex artt. 770, 742, cpv.*), e, almeno in parte, le donazioni remuneratorie e obnuziali (art. 805, comma 3°); dall'altro lato, altre tra quelle regole sono invece dichiarate applicabili anche ad atti strutturalmente diversi dalla donazione (come accade per la categoria delle liberalità atipiche, di cui all'art. 809).

Ciò ha favorito equivoci e duplicazioni, conducendo tra l'altro all'elaborazione di due nozioni diverse di « liberalità non donativa ». Ma soprattutto, e più radicalmente, ha ispirato due diversi significati della liberalità *tout court*, corrispondenti a due distinti ambiti di riferimento: quello (dell'atto, e più in particolare) della *causa* dell'atto negoziale, da un lato, quello dell'*effetto* giuridico (se non a dirittura del risultato economico) di esso, dall'altro.

Si assegna, in tal modo, virtù distintiva del fenomeno liberalità complessivamente inteso, all'uno o all'altro dei due elementi che, nella definizione normativa, sembrano comporre la fattispecie della donazione tipica: rispettivamente, lo « spirito di liberalità » e l'« arricchimento » del donatario.

Di ciascuno di essi dovremo occuparci, al fine di porre le premesse per l'individuazione del concetto.

3. — L'idea della liberalità come *causa negoziale*, nella sua prima versione moderna (la seconda e più recente costituirà l'approdo ultimo del nostro percorso ricostruttivo) ⁽⁵⁾ nasce sessant'anni fa con lo studio dedicato da Giorgio Oppo ad *Adempimento e liberalità*, in cui l'« intento liberale », posto a fondamento del contratto di donazione, viene qualificato come causa giuridica comune a tutti gli atti di liberalità ⁽⁶⁾. Ciò consente, a quella stessa tesi, di ricomprendere nella categoria atti che espressamente la legge afferma « non costituire donazione », come avviene per le liberalità d'uso (e in parte per le donazioni remuneratorie e obnuziali); e di identificare, in queste, la *species* « liberalità non donative », cui talune norme si applicano, in ragione della comune natura, altre invece non si estendono, per la diversità di effetti economici (intesa come minor pregiudizio) che ne deriva.

L'idea di una causa comune a diversi schemi negoziali tipici trascorre nel pensiero successivo e sfocia nella ricorrente affermazione giurisprudenziale, secondo cui « la causa o funzione economico-sociale della liberalità d'uso non è dissimile da quella del negozio di liberalità in senso ampio », rilevando in tal modo gli usi come semplici motivi ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Lo rileva A. CHECCHINI, voce *Liberalità (atti di)*, cit., p. 1.

⁽⁵⁾ Si veda il successivo n. 7.

⁽⁶⁾ Il primo e più noto riferimento è al pensiero di G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano 1947, p. 76 ss.

⁽⁷⁾ Il filone giurisprudenziale è anch'esso consolidato da tempo: si veda per tutte, anche se non recente Cass. 3 giugno 1980, n. 3621, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2133 ss.

La liberalità viene definita espressamente come « funzione economico-sociale » di un insieme di figure negoziali: e l'identità di causa fornisce la *ratio* per individuarne la comune disciplina, che va dalle limitazioni di responsabilità per evizione e vizi della cosa donata (artt. 797 e 798), o per inadempimento (art. 789), alla nullità del mandato a donare (art. 778), dalla disciplina dell'errore sul motivo (art. 787), al divieto di fare donazioni in nome e per conto del soggetto incapace (art. 777).

La tesi, in apparenza comprensibile e lineare, dà luogo, in realtà, ad aporie e oscillazioni che conducono, a loro volta, a problemi d'ordine applicativo.

Già sul piano del contenuto, essa risulta sostanzialmente indefinita: non chiarendo in cosa consista questo « intento liberale », che evoca immediatamente la formula normativa dello « spirito di liberalità » (e/o quella dottrinale dell'*animus donandi*), e dunque riapre la serie infinita di problemi interpretativo-sistematici, che a quella formula storicamente si ricollegano.

Basti pensare che, di volta in volta, dell'*animus donandi*:

a) si è tentata una *lettura in senso strettamente soggettivo*, che finisce per identificarlo con il motivo che induce il donante a disporre⁽⁸⁾, ma della quale si è detto, giustamente, che condurrebbe ad elevare un elemento, di regola irrilevante, a costituente del tipo contrattuale⁽⁹⁾;

b) si è fornito un *concetto puramente negativo*, che lo identifica con la « mancanza di costrizioni »⁽¹⁰⁾, recuperando così, surrettiziamente, l'estremo della « spontaneità » richiesto dall'art. 1050 del codice civile abrogato, ma scomparso dalla norma attuale, e che, proprio perché connota l'essenza stessa dell'autonomia contrattuale (rispetto alla quale il vincolo a disporre non può che costituire eccezione), non può giudicarsi significativo ai fini dell'individuazione di un singolo tipo;

c) lo si è identificato con l'*intento di « arricchire »*, o di « effettuare un'attribuzione senza corrispettivo »⁽¹¹⁾, quasi una proiezione soggettiva dell'arricchimento cui si riferisce l'art. 769, c.c., dato inappagante, come vedre-

⁽⁸⁾ Si tratta, forse, della lettura più risalente; per tutti, si vedano le pagine classiche di F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, p. 135.

⁽⁹⁾ A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, V, Torino 2005, p. 10.

⁽¹⁰⁾ Tra i molti si confrontino: A.C. JEMOLO, *Lo « spirito di liberalità » (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino 1960, II, p. 977 ss.; V.R. CASULLI, voce *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 968; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1976, p. 25; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino 2000, p. 120 ss.

⁽¹¹⁾ Si vedano, in epoche diverse, F. MAROI, *Delle donazioni*, in *Codice civile. Commentario*, dir. da M. D'Amelio, Firenze 1941, p. 719; A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano 1942, p. 16 ss.; G. OPPO, *op. loc. ultt. citt.*; F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova 1996, p. 23 ss.; G. VECCHIO, *Le liberalità atipiche*, Torino 2000, p. 11.

mo, in quanto inidoneo a distinguere (ciò che più rileva ai fini del nostro discorso) contratti liberali e contratti gratuiti;

d) se ne è proposta a dirittura la *totale svalutazione*, in quanto, si afferma, l'intento liberale (o *animus donandi*) finirebbe col coincidere con la volontà di donare *tout court*, rappresentando in definitiva una « superfetazione rispetto al contratto di donazione »⁽¹²⁾, o una formula priva di significato⁽¹³⁾.

A tale indeterminazione, si aggiunga che la tesi della liberalità come causa negoziale risulta applicata, specie in giurisprudenza, in modo talvolta oscillante, talaltra contraddittorio: così quando si contrappongono causa liberale e causa onerosa, in quanto in tal modo si finisce per smarrire la distinzione tra liberalità e gratuità⁽¹⁴⁾; o quando si qualifica la donazione remuneratoria, ora come liberalità, ora come negozio oneroso, a seconda della prevalenza dell'*animus donandi* o dell'intento di remunerare⁽¹⁵⁾, smentendo così la qualificazione espressa della norma (di cui all'art. 770, comma 1°) e rischiando di confondere la causa intesa in senso oggettivo con il motivo finale; o, infine, quando si affronta il tema classico del *negotium mixtum cum donatione*, il più delle volte ricondotto alla categoria dell'onerosità, ma talora considerato a causa liberale (per altro sul presupposto, assai discutibile, che esso integri una donazione indiretta)⁽¹⁶⁾, o ancora caratterizzato dal concorso di una causa onerosa e di una gratuita⁽¹⁷⁾.

In conclusione: questa prima idea dell'intento liberale (o *animus donandi*), come causa caratterizzante una categoria ampia di figure negoziali, finisce col risultare o aspecifica (se lo si fa coincidere con la spontaneità dell'atto), o tautologica (laddove lo si identifica con la volontà di donare), o impropria (quando se ne fa un semplice motivo soggettivo).

In ogni caso, essa appare inappagante: sia perché, nel riferirsi a una categoria concettuale (come quella di causa del negozio) di altissimo livello di elaborazione, non si dà carico di giustificarne l'applicabilità alla fattispecie indagata (in parole più semplici, non spiega quale sia il contenuto specifico che consentirebbe allo spirito liberalità di assurgere a profilo causale); e poi perché, proprio con il riferimento al concetto di causa « del negozio » rischia di lasciare scoperta l'intera area fenomenologica corrispondente alle liberalità attuate mediante comportamenti non negoziali⁽¹⁸⁾.

(12) Così B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino 1961, pp. 98 e 101.

(13) M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, p. 236.

(14) Cass. 6 dicembre 1984, n. 6414.

(15) Cass. 17 marzo 1981, n. 1545.

(16) Cass. 27 febbraio 1986, n. 1266. Sulla distinzione tra *negotium mixtum* e donazione indiretta si veda, di recente, A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 60.

(17) Cass. 28 novembre 1988, n. 6411.

(18) Per una prima presa di contatto con tale area, si veda lo studio di V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino 1996, p. 195 ss.

4. — È semmai nel suo residuo significato, di intento « di arricchire » o di « effettuare un'attribuzione senza corrispettivo », che lo spirito di liberalità fornisce una traccia per valutare la seconda variante ricostruttiva della categoria: quella che concepisce la liberalità come *effetto*, o come risultato giuridico-economico degli atti ad essa riconducibili.

Il frammento normativo, da cui la tesi prende le mosse, è rappresentato dal riferimento esplicito presente nella definizione del tipo « donazione », laddove l'« arricchire » appare assunto come *risultato* raggiungibile attraverso il contratto (« *con il quale* », recita la norma, una parte arricchisce l'altra) e, più in particolare, come conseguenza della « disposizione del diritto » e/o dell'« assunzione dell'obbligazione ». Previsione del tutto inconsueta, in sede di individuazione del tipo, in quanto « estranea al contenuto » (inteso come sintesi delle prestazioni essenziali) e « costituita da un effetto economico del contratto stesso »⁽¹⁹⁾.

Attorno a questo dato finalistico, viene formandosi l'idea che la categoria della liberalità, intesa « in senso tecnico », altro non indichi se non l'effetto finale di una serie di atti che possono ad essa ricondursi, in quanto idonei a realizzare un oggettivo incremento del patrimonio del beneficiario⁽²⁰⁾. Lo confermerebbe (oltre alla sintassi dell'art. 769) la norma di chiusura del sistema: quell'art. 809, c.c., che dichiara applicabili le norme sulla revocazione per ingratitudine e sopravvenienza di figli, e quelle in tema di riduzione per lesione di legittima, alle liberalità che « *risultano* da atti diversi » dalla donazione (torna, di nuovo, l'idea della liberalità come risultato del compimento di un atto).

L'utilità pratica del concetto (liberalità come « risultato ») consisterebbe nel fornire l'indice di riconoscimento di una disciplina uniforme, applicabile in ragione dell'effetto economico, e indipendentemente dallo strumento giuridico utilizzato per conseguirlo: un complesso quindi di norme « materiali » ricomprendente, oltre a revocazione e riduzione, la collazione, l'imputazione *ex se*, l'obbligazione alimentare a carico del donatario (art. 437), l'incapacità di ricevere (*ex art.* 779) e il divieto di disporre per conto dell'incapace (di cui all'art. 777)⁽²¹⁾.

In questa più vasta accezione, la categoria delle liberalità non donative ricomprenderà tutti i negozi-mezzo (abbiano essi struttura onerosa, o anche corrispettiva, bilaterale o unilaterale), attraverso i quali raggiungere il risultato economico rilevante; salvo chiedersi quale rilievo residuo possa assumere la medesima disciplina, rispetto alle ulteriori fattispecie produttive di un arricchimento.

⁽¹⁹⁾ A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 6.

⁽²⁰⁾ Così U. CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, p. 215.

⁽²¹⁾ L'individuazione della « disciplina materiale » delle liberalità si ritrova già in L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova 1947, p. 132 ss. Cfr. sul tema A. CHECCHINI, *op. cit.*, p. 3.

chimento liberale (e dunque astrattamente rientranti nella categoria), ma consistenti in comportamenti non negoziali.

L'idea della liberalità-effetto, o risultato economico, solleva tuttavia un dubbio, il confronto col quale costituisce un passaggio decisivo della teoria della donazione: se è vero che la disciplina materiale delle liberalità si giustifica, in massima parte, in ragione dell'effetto economico, preso in considerazione o sotto il profilo dell'arricchimento del beneficiario⁽²²⁾, o sotto quello dell'impovertimento del disponente⁽²³⁾, ci si deve chiedere se l'arricchimento rappresenti un connotato costante della nozione di liberalità.

E se di esso, come generalmente accade, si assume il significato più ovvio di « incremento oggettivo del patrimonio del beneficiario », non v'è dubbio che esso si rivela, da un lato non essenziale, dall'altro non sufficiente a connotare la categoria.

5. — Il carattere *non essenziale* dell'arricchimento in senso economico risulta a chiare lettere dal capoverso dell'art. 793, in cui si prevede che, nella donazione modale, il valore della cosa donata possa essere interamente assorbito dall'adempimento dell'onere.

I tentativi di superare l'ostacolo costruttivo passano per due diverse vie: la prima assume che la norma avrebbe riguardo esclusivo all'ipotesi in cui l'arricchimento, pur presente al momento della donazione, venga meno successivamente per effetto di un incremento di valore della prestazione modale⁽²⁴⁾; la seconda configura la donazione modale come tipo contrattuale a sé stante (diverso dalla donazione pura)⁽²⁵⁾. Né l'una né l'altra osservazione colgono nel segno: non la prima, in quanto contraria al tenore testuale della norma, e comunque irrilevante, in quanto in ogni caso anche il venir meno successivo dell'arricchimento ne dimostrerebbe il carattere non essenziale ai fini della configurazione del tipo; ma neppure la seconda, che finisce per affermare surrettiziamente una diversità tipologica (tra donazione pura e donazione modale), che nessuna delle norme dedicate alla donazione *cum onere* sembra in grado di rivelare.

Ulteriore conferma della non essenzialità dell'arricchimento si trae, poi, da quelle ipotesi in cui l'oggetto donato abbia un valore morale, storico o affettivo, più che patrimoniale (come nella donazione di lettere o ricordi di famiglia).

La prima conclusione, cui giunge la dottrina più recente (e che ormai

⁽²²⁾ Così è, ad es., per la previsione dell'obbligo alimentare a carico del donatario, o per la collazione.

⁽²³⁾ Come avviene nelle norme che assoggettano a riduzione le liberalità che diminuiscono il patrimonio del disponente oltre il limite della disponibile.

⁽²⁴⁾ L. Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano 1942, p. 353 ss.; E. Tilocca, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 66; O.T. Scozzafava, *La funzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temì*, 1978, p. 135.

⁽²⁵⁾ C. Grassetti, *Donazione modale e fiduciaria*, Milano 1941, p. 9 ss.

non è più realistico definire minoritaria), è che l'arricchimento, inteso come incremento patrimoniale oggettivo, rappresenti nulla più che un *naturale negotii*, come tale idoneo a fornire l'indice di riconoscimento della categoria « liberalità »⁽²⁶⁾.

Con l'unica conseguenza che, in mancanza di esso, non potrà trovare applicazione quella parte della disciplina materiale fondata sull'arricchimento, ma non verrà meno la qualifica di liberalità e l'applicabilità delle norme residue, facenti parte della medesima disciplina. Per tornare all'esempio, appena prospettato, della donazione avente a oggetto ricordi di famiglia, se sarà difficile che essa possa dar luogo all'obbligazione alimentare del donatario, o che possa essere soggetta a riduzione e collazione, non sembra possibile escludere la persistente operatività, ad esempio, del divieto di donare per conto dell'incapace, o dell'incapacità di ricevere del tutore, o ancora della revoca per ingratitude o per sopravvenienza di figli⁽²⁷⁾.

6. — Nella stessa direzione, il passo ulteriore consiste nel riconoscere che l'arricchimento medesimo, oltre che non essenziale, risulta anche *insufficiente* a connotare la categoria delle liberalità.

Lo dimostrano due rilievi, l'uno d'ordine testuale, l'altro deducibile dal sistema.

a) L'argomento testuale è fornito, una volta ancora, dalla norma definitoria dell'art. 769, a' sensi del quale la donazione è il contratto con cui una parte arricchisce l'altra, disponendo di un diritto o assumendo un'obbligazione, « per spirito di liberalità ».

Già il primo riscontro rende evidente che la struttura lessicale della norma si articola in una triplice distinta enunciazione, riferibile rispettivamente: ad un risultato economico (l'arricchimento), ad uno strumento giuridico (la disposizione di un diritto o l'assunzione di un'obbligazione) e ad un fine, o intento (lo spirito di liberalità), che giustifica l'impiego dello strumento in vista del raggiungimento del risultato. Donazione, dunque, non è il contratto che arricchisce *tout court*, ma quello che arricchisce « per spirito di liberalità »: e non a caso, anche chi costruisce la liberalità come « un effetto economico (...)

⁽²⁶⁾ E certamente non può ritenersi opinione minoritaria, se si tien conto che (pur se in tempi assai diversi) hanno negato che l'arricchimento possa dirsi carattere costante e distintivo della donazione: G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino 1942, p. 136 ss.; G.B. FUNAIOLI, *La donazione*, Pisa 1951, p. 127 ss.; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano 1970, p. 110 ss.; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano 1976, pp. 52 ss. e 67 ss.; G. BISCONTINI, *Onerosità corrispettività e qualificazione dei contratti — Il problema della donazione mista*, Napoli 1984, p. 51 ss.; G. MIRABELLI, *Dialoghi in tema di liberalità*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano 1994, III, p. 1952; A. CHECCHINI, voce *Liberalità (atti di)*, cit., p. 3 s.

⁽²⁷⁾ L'esempio è di A. CHECCHINI, *op. loc. ultt. citt.*

e non invece come una causa » è poi costretto a riconoscere che tale effetto rivela in quanto « vivificato dall'*animus donandi* » ⁽²⁸⁾.

b) La conferma può trarsi, sul piano logico-sistematico, mettendo a confronto la struttura dell'attribuzione liberale con quella derivante dall'atto gratuito.

Qui, a dire il vero, il discorso rischia di complicarsi, posto che la stessa definizione concettuale di categorie quali la gratuità e l'onerosità non ha ancora trovato, nell'elaborazione civilistica, un sistema comune di riferimenti. Limitando i rilievi a quanto strettamente indispensabile per il nostro tema, si può per altro ritenere sufficientemente condivisa l'idea:

— che « gratuito » sia l'atto il quale comporta sacrifici economici a carico di una sola parte;

— che, viceversa, « oneroso » sia l'atto che comporta sacrifici economici a carico di entrambe le parti.

Se ciò è vero (e l'analisi viene trasferita sul piano dei negozi realizzativi di un'attribuzione patrimoniale), ne discende che l'attribuzione gratuita, in quanto derivante da un atto che, per definizione, comporta un sacrificio economico a carico del solo dante causa, non può che tradursi, per l'*accipiens*, in un arricchimento (sia pure latamente inteso come vantaggio patrimonialmente valutabile). Con la conseguenza che il profilo dell'arricchimento, in sé considerato, perde qualsiasi capacità distintiva del tipo « liberalità » rispetto alla categoria dell'atto gratuito non liberale ⁽²⁹⁾.

Gli esempi che possono addursi sono quasi di scuola: si pensi all'attribuzione effettuata a scopo promozionale indiretto (il c.d. mecenatismo o patrocinio, consistente in elargizioni volte alla promozione di opere artistiche e culturali, o della ricerca scientifica, poste in essere da imprese al fine di valorizzare la propria immagine), o all'attribuzione di premi a clienti dell'impresa a scopo di fidelizzazione; si pensi, ancora, al mutuo senza interessi, erogato da una banca in favore di una società interamente posseduta o controllata, o, più in generale, alle operazioni gratuite poste in essere dalle società nell'interesse del gruppo al quale appartengono; si pensi, infine, alle attribuzioni unilaterali esecutive di una precedente obbligazione di dare (il c.d. adempimento traslativo).

In nessuno di tali casi può negarsi la gratuità dell'atto e l'arricchimento che da esso deriva all'*accipiens*: ma a nessuno potrebbe mai sorgere il dubbio che le attribuzioni in parola siano state disposte dal *tradens* « per spirito di liberalità ».

In realtà, e il dibattito recente in tema di donazione lo ha ampiamente dimostrato, sino a che l'analisi venga mantenuta sul piano della struttura, intesa come insieme di effetti programmati e/o realizzati *ex contractu*, la possibi-

⁽²⁸⁾ Così CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, cit., p. 215 s.

⁽²⁹⁾ Per lo stesso rilievo, di recente, A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, cit., p. 13.

lità di distinguere l'arricchimento derivante da un atto a titolo gratuito da quello conseguente a una donazione è del tutto compromessa; come compromessa è la comprensione del reale contenuto della formula (la quale, intuitivamente, dovrebbe fornire l'elemento distintivo) dello « spirito di liberalità ». S'è detto, analizzando la definizione normativa della donazione, che in essa lo « spirito di liberalità » sembra venire in considerazione come un intento, un fine che qualifica la disposizione del diritto (o l'assunzione dell'obbligo) volta ad arricchire: non è difficile, allora, ricollocare la nozione nel suo esatto ambito, il quale non può che essere quello della funzione dell'atto di autonomia privata.

7. — Singolarmente, l'indagine sembra tornare a quell'idea della liberalità come causa negoziale, di cui s'è già esaminata la prima (e più risalente) variante ricostruttiva (quella, per intendersi, imperniata sulla formula dell'intento liberale, o dell'*animus donandi*).

Se ne era denunciata l'insufficienza, in quanto essa non dà conto di quale sia il contenuto specifico che consentirebbe allo spirito di liberalità di assurgere al ruolo di causa⁽³⁰⁾. Quel contenuto può ora recuperarsi, trasferendo l'analisi (secondo un monito illustre e risalente) dal piano dei concetti a quello degli interessi: e definendo con la dottrina più recente gli atti compiuti per spirito di liberalità come diretti, sì, ad attuare un'attribuzione senza corrispettivo, ma « allo scopo di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente »⁽³¹⁾.

L'interesse specifico perseguito dall'autore della liberalità potrà essere vario (la beneficenza, il riconoscimento di meriti, la conservazione della memoria familiare, l'affetto amicale, e via discorrendo) purché esso resti un interesse *non economico*. Interesse che, in quanto « oggettivato » nell'accordo (o comunque obiettivamente percepibile dal complessivo comportamento contrattuale delle parti), trascende la sfera dei motivi individuali per caratterizzare la causa concreta dell'operazione negoziale. Ciò non significa che esso debba divenire comune ai contraenti, cioè essere dagli stessi « condiviso » (basta pensare che l'interesse del beneficiario dell'attribuzione liberale sarà normalmente un interesse di natura economica): ma sta a indicare piuttosto che le parti si prospettano e convengono che gli effetti propri dell'atto (disposizione del diritto o assunzione dell'obbligo senza corrispettivo), e il risultato eco-

⁽³⁰⁾ Cfr., *supra*, il n. 3 in fine.

⁽³¹⁾ Si tratta della felice intuizione di A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in questa *Rivista*, 1976, I, p. 262 ss., poi ripresa da C. MANZINI, « Spirito di liberalità » e controllo sull'esistenza della « causa donandi », in *Contratto e impr.*, 1985, p. 419 ss., e in seguito sviluppata ulteriormente dal suo autore in A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in questa *Rivista*, 1991, I, 229 ss.; nello stesso senso, tra i più recenti, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale — ai limiti della donazione*, Milano 2002, p. 149; L. PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Milano 2004; A. CATADELLA, *op. cit.*, p. 19 s.

nomico dello stesso (l'arricchimento del beneficiario) realizzino (e siano perciò causalmente fondati su) un interesse non patrimoniale del disponente.

Si compie in tal modo la parabola teorica dedicata all'intento liberale, che dalla figura antica dell'*animus donandi* (come atteggiamento della volontà), attraverso lo spirito di liberalità (pensato come motivo dell'atto) conduce infine all'interesse a donare.

La prospettiva dell'interesse perseguito consente quel duplice regolamento di confini della categoria della liberalità, che ne individua, per così dire, i due archi di orizzonte.

a) Da un lato, essa coglie la distinzione tra *liberalità* ed *atti gratuiti* non liberali, in ragione della natura economica dell'interesse che nei secondi sorregge l'attribuzione senza corrispettivo.

Si sono già ricordati i casi del mecenatismo, dei premi alla clientela, delle operazioni gratuite, poste in essere dalle società in favore del gruppo al quale appartengono: tutte ipotesi cui la giurisprudenza nega natura liberale, in base alla presenza di un interesse economico⁽³²⁾. Per la stessa ragione, quella qualifica viene esclusa negli atti di adempimento traslativo, effettuati *solvendi causa*, o nelle attribuzioni sorrette da una causa di garanzia (si pensi all'ipoteca su beni personali concessa dal socio all'ente erogatore del finanziamento in favore della società)⁽³³⁾.

Questione più delicata è quella relativa alla possibilità di riconoscere, nei contratti gratuiti (sia tipici, sia, per chi li ammetta, atipici), il profilo dell'arricchimento: si afferma, così, che fattispecie tipiche, quali il comodato, il mandato il trasporto e il deposito gratuiti, la prestazione d'opera gratuita, la fideiussione gratuita, il mutuo senza interessi, non sarebbero idonee a procurare, al beneficiario della prestazione, un arricchimento corrispondente a un simmetrico depauperamento patrimoniale dell'autore di essa⁽³⁴⁾.

Qui, a dire il vero, sembra opportuno distinguere. È fuor di dubbio che, inteso in senso lato, l'arricchimento può ricomprendere, oltre all'incremento oggettivo del patrimonio, anche il mancato decremento di esso, discendente da un risparmio di spesa (come quello realizzato, attraverso la mancata corresponsione di un compenso, dal comodatario, dal trasportato, dal depositante, dal creditore garantito, dal mutuatario, e da colui che riceve la prestazione d'opera); in questo senso, l'opinione tradizionale che esclude dallo schema donativo i contratti gratuiti tipici (tanto se la gratuità sia essenziale, quanto se sia pattuita dalle parti) per mancanza di arricchimento non risulta, sul pia-

⁽³²⁾ Dopo Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in *R. d. comm.*, 1978, II, p. 220, con nota di G. FERRELL, vanno ricordate, in tempi più recenti, Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *F. it.*, 1996, I, c. 1222, con nota di G. LA ROCCA; Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3095; Cass. 24 febbraio 2004, n. 3615, in *Rep. F. it.*, voce *Fallimento*, 1159, n. 390.

⁽³³⁾ Fattispecie analoga è quella decisa da Cass. 26 agosto 1998, n. 8472, in *Notariato*, 1999, p. 7 ss., con nota di F. TASSINARI.

⁽³⁴⁾ Si rivedano le pagine di U. CARNEVALI, voce *Liberalità (atti di)*, cit., p. 217.

no della logica sostanziale (*id est*: del civilista), adeguatamente argomentata. Vero è, piuttosto, che di fronte a uno schema legale tipico, la qualifica donativa non potrebbe discendere che dal riconoscimento, di un risultato economico conseguito indirettamente attraverso quello schema e supportato dalla presenza dell'interesse non patrimoniale del disponente: e dunque, solo nei termini del riconoscimento di una liberalità indiretta (che, infatti, parte della dottrina più recente non esclude). Ed è ovvio, poi, (come si è già rilevato) che anche in questo caso resterebbe inoperante quella parte della disciplina materiale delle liberalità che presuppone l'esistenza di un incremento patrimoniale « recuperabile » al patrimonio del disponente o dei suoi eredi.

b) Dall'altro lato, il criterio dell'interesse non economico fornisce il reale criterio distintivo e l'indice di riconoscimento delle liberalità non donative, ovvero di quegli schemi negoziali che, pur se strutturati secondo moduli onerosi, oppure causalmente neutri, possono ricondursi alla categoria in quanto volti a procurare un vantaggio all'*accipiens*, esclusivamente in vista della soddisfazione di un interesse non patrimoniale del *tradens*.

Ci si può chiedere, a chiusura della ricostruzione teorica, quale rapporto intercorra tra tale interesse e il profilo causale: l'interrogativo si giustifica alla luce dell'idea assai nota (e che ha costituito, a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, uno degli esiti più rilevanti della revisione critica del tema), la quale identifica la causa concreta dell'operazione economica direttamente con l'insieme degli interessi regolati. Così che, individuato nell'interesse non patrimoniale del disponente il tratto caratterizzante la categoria della liberalità nel suo insieme, parebbe gioco forza riconoscere, tanto alla donazione tipica, quanto alle liberalità non donative, un'unica medesima causa.

L'*impasse* si supera utilizzando il risultato ulteriore, cui la rielaborazione dottrinale del concetto di causa ha condotto (siamo ormai nell'ultimo decennio del secolo scorso), e che la costruisce in termini relazionali, ovvero sia come rapporto fra gli interessi regolati e le strutture negoziali utilizzate per realizzarli⁽³⁵⁾: diviene possibile, allora, a fronte dell'identica natura (non economica) dell'interesse perseguito dal disponente, segnare la differenza causale tra donazione tipica (che quell'interesse realizza mediante la diretta disposizione di un diritto o l'assunzione di un obbligo nei confronti del donatario) e liberalità non donative, che a tal fine impiegheranno strumenti precettivi (quelli che nel linguaggio dell'art. 809 diventano gli « at-

⁽³⁵⁾ Trova qui applicazione un canone euristico già in altra occasione, e ad altro fine, accolto ed illustrato, che proprio nel rapporto tra gli interessi perseguiti e le strutture precettive a tal fine predisposte, individua il concetto tecnico (e, vorremmo dire, la figura logica) di funzione. Sia consentito indicarne i luoghi, rinviando al nostro *La condizione di inadempiamento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova 1996, p. 11 s., nella nt. 23, nonché pp. 195 ss., 201 ss., 206 s.). Il criterio trova la sua prima compiuta formulazione teorica in CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, cit., p. 229 ss. (il quale raccoglie spunti presenti nel pensiero di Redenti, Scalisi e Cataudella, cit. nel primo dei luoghi sopra indicati).

ti ») diversi da quelle. Ferma restando, dunque, in entrambe le specie, l'inerenza, ma non la coincidenza dell'interesse rilevante rispetto al profilo causale dell'atto.

Ma soprattutto, e ciò costituisce l'indice massimamente rilevante per il prosieguo del nostro discorso, il riferimento alla non patrimonialità dell'interesse donativo delimita un ambito di esplicazione dell'autonomia privata *ontologicamente* contrapposto a quello dello scambio. Il che orienta intuitivamente a presumere, sino a prova contraria, la tendenziale « incomunicabilità » di quegli ambiti, e delle conseguenti qualificazioni.

8. — Quanto al secondo termine del nostro confronto, l'idea della riqualificazione del negozio (o della sua causa), esso rischia di sollevare problemi anche maggiori, in quanto, sul piano dogmatico, attrae fatalmente il discorso verso il « buco nero » rappresentato dal tema, di antica nobiltà, e affascinante nel suo nitore intellettuale, ma tuttora inestricabile, della *reiterazione negoziale*.

La formula si assume qui in senso lato (e forse non rigoroso) ⁽³⁶⁾, per indicare il fenomeno per cui gli autori di un atto di autonomia « ritornano » ⁽³⁷⁾ su di esso, con l'intento di dettare una nuova regolamentazione del medesimo rapporto.

Ebbene, imboccare il sentiero della rideterminazione negoziale (verso il quale l'idea di riqualificazione orienta) significa entrare in un labirinto.

Sia perché « sotto l'apparenza esteriore » della dichiarazione reiterativa ⁽³⁸⁾ si sono ricondotte figure inassimilabili, (dall'accertamento alla confessione, dalla ricognizione di diritti alla riproduzione documentale, dalla rinnovazione all'interpretazione autentica) ⁽³⁹⁾.

Sia perché il lessico delle classificazioni si traduce in una sorta di gioco di specchi, nel quale si sovrappongono *ripetizione, riproduzione, rinnovazione, ripetizione modificativa, modificazione pura, accertamento, rinnovazione accertativa*, e via discorrendo ⁽⁴⁰⁾.

Sia infine perché, assai spesso, al medesimo termine è attribuita una pluralità di significati: emblematico è il caso della rinnovazione che implica, a seconda delle opinioni, sostituzione del rapporto e conservazione della fonte ⁽⁴¹⁾,

⁽³⁶⁾ Si vedano le osservazioni iniziali di C. GRANELLI, voce *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, p. 1050.

⁽³⁷⁾ R. SCGNAMIGLIO, *Sulla rinnovazione del negozio giuridico*, in *G. compl. cass. civ.*, 1950, III, 449 s.

⁽³⁸⁾ C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 1051.

⁽³⁹⁾ Così già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, 2^a ed., rist., Torino 1960, p. 137 s.

⁽⁴⁰⁾ Altri rilievi in tal senso, oltre che in Granelli, si ritrovano in M. CASELLA, voce *Ripetizione del negozio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, *ad vocem*.

⁽⁴¹⁾ R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della notazione dell'obbligazione*, in *Ann. Messina*, VII, 1934-1935, p. 311 ss.

sostituzione della fonte e conservazione del rapporto ⁽⁴²⁾, sostituzione sia della fonte che del rapporto ⁽⁴³⁾.

Ai nostri fini, sarà sufficiente verificare, in ciascuno dei due casi assunti in apertura a oggetto di osservazione:

— quale sia l'effetto che la nuova determinazione d'autonomia si propone di conseguire;

— se tale effetto si traduca realmente in una riqualificazione (e/o) novazione della causa e, in tal caso, se tale esito sia compatibile con il sistema.

Anticipando qui, per maggior chiarezza gli esiti della verifica concreta, vedremo che tanto l'ammissibilità del primo caso (il recupero delle donazioni pregresse alla disciplina del patto di famiglia), quanto l'inammissibilità del secondo (novazione della donazione in compravendita), si fondano sulla circostanza che la c.d. « riqualificazione della causa » è ritenuta necessaria in quest'ultima ipotesi, mentre con la prima non ha nulla a che fare.

9. — Il primo caso, come già ricordato, si profila all'indomani della novella introduttiva del patto di famiglia ⁽⁴⁴⁾, e riguarda il recupero pattizio di donazioni (aventi a oggetto beni aziendali e/o partecipazioni societarie) stipulate anteriormente all'entrata in vigore della novella, al fine di riqualificarle negozialmente come patto di famiglia e attrarre, nella relativa disciplina, le attribuzioni con esse effettuate.

Di fronte alle sue prime enunciazioni, si sarebbe potuta sollevare più di una ragione di dubbio: ma dato che, come sempre accade, la soluzione di un problema giuridico dipende in massima parte dalla corretta prospettazione dei suoi termini, lo scetticismo nasceva dall'immagine, evocata in quelle prime prospettazioni, di una « *riqualificazione causale* » ⁽⁴⁵⁾.

Per questa ragione, qui si tenterà di accostare il problema, dimenticando i condizionamenti concettuali e « decostruendone », anziché sovrastrutturarne, la sostanza. Se ne propongono gli esiti, muovendo da un interrogativo ele-

⁽⁴²⁾ G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 847 ss. e specialm. a p. 858, ove ulteriori richiami.

⁽⁴³⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli 1975, p. 34 ss.

⁽⁴⁴⁾ Operata dalla l. 14 febbraio 2006, n. 55.

⁽⁴⁵⁾ La riqualificazione causale è figura emersa in più di un'occasione, nel corso dei dibattiti svoltosi nell'ambito delle prime iniziative convegnistiche sul tema (si vedano in proposito le prime tre giornate di studio organizzate dalla Fondazione italiana per il Notariato, i cui atti si leggono in *Patti di famiglia per l'impresa*, nei *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano 2006). Quanto alla bibliografia di riferimento in tema di patto di famiglia, essa risulta talmente vasta da rendere inutile, prima che impossibile, una sua ricognizione: chi volesse consultarne un catalogo aggiornato, lo troverà documentato, sin dalle prime note, nell'ultimo intervento monografico dedicato all'istituto, quello di F. VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Il Codice civile*, Commentario fond. da P. Schlesinger e dir. da F.D. Busnelli, Milano 2012, p. 4 ss., nt. da 1 a 13.

mentare. Qual è l'obiettivo dell'operazione di recupero realizzata attraverso il patto « postumo »?

Muovere dall'effetto attributivo, già prodottosi in forza della donazione pregressa, sul quale il patto non intende, né ha bisogno di incidere, per disapplicare, in forza dell'accordo liquidativo nuovo, la disciplina ordinaria delle liberalità: in particolare per farne venir meno la normale rilevanza successoria.

Già questa approssimata descrizione rivela l'equivoco insito nella formula della riqualificazione causale della donazione, che, comunque la si intenda, si rivela, o insufficiente, o inutile al risultato perseguito.

Insufficiente, se riferita alla *causa del contratto* di donazione, in quanto il mutamento della causa, quand'anche concettualmente ammissibile, è comunque, in sé, inidoneo a produrre modificazioni di disciplina, che richiedono un'ulteriore ed esplicita determinazione contrattuale.

Inutile, se riferita al profilo (di incerta legittimità scientifica, almeno all'interno di una vicenda di fonte negoziale) della c.d. *causa dell'attribuzione*, la ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale: che suggerirebbe la necessità di incidere proprio su (lla qualificazione di) quell'effetto (il trasferimento liberale) dalla cui conservazione, viceversa, si intende muovere.

Ma vi è un'altra e più profonda ragione, di ordine tecnico, che induce a liberarsi dell'idea della « riqualificazione » dell'atto pregresso. Il tentativo di riqualificare causalmente il regolamento deve, infatti, fare i conti con i limiti strutturali di disponibilità dell'effetto giuridico: se si volesse davvero far discendere la modificazione di regime dal mutamento della causa dell'atto (quindi di un suo costituente genetico), che comunque, come manifestazione di consenso, rimane quello originario, si ipotizzerebbe una *retroazione* della modifica, non solo (probabilmente) non voluta, ma ostacolata dalla sopravvenienza normativa, che impedisce in radice di ricondurre l'applicazione del regime *ex pacto* a un tempo ad essa anteriore.

In realtà, se si avesse la pazienza per un confronto analitico, (in questa sede precluso) ci si renderebbe subito conto che il nostro problema, con tutta l'area tematica della reiterazione negoziale ha ben poco a che fare:

— non, con la *ripetizione*, se intesa come reiterazione non modificativa, che allora a poco servirebbe;

— ma nemmeno con la *rinnovazione*, tanto se implicante l'estinzione (e sostituzione) della fonte regolativa originaria, risultato cui l'accordo liquidativo non aspira e che non è in grado di produrre, quanto se volta a collegare la nuova disciplina alla vecchia fonte, che a sua volta non avrebbe potuto, né può disporla ⁽⁴⁶⁾;

— e nemmeno, infine, con la *modificazione pura*, che postulerebbe l'unicità del tipo negoziale e l'identità soggettiva delle parti, che nel nostro caso sono escluse.

⁽⁴⁶⁾ Sulla rinnovazione, oltre agli aa. citt., restano fondamentali, pur se non recenti, le pagine di N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano 1970, spec. p. 143 ss.

Se ci si fa caso, l'incompatibilità concettuale rispetto a tutte quelle fattispecie risiede nella figura logica comune che le caratterizza: l'idea di una duplice regolamentazione incidente sul medesimo oggetto, inteso come *conflitto di interessi* da regolare, e (dunque) tra i medesimi soggetti che di quegli interessi sono portatori.

Al caso che ci occupa, tale figura logica è del tutto estranea.

La modificazione che s'intende apportare all'assetto d'interessi realizzato dalla donazione pregressa, risponde all'esigenza di regolare interessi *diversi* (oggettivamente e soggettivamente), potenzialmente interferenti con quell'assetto, e dei quali non sarebbe stato possibile disporre, in quanto irrilevanti (per valutazione normativa) al tempo della donazione. E ciò si realizza dettando una regola nuova (volta a risolvere l'interferenza), che ha fonte diversa (l'accordo liquidativo), diversi autori (gli altri legittimari), e contenuto ulteriore (la disciplina della liquidazione). Che assume, in termini figurati, più un ruolo *integrativo*, che direttamente sostitutivo della regola pregressa.

Questa rappresenta la prima, decisiva acquisizione, per ricostruire il reale contenuto dell'operazione di recupero. Il passo successivo consiste nell'individuare il punto di incidenza della regola nuova sull'assetto preesistente.

Esso non è, con tutta evidenza, l'effetto traslativo realizzato, che l'accordo successivo lungi dall'eliminare, addirittura presuppone⁽⁴⁷⁾. Obiettivo (e contenuto) della nuova regola è una disciplina della *rilevanza successoria* dell'attribuzione (leggi: sottrazione all'azione di riduzione) che, essa sì, va a sostituire quella discendente dalla donazione.

In linguaggio sostanzialista: la regola nuova non tocca l'effetto esaurito (quello attributivo) ma incide sugli effetti persistenti e su quelli futuri⁽⁴⁸⁾. In termini di realismo normativista: ciò che si disapplica è la disciplina della donazione nella successione futura; ciò che si applica è la disciplina della « successione anticipata », realizzata tramite il patto di famiglia.

Quali, allora, i possibili ostacoli?

Sul piano della *struttura*, non sembrano frapporsi difficoltà insormontabili. Ci si potrebbe chiedere se rilevi il fatto che l'attribuzione è già avvenuta: non tanto nella usuale prospettiva dell'esaurirsi dell'effetto, utilizzata in senso ostativo, come appena ricordato, nei confronti dei negozi eliminativi, quanto piuttosto prospettando il dubbio circa una *necessaria contestualità* tra attribuzione e accordo liquidativo.

Se si tiene presente la configurazione strutturale del patto, che rivela la sostanziale « neutralità » del momento attributivo, e la centralità, viceversa, del regolamento liquidativo, ne discende che una disarticolazione temporale

⁽⁴⁷⁾ Sarebbe interessante interrogarsi se la stessa qualificazione in termini di liberalità, in fondo, non ritorni e persista anche nel patto, al quale, ferme restando le specificità che lo distinguono dalla donazione, difficilmente può disconoscersi, almeno per quanto attiene all'attribuzione realizzata in favore del preferito, una causa liberale.

⁽⁴⁸⁾ E ciò esclude in radice la rilevanza dei noti problemi, sollevati dagli strumenti eliminativi (mutuo dissenso), quando incidenti su negozi ad effetti esauriti.

dell'operazione negoziale dovrebbe ritenersi possibile. Ma soprattutto (e questo è un dato di decisiva importanza) la contestualità, se non dell'atto, almeno del regolamento, viene comunque recuperata nell'accordo liquidativo posteriore, attraverso il suo primo necessario contenuto: la rideterminazione del valore dei beni attribuiti, che deve essere attualizzato al tempo del patto, per poter essere assunto a base della liquidazione.

Sul piano degli *interessi protetti*, il confronto tra vecchia e nuova disciplina va sottoposto alla verifica conclusiva. Essa si traduce, in positivo, nel controllo di ammissibilità e di efficacia della regola nuova; in negativo, dall'eventuale riscontro di intangibilità della vecchia.

L'ammissibilità dell'accordo liquidativo posteriore discende, *de plano* dal riconoscimento normativo del patto, e dall'attribuzione di rilevanza anticipata (e di negoziabilità) degli interessi successori collegati alle attribuzioni liberali. L'operazione di recupero troverà dunque il suo primo confine nei limiti del nuovo tipo legale, di cui l'accordo ulteriore dovrà rispettare tutti i requisiti ⁽⁴⁹⁾.

Quanto all'efficacia di tale regolamento integrativo, intesa come idoneità a disattivare la normale disciplina successoria delle liberalità, sostituendola con quella del patto, essa può predicarsi con sufficiente sicurezza, se è vero che quella disattivazione viene consentita dagli stessi soggetti (i legittimari non assegnatari), a tutela dei cui interessi la disciplina disattivata è predisposta.

In negativo, infine, l'intangibilità della vecchia regola può assumere rilievo, non tanto nel senso di una oggettiva immodificabilità *ex post* della disciplina successoria della donazione ⁽⁵⁰⁾; quanto, piuttosto, e questo è realmente il rilievo conclusivo, in relazione a tutte quelle situazioni soggettive discendenti da quella disciplina, che possano dirsi consolidate (nonché in rapporto a tutti i conflitti già sorti e non definiti) anteriormente all'operazione di recupero, e che risulterebbero incompatibili con la nuova disciplina. Si pensi, per fare un solo esempio, ad una domanda di revocazione della donazione pregressa per sopravvenienza di figli: dove è di tutta evidenza che, senza la previa definizione del conflitto, la mera modificazione del regime applicabile al rapporto potrebbe risultare preclusa.

10. — Proprio la riqualificazione causale è assunta, viceversa, a strumento realizzativo della seconda fattispecie, in precedenza evocata: denominata (dal suo ideatore) « novazione *contrattuale* della donazione » ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Per cui, banalmente, non sarebbe possibile richiamare la donazione per convenirne la sottrazione alla futura azione di riduzione, senza contestualmente stipulare l'accordo liquidativo.

⁽⁵⁰⁾ Segnali contrari provenivano già dal sistema previgente (basti, per tutti, la possibilità di una dispensa da collazione successiva all'atto).

⁽⁵¹⁾ Si fa riferimento a F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione*

Sul piano del metodo, l'ipotesi costruttiva viene formulata non come ricerca di uno strumento d'autonomia nuovo, ma come applicazione di una struttura già tipizzata dal legislatore, di cui per tanto dovrà valutarsi la compatibilità degli effetti con l'obiettivo perseguito.

La proposta consiste nell'estendere l'ambito applicativo della novazione dal rapporto obbligatorio, che ne costituisce oggetto nel tipo normativo, al contratto (o, più specificamente, alla causa di esso). L'idea di fondo è che, attraverso un accordo successivo, le parti di un contratto di donazione già stipulato ed eseguito possano sostituire la causa donativa originaria, con una causa di scambio (che nel modello proposto è quella della vendita).

Ciò, tuttavia, non passando attraverso un meccanismo estintivo-costitutivo, e dunque non facendo ricorso a una caducazione degli effetti della donazione (come sin dalle premesse la tesi in esame ha cura di chiarire, prendendo le distanze dall'impiego del mutuo dissenso), ma piuttosto « mantenendo » l'effetto attributivo, e rideterminandone la causa: come si evince dal passo in cui testualmente si afferma che il donatario « *conserverà* la titolarità dei diritti, non in base alla causa donativa, ma in base a quella della vendita » ⁽⁵²⁾.

A sostenere tale costruzione viene proposto un apparato argomentativo, in parte originale, in parte dedotto da dottrina e giurisprudenza preesistenti. Volendone dare una valutazione sintetica, potremmo dire che, nella sua parte originale, l'argomentazione tende a essere assertiva (e sostanzialmente apodittica); nella documentazione dell'esistente, risulta ellittica e parziale, finendo talora per travisare il senso degli argomenti addotti a sostegno.

Su un piano più generale, tutta la costruzione si fonda, come vedremo, su un impiego del tutto innovativo, se non eterodosso, delle categorie ordinanti: non solo con riguardo al mezzo tecnico utilizzato (la novazione, trasformata in una sorta di « animale mitologico », il cui corpo è rappresentato dall'obbligazione e la cui testa è costituita dal contratto), ma anche con riguardo a principi generali dell'ordinamento (quello consensualistico prima di tutti) e financo alle funzioni proprie dell'autonomia privata.

La prima argomentazione (quella asseritamente destinata a legittimare l'ampliamento dell'area applicativa della novazione) è racchiusa in una breve formula, nella quale, dopo averne ammesso l'espressa limitazione codicistica alla materia delle obbligazioni, si afferma che « *è sicuramente valida anche la novazione del contratto* » ⁽⁵³⁾.

L'asserzione viene corroborata, richiamando una cospicua giurisprudenza (valutata come « prevalente »), che proprio utilizzando la formula « *nova-*

dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio, in *Contratto e impr.*, 2007, p. 947. Vi è poi chi ha tentato di tradurre in una serie di clausole contrattuali la fattispecie in esame: cfr. G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, in *Notariato*, 2011, p. 646 ss.

⁽⁵²⁾ Così F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, cit., p. 950, corsivo aggiunto.

⁽⁵³⁾ F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, cit., p. 947.

zione del contratto » ne comproverebbe la legittimità. Tuttavia, se appena si oltrepassa il piano nominalistico, già la lettura delle massime rende avvertiti che la formula stessa (puntualmente svolta, nelle *rationes decidendi*, nei termini di novazione del rapporto contrattuale) è sempre riferita ad ipotesi di novazione di un *rapporto obbligatorio* nascente dal contratto; e pressoché sempre, comunque, a rapporti di durata (dalla locazione all'agenzia, dall'affitto al lavoro dipendente). A conferma che il « rapporto » novabile (anche se di fonte contrattuale) è sempre e solo quello obbligatorio, e che più in generale un meccanismo estintivo-costitutivo ha senso solo nei confronti di vicende non esaurite.

Sin qui le possibili critiche fondate sull'assenza o sull'insufficienza degli argomenti addotti; per altro, il limite maggiore della costruzione proposta risiede nell'impiego del tutto eterodosso delle categorie: che si traduce, dapprima, nella mancata individuazione del reale effetto dello strumento novativo, poi, nella messa in disparte di taluni principi generali (vorrei dire di talune strutture profonde) dell'ordinamento.

Con specifico riguardo alla novazione, se ne descrive l'effetto (in conformità all'*incipit* della definizione normativa, di cui all'art. 1230, c.c.) in termini di *sostituzione*: ma si ignora del tutto che tale sostituzione è descritta analiticamente, già nel prosieguo della norma, e in seguito da una costante e unanime elaborazione teorica, come sintesi di un effetto estintivo del rapporto originario e di un effetto costitutivo di un nuovo rapporto ⁽⁵⁴⁾.

Ma proprio questa ricostruzione della vicenda è espressamente esclusa dalla tesi in esame, la quale respinge la logica estintiva degli effetti, prendendo prima le distanze dall'idea del mutuo dissenso, e poi esplicitamente affermando che in forza del nuovo accordo il donatario non riceve una nuova titolarità, ma « conserva » quella preesistente, mutata solo nella sua causa giustificativa.

Il che equivale a ipotizzare una semplice *modificazione* del rapporto originario, che ne presuppone necessariamente la persistenza. Si tratterebbe, in altri termini, di un contratto meramente modificativo ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Ritengono che la novazione comporti sempre un effetto estintivo e non meramente modificativo della precedente obbligazione (a cui correlativamente consegue la costituzione di un nuovo rapporto): CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, I, p. 849; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, s.d. (ma 1949), p. 273 e p. 695 (il quale parla di « vicenda annientatrice del rapporto giuridico » con riferimento alla novazione); P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1975, p. 66 ss. (il quale afferma che « l'effetto novativo esprime una sintesi verbale dei due effetti (estinzione e costituzione) corrispettivi, logicamente contemporanei e coesenziali »); O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano 1968, p. 17 e 83 ss.; P. RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Nov. D.*, XI, Torino, 1968, p. 431 ss. Da ultimo, sulla novazione, cfr. A. ALAMANNI, *Della novazione*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, II, Padova 2013, p. 384 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, I, 1957, p. 847 ss.

Neppure così reinterpretata, tuttavia, la tesi risulta condivisibile.

In primo luogo, per la sovrapposizione di due tipi di efficacia, quella novativa e quella modificativa, che se intesi rigorosamente appaiono antitetici. In secondo luogo, perché il ricorso al contratto modificativo, in qualunque modo se ne ricostruiscano gli effetti, non risulta coerente rispetto al risultato (la « sostituzione » della causa) che la tesi persegue.

Non lo è, se si accede all'idea più risalente (e oggi abbandonata, non ostante l'autorevolezza della fonte) ⁽⁵⁶⁾, che nella modificazione del contratto vede sempre implicito un mutuo dissenso della regola originaria e la posizione di una regola nuova: effetti che sarebbero tali da raggiungere lo scopo, ma che è la stessa tesi criticata a respingere.

A *fortiori*, il risultato perseguito non si consegue accogliendo la ricostruzione, ormai pacifica in dottrina, della modificazione pura come mutamento non estintivo ⁽⁵⁷⁾, il quale, si dice, può assicurare la sopravvivenza del rapporto originario, solo a condizione che gli elementi nuovi risultino « tali da non trasformarlo nella sua struttura e nella sua configurazione giuridica »: condizione, questa, assai difficilmente riferibile al mutamento della donazione in compravendita, cioè alla trasformazione dell'interesse *non patrimoniale*, fondante l'attribuzione donativa, in interesse *economico* sotteso allo scambio.

Resta da dire, ancora, delle categorie ordinanti e dei principi generali, con cui la costruzione confligge.

Vorrei indicarne tre, strettamente interconnessi: *a*) la nozione di rapporto giuridico; *b*) la valenza operativa del concetto di causa; *c*) il principio consensualistico-causalistico nell'attribuzione traslativa.

(*a*) « Rapporto giuridico », nella dottrina moderna e contemporanea, è quello che si instaura tra situazioni giuridiche soggettive contrapposte. Come tipicamente avviene nella coppia debito-credito, come forse può dirsi del binomio diritto potestativo-soggezione, ma come senz'altro, da lungo tempo, più non si sostiene per il diritto di proprietà ⁽⁵⁸⁾.

Novare la causa della donazione equivale a modificare pattiziamente il titolo di una proprietà acquisita: esito certamente precluso sia allo strumento novativo, sia a quello meramente modificativo.

⁽⁵⁶⁾ Si fa riferimento a R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI, IV, t. 2, 3^a ed., Milano 1972, p. 210 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., p. 853 ss.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XII, Torino 1995, p. 284 ss.

⁽⁵⁸⁾ La ricostruzione del diritto di proprietà — e più in generale dei diritti reali — in termini di rapporto giuridico è negata già dalla dottrina classica: si vedano, indicativamente, S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano 1964, p. 22; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano 1968, p. 244 ss.; U. NATOLI, *La proprietà*, 2^a ed., Milano 1976, p. 24. Da ultimo, cfr. S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, p. 305-307.

b) Ciò discende, in primo luogo, dalla valenza operativa del concetto (*la causa*) che si pretende di riqualificare: pensare che un accordo successivo possa trasformare la causa donativa in causa di scambio, equivale ad attribuire al privato, non il potere (che senz'altro gli compete) di modificare o estinguere effetti già prodottisi, ma quello di ridefinire il significato della regola contrattuale (e dell'operazione economica che essa esprime): regola già definita dalle parti, già ricevuta dall'ordinamento e, di conseguenza, già dallo stesso sanzionata, coerentemente alla sua originale struttura e giustificazione.

Senza avvedersi che ai privati certamente è dato *disporre*: cioè procedere all'individuazione degli interessi rilevanti e alla configurazione dello strumento precettivo (scelto tra i tipi normativi, o creato al di là degli stessi) idoneo a realizzarli⁽⁵⁹⁾. Ma che, da quel momento in poi, la qualificazione (intesa come attribuzione di significato e valore impegnativo) della regola privata è competenza esclusiva della norma (o, in caso di conflitto, del giudice chiamato ad applicarla).

Novare la donazione in compravendita equivale a ridefinire causa e tipo di un regolamento impegnativo già pienamente attuato (per di più senza risolverne l'effetto): cioè avocare alle parti un potere riservato alla legge e al giudice⁽⁶⁰⁾.

(c) Tanto più, che nel nostro ordinamento (che non conosce la distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*), il trasferimento della proprietà si fonda sulla causa della regola d'autonomia che lo dispone: in diritto italiano è la causa del contratto traslativo a fungere da causa efficiente (e da ragione giustificativa) dell'attribuzione; e non è neppure pensabile che essa possa venir meno (o mutare) senza rimettere in discussione l'effetto ad essa ricollegato⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Volendo, si potrebbe aggiungere, a tali contenuti dell'autonomia negoziale, quello puramente normativo, o « configurativo », su cui si vedano, in tempi non remoti, le pagine di G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova 1991, p. 101 ss., in epoca più lontana, i rilievi di Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, p. 77 ss.

⁽⁶⁰⁾ Si rimanda sul punto agli scritti di P. SCHLESINGER, *L'interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temì*, 1963, p. 1135 ss.; R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. X, t. II, Torino 2002, 3ª ed., p. 583-584. In giurisprudenza, cfr. Cass. 13 dicembre 1994, n. 10646, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1250; Cass. 16 giugno 1997, n. 5387, in *Contratti*, 1998, p. 337, con nota di PIAZZA, e in *Notariato*, 1998, p. 512, con nota di GRONDONA.

⁽⁶¹⁾ Cfr. V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, pp. 97-98; M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, pp. 566 ss.; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma 1988, pp. 4 ss. Meno recentemente cfr. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa*, Messina 1934, p. 78. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 3 ottobre 2002, n. 14215, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1765.

In termini grossolani: la provenienza donativa non può venir meno, senza il venir meno dell'acquisto (cioè senza il risolversi dell'effetto su cui esso si fonda) ⁽⁶²⁾.

11. — Siamo giunti così alla seconda conclusione, che fornisce controprova alla prima.

Come nel caso della donazione anteriore al patto di famiglia, la modificazione integrativa del rapporto è possibile in quanto non tocca (ed anzi risulta compatibile con) la causa dell'attribuzione liberale già realizzata; così, nel caso della c.d. « novazione » della donazione in compravendita, l'obiettivo perseguito postula una riqualificazione della causa (oltre che del tipo) contrattuale, non solo incompatibile con la precedente determinazione negoziale, ma più radicalmente sottratta all'autonomia privata.

La norma definitoria insegna che il contratto può (oltre che costituire) modificare ed estinguere rapporti giuridici, ed anche (aggiungiamo) singole situazioni giuridiche soggettive; ma certamente non può ridefinirne il fondamento causale, senza incidere sulla loro stessa esistenza. E allora, è senz'altro configurabile un intervento delle parti sulla precedente loro manifestazione d'autonomia, idoneo a mutarne il significato; ma ciò avverrà, o dichiarandone l'erroneità materiale e correggendola (rettifica), o facendone emergere la non corrispondenza al reale volere, (documentando cioè l'accordo simulatorio), ovvero, datane la non erroneità e la corrispondenza al voluto, estinguendo o modificando le situazioni giuridiche soggettive da essa costituite.

È dunque possibile cancellare l'effetto di una donazione (eliminando così la provenienza donativa dell'immobile), ma ciò potrà avvenire: o risolvendone gli effetti (e riattribuendo la proprietà — così recuperata dal donante — attraverso una compravendita); o facendo emergere la divergenza del dichiarato dal voluto, attraverso una ripetizione dell'accordo simulatorio in forma idonea alla trascrizione.

Certo, in un'epoca in cui lo stesso legislatore sembra avere smarrito il senso del sistema, potremmo anche decidere di abbandonare le categorie che decenni di dottrina e giurisprudenza hanno dedotto da esso. Ma forse si tratta di una scelta, prima ancora che inopportuna, non necessaria. In quanto, proprio l'impiego delle categorie consente di saggiare i limiti di elasticità della norma, sia antica, sia nuova. Credo lo dimostri la nostra prima ipotesi (il recupero delle donazioni anteriori alla disciplina del patto di famiglia), nella quale la costruzione dello strumento si fonda su distinzioni teorico-concettuali tradizionali, pur se applicate alla ricognizione degli interessi in gioco: e giunge comunque a giustificare razionalmente un esito apparentemente contrario a dirittura al principio di irretroattività della legge.

E comunque val la pena di ricordare che alle categorie è ancora, tutto

⁽⁶²⁾ Analoghe critiche sulla figura della « novazione della donazione » si leggono in A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 415 ss.

sommato, fedele il giudice; e questo segna i termini di un confronto che per il giurista teorico ha natura intellettuale, ma che per chi è chiamato all'applicazione concreta e quotidiana della norma si traduce nella tenuta o meno degli atti compiuti e dei consigli resi. Posta molto alta, specie in periodi tanto difficili per le professioni intellettuali, com'è quello presente.

Il che restituisce attualità, anche ai fini della pur indispensabile interpretazione evolutiva dell'ordinamento, al monito manzoniano: avanti, sì, ma con giudizio.