

Nota ad App. Torino 16 novembre 1995.

**MANDATO A DONARE, RATIFICABILITÀ DELLA DONAZIONE
STIPULATA DA “FALSUS PROCURATOR”,
ARTICOLO 47 DELLA LEGGE NOTARILE**

1. - *La fattispecie ed i precedenti.* -

La sentenza che si annota conferma una precedente decisione in senso conforme del Tribunale di Verbania ¹, che ha affermato la nullità della donazione stipulata in base ad un mandato a donare nullo, in quanto generico, e quindi in violazione dell'art. 778 del codice civile. Più precisamente, si trattava di una procura generale, contenente anche la facoltà di “fare donazioni”, senza ovviamente che fossero nella stessa determinati la persona del donatario e l'oggetto della donazione. Il Tribunale di Verbania ha ritenuto trattarsi di “donazione nulla, perché fondata su mandato dichiarato espressamente nullo dalla legge, ed infatti *non suscettibile di sanatoria da parte del donante* (il quale potrà solo rinnovarla con effetti *ex nunc*), bensì di conferma o di volontaria esecuzione da parte degli eredi o aventi causa del donante, e dopo la di lui morte, purché a conoscenza del motivo di nullità (art. 799 c.c.)”. La Corte d'Appello ha sviluppato il ragionamento del Tribunale, facendo leva sul carattere di atto “personale” della donazione, e ritenendo che “chi funge da rappresentante del donante si limita a trasmetterne la volontà, assumendo la figura di vero e proprio rappresentante solo entro limiti peraltro strettissimi, nei soli casi previsti dai commi 2° e 3° dell'art. 778 c.c.”; affermando, quindi, che “Al di fuori di tali particolari ipotesi, il mandato a donare che attribuisca al mandatario la scelta, a proprio piacimento, del donatario o dell'oggetto della donazione, comporta una *irrimediabile carenza di potere rappresentativo, cui non può seguire ratifica da parte del donante*, e quindi, in definitiva, la nullità della donazione”.

Entrambe le sentenze hanno affermato la responsabilità del notaio rogante la donazione, ai sensi dell'art. 28 della legge 16 febbraio 1913 n. 89 (legge notarile), in quanto ritenuta atto nullo, e quindi “espressamente proibito dalla legge”. La Corte d'Appello ha tuttavia enucleato un ulteriore motivo di nullità e, conseguentemente, di responsabilità *ex art. 28 L.N. del notaio rogante*: secondo l'organo giudicante, il notaio ha altresì violato l'art. 47 della legge notarile, ai sensi del quale “spetta al notaio soltanto d'indagare la volontà delle parti”: il notaio, cioè, si sarebbe sottratto all'obbligo di indagare la volontà del donante, “per la semplice ragione che questi non è presente, ed il mandato (nullo) di cui è munito il rappresentante non consente tale accertamento”.

Quest'ultima affermazione costituisce una novità in senso assoluto nel panorama dottrinale e giurisprudenziale relativo alle conseguenze dell'atto stipulato da *falsus procurator* ed alla conseguente responsabilità notarile: è

* Pubblicato in *Vita not.*, 1997, p. 165.

¹ Trib. Verbania 21 giugno 1995.

evidente che l'eventuale accoglimento di tale tesi comporterebbe conseguenze gravissime: per qualsiasi atto concluso da falso rappresentante, anche al di fuori della materia delle donazioni (avendo il ragionamento della Corte portata generale), il notaio violerebbe l'art. 47 L.N..

Per quanto concerne la pretesa nullità della donazione, stipulata in base a mandato a donare nullo, e derivante quindi dalla violazione dell'art. 778 c.c., la tesi è stata già sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono occupate in passato della questione ². Ciò che peraltro è possibile riscontrare, in giurisprudenza, è un'assoluta mancanza di motivazioni in ordine alla pretesa nullità, e conseguente "irrecuperabilità" dell'atto di donazione posto in essere dal mandatario sprovvisto di poteri: non si va oltre affermazioni del tipo: "atto nullo, come indubbiamente è la donazione avente come presupposto un mandato nullo"; "la procura generale, essendo indeterminata, quanto all'oggetto delle donazioni, era nulla e conseguentemente nulla era anche la donazione". La dottrina, generalmente, non ha trattato se non implicitamente la questione della validità della donazione ³, fatta eccezione per due autori: secondo il primo di essi ⁴, "il dato che risulta immediatamente evidente è quello che il procuratore ha agito senza potere. Questa carenza di potere non va imputata tanto alla mancanza, nel caso concreto, della procura o agli eventuali vizi di essa, ma è invece dovuta al fatto che tale potere, visti i limiti imposti dall'art. 778 cod. civ., *non poteva essere attribuito neanche astrattamente*. Si ha quindi una *carenza di potere rappresentativo irrimediabile (che non ammette, quindi, ratifica successiva da parte del dominus)*, che travolge la donazione compiuta rendendola nulla". Un altro autore ⁵ ha al contrario sostenuto che "ove manchi l'atto formale di conferimento della procura, il negozio stipulato dal rappresentante *non è nullo*, perché il difetto di procura è ragione soltanto della sua *inefficacia*, mancando il potere di disporre del patrimonio altrui. *E' ammissibile, in tal caso, la ratifica, ai sensi dell'art. 1399 cod. civ.*".

L'esatta impostazione delle questioni affrontate dalla sentenza in epigrafe richiede, preliminarmente, un inquadramento delle problematiche del mandato a donare, della rappresentanza nelle donazioni, del difetto di rappresentanza e della ratifica. Sarà successivamente esaminata la norma (art. 47 L.N.) che disciplina l'obbligo notarile di indagare la volontà delle parti dell'atto, al fine di verificare l'affermazione surriportata in relazione alle ipotesi di intervento in atto di un (falso) rappresentante.

² Trib. Taranto 12 maggio 1988 - App. Lecce 26 settembre 1988, in *Riv. Not.*, 1989, p. 627; Cass. 22 ottobre 1990 n. 10256, in *Riv. Not.*, 1991, p. 1030; Trib. Ivrea 30 marzo 1983, in *Vita Not.*, 1983, p. 1545, con nota adesiva di SAGGIO - *Il mandato a donare. Rilievi critici*; TORRENTE - *La donazione*, Milano, 1956, p. 533. Sotto il vecchio codice, per la nullità della donazione, Cass. Napoli (S.U.) 18 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, c. 782.

³ TORRENTE - *La donazione*, cit., p. 533, ammette la conferma *ex art. 799 c.c.* della donazione stipulata in base a mandato a donare non conforme all'art. 778 c.c., e quindi, implicitamente, ne riconosce la nullità.

⁴ SAGGIO - *Il mandato a donare. Rilievi critici*, cit., p. 1549.

⁵ GIANNATTASIO - *Delle successioni - Divisione - Donazione*, in *Commentario del codice civile*, Torino 1964, p. 240, il quale richiama (in senso favorevole alla ratifica dell'atto compiuto da chi agisce in base a mandato nullo) Cass. 14 ottobre 1957 n. 3816, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, p. 1433.

2. - *Il mandato a donare: ratio della disciplina e limiti della rappresentanza giuridica nelle donazioni.* -

L'art. 778, I comma, c.c., dispone che "è nullo il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione" (nullità del mandato a donare *cui voles* o *quae voles*). Lo stesso articolo, ai commi 2 e 3, riconosce tuttavia la validità del mandato con il quale il donante attribuisca al mandatario la facoltà di scegliere tra più persone, o tra più oggetti dallo stesso indicati⁶. La norma risolve una *vexata questio*, postasi nel vigore del codice abrogato, in cui mancava una disciplina specifica del mandato a donare. A fronte di tale lacuna, parte della dottrina e della giurisprudenza affermava la liceità del mandato generico a donare, facendo leva essenzialmente sul principio di autonomia negoziale, e sull'assenza di specifiche disposizioni proibitive⁷; secondo un altro orientamento, poi prevalso, il mandato generico a donare doveva ritenersi nullo, in quanto contrastante con il principio della personalità della volizione del donante, nonché con il divieto di donazione di beni futuri⁸. Il codice vigente ha accolto quest'ultima soluzione, sulla cui giustificazione pratica la dottrina è oggi praticamente concorde: "la natura stessa del contratto di donazione, con l'arricchimento altrui e l'impovertimento del donante che essa implica, imprime alla volizione del donante medesimo un carattere inconfondibile di personalità, che è sconosciuto ad altri contratti. Mentre, di regola, negli altri contratti la scelta dell'altro contraente è indifferente e la determinazione dell'oggetto è in rapporto economico con la controprestazione, nella donazione l'uno e l'altro elemento costituiscono il frutto di una valutazione esclusivamente personale e soggettiva"⁹. Il carattere di personalità della scelta del donante rimane così, nell'attuale ordinamento, l'unica ragione giustificatrice della nullità del mandato generico a donare, essendo venute meno altre motivazioni, sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel vigore del codice del 1865, quali la tutela della "spontaneità" e della "attualità dello spoglio", che costituivano requisiti della donazione *ex art. 1050 cod. civ. 1865*, e

⁶ La dottrina è concorde nel ritenere che i commi 2 e 3 dell'art. 778 riguardano il fenomeno della rappresentanza, e non quello dell'arbitraggio *ex art. 1349 c.c.*, in quanto, essendo la donazione un contratto, la rimessione della scelta ad un terzo arbitratore può essere concepita solo secondo il principio della bilateralità, mentre l'art. 778 fa riferimento alla scelta esclusiva da parte del donante: v. in tal senso, per tutti, PALAZZO - *Le donazioni*, Milano, 1989, p. 171;

⁷ CICCOTTI - *Efficacia del mandato generale espresso*, in *Giur. it.*, 1886, IV, c. 114; Cass. Napoli 29 gennaio 1887, in *Foro it.*, 1887, I, c. 525, con nota contraria di SCIALOJA.

⁸ GIANTURCO - *Del mandato di donare cui voles*, in *Giur. it.*, 1888, IV, c. 23; Cass. Napoli (S.U.) 18 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, c. 782, con nota di SCIALOJA; App. Potenza 12 aprile 1886, in *Foro it.*, 1886, I, c. 998.

⁹ TORRENTE - *La donazione*, cit., p. 351. Nel senso che la nullità del mandato a donare *cui voles* o *quae voles* deriva dall'esigenza di salvaguardare il carattere personale della scelta del donatario e dell'oggetto (o dei limiti di valore dello stesso), v. anche GARDANI CONTURSI-LISI - *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1976, p. 190 ss.; PALAZZO - *Le donazioni*, cit., p. 169 ss.; SCOGNAMIGLIO - *La capacità di disporre per donazione*, in RESCIGNO - *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, p. 269 ss.; BIONDI - *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 147 ss.; BALBI - *La donazione*, Milano, 1964, p. 17 ss.; CAPOZZI - *Successioni e donazioni*, Milano, 1982, p. 802; AZZARITI - *Successioni e donazioni*, Padova, 1982, p. 804 ss.; CARNEVALI - *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1982, p. 463.

che non sono più previsti nella vigente disciplina codicistica¹⁰. Non ha più senso, quindi, parlare oggi di “intrasmissibilità dell’*animus donandi*”, o di esigenza che la donazione costituisca un “*atto voluto nell’istante stesso della sua immediata e diretta determinazione*”, come si affermava nel vigore del codice abrogato. L’unica esigenza espressa dalla disciplina dell’art. 778 c.c. è quella che sia lo stesso autore della liberalità a scegliere la persona che vuole beneficiare, ed a stabilire in che limiti vuole impoverirsi ed arricchire altri¹¹: esigenza, peraltro, che sta alla base non solo del primo comma, ma anche dei commi 2 e 3 dell’art. 778, se è vero che “la designazione di più persone da parte del donante attua già *direttamente* dal donante quella “scelta” del destinatario caratterizzante il fenomeno liberale... Anzi, più esattamente: di *molte scelte* operate dal donante, per quante sono le “più persone designate” ... Pari rilievo può farsi in ordine alla “indicazione” della cosa o alla determinazione dei limiti di valore di cui al terzo comma, come dati in diretta derivazione dal donante”¹². La solennità della donazione (art. 782 c.c. e art. 48 L.N.), normativamente prescritta proprio per garantire un’adeguata meditazione del donante sulle conseguenze della donazione, comporta poi che la scelta del donante debba risultare espressamente dal mandato (che, a norma dell’art. 1392 c.c., deve rivestire la stessa forma del contratto alla cui conclusione è diretto: quindi atto pubblico con l’assistenza di testimoni).

Da nessuna norma o principio del codice si desume quindi l’esclusione dell’istituto giuridico della rappresentanza nell’ambito delle donazioni, come pure affermano ancora parte della dottrina e della giurisprudenza, sulla scia delle trattazioni, risalenti al secolo scorso, che parlavano di “intrasmissibilità dell’*animus donandi*”¹³. Al contrario, dall’art. 778 c.c. si desume - *a contrario* - che la rappresentanza volontaria può avere ampi margini di operatività anche

¹⁰ Circa il requisito della “attualità dello spoglio”, la Relazione al codice civile del 1942 (n. 372) ne giustifica l’abolizione, in quanto inutile relitto del diritto consuetudinario francese (in cui, è bene ricordare, il requisito in oggetto, ed il principio *donner et retenir ne vaut*, erano collegati all’esigenza della *traditio* quale requisito perfezionativo del contratto in oggetto). In ordine, poi, al requisito della “spontaneità”, la dottrina lo ha ritenuto superfluo, in quanto mera reminiscenza del passo di Ulpiano “*donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*”: “Se per spontaneità dell’attribuzione si deve intendere l’assenza di coazione legale ad eseguire l’attribuzione patrimoniale, quest’elemento è già implicito nella nozione di gratuità oggettiva: l’atto compiuto in adempimento di un obbligo non è né un atto gratuito né un atto oneroso: è un atto dovuto. Perciò, la spontaneità nulla aggiunge alla trama dei requisiti della donazione: costituisce una superfluità, opportunamente abolita” (TORRENTE - *La donazione*, cit., p. 184). Quanto sopra vale a confutare - almeno in parte - l’affermazione di chi (BALBI - *La donazione*, cit., p. 17) ritiene che la spontaneità debba essere intesa “nel senso che il donante, nel decidersi a donare, non deve essere indotto da alcuna coazione, giuridica, sociale o morale, anche se lecita”: affermazione valida se in tal senso si intende che la donazione non può confondersi con le liberalità d’uso e l’adempimento di obbligazioni naturali, ma sicuramente errata nella misura in cui intende reintrodurre il requisito della “spontaneità”, attribuendo ad esso valenze che non possono essere riferite alla donazione, nella disciplina del nuovo codice.

¹¹ L’esigenza indicata nel testo è ben lumeggiata da Trib. Taranto 12 maggio 1988, cit., p. 629, ove si rileva che “l’eventuale validità di un mandato a donare *cui voles* o *quae voles* esporrebbe il mandante al mero arbitrio del mandatario, che potrebbe indursi ad eccessivi impulsi di generosità, con il completo depauperamento del detto mandante”.

¹² GARDANI CONTURSI-LISI - *Delle donazioni*, cit., p. 778.

¹³ Per l’affermazione secondo cui “l’art. 778 cod. civ. permette, in tema di donazione, non tanto che si attui un fenomeno rappresentativo in senso lato, ma invece soltanto una ambasceria (trasmissione di una volontà altrui) o una rappresentanza entro ristrettissimi limiti”, SAGGIO - *Il mandato a donare. Rilievi critici*, cit., p. 1549; per l’opinione secondo cui il mandatario del donante può considerarsi solo un mero *nuncius*, PALAZZO - *Le donazioni*, cit., p. 170; BIONDI - *Le donazioni*, cit., p. 148.

nella donazione: si pensi all'ipotesi in cui il donante abbia determinato solo i limiti di valore della donazione (3° comma), senza individuare l'oggetto della liberalità, ovvero abbia indicato solo la categoria delle persone o degli oggetti tra i quali scegliere: tutti casi in cui l'apporto volitivo del mandatario ha sicuramente un ruolo determinante nella concreta determinazione delle scelte contrattuali. Si pensi, altresì, all'ipotesi in cui il donante ha esattamente indicato la persona del donatario ed il bene da donare, senza peraltro considerare una serie di altri aspetti, rimessi alla libera determinazione del mandatario (clausole di varia natura, elementi accidentali del contratto, assunzione convenzionale di garanzia per evizione o per vizi, dichiarazioni di scienza, ecc.), che rimangono fuori dalla disciplina dell'art. 778 c.c. (non incidendo sulla scelta del donatario o dell'oggetto della donazione), e che tuttavia coinvolgono sicuramente profili di discrezionalità (e connessa responsabilità) del rappresentante del donante¹⁴. Figura, quest'ultima, ben diversa dal semplice *nuncius*, che si limita a trasmettere una dichiarazione già formata da altri, e che la dottrina più avveduta ha addirittura ritenuto inammissibile nell'atto pubblico notarile¹⁵.

Ne' argomenti in contrario possono essere ricavati dal divieto di rappresentanza legale, contenuto nell'art. 777 c.c.. Quest'ultima norma, infatti, pur avendo alla base la stessa esigenza di assicurare la personalità della scelta del donante in ordine a determinati profili oggettivi e soggettivi della donazione, si differenzia profondamente dalla fattispecie disciplinata dall'art. 778, in quanto prevede una vera e propria incapacità giuridica del soggetto incapace di agire ad effettuare donazioni, in dipendenza di un'ulteriore esigenza di tutela del suo patrimonio (e della caratteristica degli istituti di protezione degli incapaci, tendenti essenzialmente alla conservazione del patrimonio dell'incapace stesso, con cui è incompatibile ogni atto di liberalità): da ciò la dottrina ha tratto la conseguenza per cui la donazione stipulata in violazione del divieto è non già annullabile, ma addirittura nulla¹⁶. D'altra parte, la dottrina e la giurisprudenza ammettono ormai pacificamente la capacità delle società e persone giuridiche private di effettuare donazioni, purché l'atto sia strumentale al conseguimento dell'oggetto sociale¹⁷: ciò dimostra che il divieto *ex art. 777 c.c.* trova la sua peculiare *ratio* nell'esigenza di tutela delle persone fisiche incapaci, senza determinare un divieto generale di rappresentanza legale nelle donazioni.

L'ammissibilità della rappresentanza volontaria in tema di donazioni si desume anche dal diritto comparato: negli ordinamenti francese, austriaco, svizzero, pur richiedendosi generalmente un mandato speciale per effettuare donazioni, non si esclude in alcun modo l'applicabilità dell'istituto della rappresentanza alle donazioni, e non si richiede neanche - a differenza che nel

¹⁴ Sulla responsabilità del rappresentante negoziale, come riflesso (e nei limiti) della sua discrezionalità, v. PETRELLI - *Atto notarile, obblighi e responsabilità del rappresentante*, in *Riv. Not.*, 1995, p. 487 ss..

¹⁵ VITTORIA - *Il falsus nuncius*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 537, e p. 539: al *nuncius* viene concordemente negata la qualifica di *parte* del negozio e dell'atto, per cui, richiedendo l'art. 47 L.N. la contestuale presenza delle parti dell'atto dinanzi al notaio, se ne ricava l'impossibilità di partecipare ad un atto notarile attraverso un nuncio. Per ulteriori indicazioni sulla figura del nuncio, v. PETRELLI - *Atto notarile, obblighi e responsabilità del rappresentante*, cit., p. 493 ss..

¹⁶ TORRENTE - *La donazione*, cit., p. 359; GARDANI CONTURSI-LISI - *Delle donazioni*, cit., p. 184 ss..

¹⁷ Cfr., per lo stato attuale di dottrina e giurisprudenza, SGUERA - *Atti di disposizione a titolo gratuito da parte di società lucrative*, in *Riv. Not.*, 1992, p. 767.

nostro ordinamento - alcuna predeterminazione di elementi negoziali da parte del donante¹⁸.

Per concludere, è possibile sintetizzare come segue i risultati dell'indagine che precede:

- è pienamente ammissibile e lecito, nella donazione, il ricorso all'istituto giuridico della rappresentanza volontaria, con la conseguenza che, sia pure entro i limiti fissati dall'art. 778 c.c., è ben possibile che intervenga nell'atto di donazione un mandatario, munito di poteri più o meno discrezionali; in tale fattispecie saranno applicabili le norme sulla rappresentanza e sul mandato, in quanto compatibili con la speciale disciplina del suddetto art. 778 c.c.¹⁹;

- in nessun caso il mandatario *ex art. 778* assumerà la veste di *nuncius*, ossia di mero veicolo di un'altrui dichiarazione: ciò perché la stessa essenza dell'atto pubblico notarile - e dell'atto di donazione in particolare - comporta l'esigenza di una complessa attività di "adeguamento" e di indagine della volontà, che per definizione è incompatibile con la figura dell'ambasceria (in cui il soggetto presente è il mero latore di una dichiarazione altrui e di una volontà precedentemente formatasi).

3. - *La ratifica della donazione. - Rapporto con la conferma e convalida del negozio nullo.* -

Le riflessioni di cui sopra hanno portato ad inquadrare la fattispecie del mandato a donare nell'ambito del più generale fenomeno della rappresentanza volontaria, con la sola precisazione che l'ambito dei poteri discrezionali del rappresentante non può spingersi fino alla determinazione della persona del donatario, o del bene oggetto di donazione, se non nei ristretti limiti consentiti dall'art. 778 c.c.. Occorre ora verificare se ed in quali limiti il rinvio alle norme generali sulla rappresentanza comporti altresì l'applicabilità alla fattispecie in oggetto della disciplina del contratto concluso da *falsus procurator*, ed in particolare dell'istituto della ratifica (artt. 1398-1399 c.c.).

Secondo le conclusioni della dottrina prevalente, e della giurisprudenza ormai consolidata, il contratto concluso dal *falsus procurator* è un contratto perfettamente valido, e non è quindi affetto da alcuna causa di nullità: trattasi, invece, di una fattispecie *in itinere*, o fattispecie a formazione progressiva²⁰,

¹⁸ Il par. 1008 del codice civile austriaco, e l'art. 396 del codice svizzero delle obbligazioni richiedono unicamente che il mandato a fare donazioni debba essere "speciale", senza richiedere ulteriori condizioni o predeterminazione di elementi negoziali da parte del donante. Nel codice civile francese non esiste una norma *ad hoc*: l'art. 1988 *code civil* richiede unicamente il mandato "espreso" per alienare; secondo la dottrina e la giurisprudenza, il donante "peut donner procuration, mais il est alors nécessaire que la procuration soit explicite et rédigée selon les meme formes que l'acte portant donation" (TERRE'-LEQUETTE - *Droit civil - Les successions, les libéralités*, Dalloz, Paris, 1988).

¹⁹ Nel senso dell'applicabilità al mandato a donare delle norme generali sul mandato con rappresentanza, SCOGNAMIGLIO - *La capacità di disporre per donazione*, cit., p. 271, e p. 273; TORRENTE - *La donazione*, cit., p. 352.

²⁰ Per la validità del contratto concluso dal rappresentante senza poteri, e per la configurazione dello stesso come contratto (relativamente) inefficace, e come fattispecie *in itinere*, v. soprattutto MESSINEO - *La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente ('falsus procurator')*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

suscettibile di completamento a seguito dell'atto di appropriazione (ratifica) da parte del *dominus*, e definito generalmente come *condicio iuris* apposta al contratto, ovvero, più esattamente, come coelemento necessario di efficacia ("fonte di imputazione", o di "qualificazione soggettiva" dell'effetto giuridico)²¹. Secondo tale impostazione, pertanto, il contratto concluso dal rappresentante che sia privo di poteri, o che ecceda i poteri conferitigli, è semplicemente inefficace, e suscettibile di perfezionamento con la ratifica da parte del *dominus*, il quale, se da un lato è l'unico soggetto legittimato a far valere la suddetta inefficacia²², dall'altro non è in alcun modo pregiudicato dalla conclusione del contratto tra il *falsus procurator* ed il terzo²³. Solo nel momento in cui egli ratificherà il contratto, quest'ultimo produrrà effetto (retroattivamente) nella sua sfera giuridica²⁴.

Tornando alla fattispecie in esame, è evidente, innanzitutto, che la posizione di chi agisce in base a mandato nullo è perfettamente equiparabile a quella di chi agisce senza mandato, o eccedendo i limiti del mandato: *quod nullum est, nullum producit effectum*. Astrattamente, quindi, la nullità del mandato generale a donare comporta l'attribuzione al mandatario della qualifica di *falsus procurator*, allo stesso modo dell'eventuale nullità di un mandato a vendere, a dividere, ecc.. Né può accettarsi l'opinione dottrinale, sopra riportata, secondo la quale si avrebbe nella specie "una carenza di potere rappresentativo irrimediabile (che non ammette, quindi, ratifica successiva da parte del dominus)", che travolge la donazione compiuta rendendola nulla": trattandosi (nel caso della donazione) di un negozio in cui la rappresentanza è ammessa (sia pure entro i limiti di cui all'art. 778 c.c.), il difetto (iniziale) del potere di rappresentanza (invalidamente conferito) può essere surrogato da una successiva "appropriazione" dell'atto da parte del *dominus*, come avviene nella generalità dei contratti.

L'inquadramento della donazione, compiuta in base a mandato generico a donare, nella fattispecie di cui all'art. 1398 c.c., comporta pertanto l'applicabilità del successivo art. 1399, e quindi dell'istituto della ratifica, solo peraltro nei limiti in cui la donazione non sia essa stessa nulla per altre cause: la ratifica, infatti, presuppone la validità del contratto da ratificare. Da quanto sopra illustrato, si desume comunque chiaramente come di nullità della donazione non possa, nella specie, assolutamente parlarsi²⁵. Infatti l'unica particolarità introdotta dall'art.

1956, p. 396 ss.; GRAZIANI - *La rappresentanza senza procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 1 ss.. A tale opinione si è conformata la dottrina prevalente.

In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 5 novembre 1990 n. 10575, in *Mass. Foro it.*, 1990; Cass. 25 agosto 1986 n. 5170 (inedita); Cass. 8 luglio 1983 n. 4601, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 374; Cass. 28 ottobre 1982 n. 5647, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass. 8 gennaio 1980 n. 123, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 288; Cass. 29 gennaio 1980 n. 688, in *Rep. Giur. it.*, 1980, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 292; Cass. 8 ottobre 1973, in *Mass. Foro it.*, 1973, n. 2512; Cass. 8 gennaio 1964 n. 23, in *Foro it.*, 1964, I, c. 798.

²¹ FALZEA - *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 276 ss., 279.

²² Cass. 16 settembre 1986 n. 5623, in *Società*, 1986, p. 1203, con nota di MARICONDA; Cass. 23 gennaio 1980 n. 570, in *Riv. Not.*, 1980, p. 882.

²³ BRUSCUGLIA-GIUSTI - *Ratifica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, p. 690.

²⁴ BRUSCUGLIA-GIUSTI - *Ratifica*, cit., p. 700; Cass. 18 settembre 1980 n. 5308, in *Rep. Giur. it.*, 1980, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 299.

²⁵ L'art. 778 c.c. sancisce la nullità del solo mandato a donare, e non della donazione. Non può desumersi il contrario dai commi 2 e 3, secondo i quali "è valida la donazione" in presenza della predeterminazione dei

778 nella disciplina della rappresentanza è la limitazione della facoltà di scelta del mandatario in ordine al beneficiario ed all'oggetto della donazione: per il resto, non esiste alcuna previsione testuale di nullità della donazione, né alcuna deroga alle norme generali sui contratti, e quindi all'art. 1399 c.c..

D'altra parte, l'esigenza della personalità della volizione del donante è pienamente soddisfatta anche attraverso lo strumento della ratifica (che, sotto un profilo funzionale se non strutturale, è equiparabile ad una procura successiva, come suggerisce il brocardo *ratihabitio mandato comparatur*²⁶); ratifica con la quale il donante può scegliere il donatario ed il bene da donare, sia pure appropriandosi di una precedente scelta effettuata dal mandatario. L'applicabilità alla fattispecie dell'istituto della ratifica non contrasta pertanto in alcun modo con la *ratio* dell'art. 778, nella misura in cui con lo stesso atto di ratifica il donante scelga espressamente sia la persona del donatario (ravvisandosi quindi lo spirito di liberalità e la personalità della volizione tendente a beneficiare un determinato soggetto), sia l'oggetto dell'attribuzione (eliminandosi così ogni rischio di depauperamento del donante dallo stesso non voluto). Inoltre, da nessuna norma del codice si desume che la scelta del donante debba essere anteriore cronologicamente rispetto alla scelta da parte del mandatario²⁷: ciò che importa, in realtà, è che la scelta in oggetto sia riconducibile ad una determinazione volitiva del soggetto che subisce l'impoverimento, e, quindi, che tale impoverimento non intervenga se non a seguito di tale determinazione.

E' necessario, a questo punto, farsi carico di due altre obiezioni. Innanzitutto, quella per cui la ratifica successiva della donazione potrebbe non essere completamente equiparabile alla procura preventiva, difettando nel primo caso il requisito della "spontaneità" dell'attribuzione. Si è visto, peraltro²⁸, che nel codice vigente non può parlarsi della spontaneità come di un requisito autonomo, ed ulteriore rispetto alla definizione codicistica che distingue la donazione dagli atti dovuti, dalle liberalità d'uso e dall'adempimento di obbligazioni naturali. Nella fattispecie, la ratifica non è in alcun modo atto dovuto, né giuridicamente, né moralmente o socialmente, per cui non può essere in alcun modo configurata come atto "non spontaneo", nell'unico senso normativamente rilevante.

Secondo un'ulteriore obiezione (adombrata nella sentenza in epigrafe, e nella sentenza di primo grado che ne costituisce la premessa), la ratifica sarebbe inammissibile in quanto è inammissibile la conferma o esecuzione volontaria della donazione nulla da parte del donante: trattasi peraltro di osservazione

soggetti o dell'oggetto da parte del donante: trattasi di espressione analoga a quella contenuta nell'art. 1398 c.c. (a proposito della rappresentanza senza poteri), in cui si parla anche di "validità"; norma, quest'ultima, che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti interpretano peraltro nel senso dell'inefficacia, e non dell'invalidità, come sopra illustrato. Sull'improprietà del termine "validità" di cui all'art. 1398, impiegato come equivalente di "efficacia", v. BRUSCUGLIA-GIUSTI - *Ratifica*, cit., p. 693, e la dottrina ivi citata, alla nota 21.

²⁶ BRUSCUGLIA-GIUSTI - *Ratifica*, cit., p. 696-697.

²⁷ In senso contrario, GARDANI CONTURSI-LISI - *Delle donazioni*, cit., p. 194-195, secondo cui la volizione del donante deve intervenire "in una fase del fenomeno liberale cronologicamente prioritaria all'atto (determinazione) del terzo", e l'operazione che compie il mandatario "si caratterizza dal fatto di essere necessariamente subordinata alla prima, e successiva". L'opinione dell'autrice non è peraltro in alcun modo motivata in base al diritto positivo.

²⁸ V. *supra*, nota 10.

assolutamente non probante, in quanto la conferma *ex art. 799 c.c.* riguarda la donazione nulla (e nel nostro caso abbiamo solo una donazione inefficace), per cui solo in tal caso la legge pone una disciplina più rigorosa, e consente la sanatoria solo ad opera degli eredi del donante.

In definitiva, la tesi della nullità ed “irrecuperabilità” della donazione compiuta in base a mandato a donare nullo non trova alcuna conferma né nel diritto positivo, né nei principi generali in tema di donazione: per cui, essendo la donazione un “contratto” (art. 769 c.c.), non rimane che applicare la disciplina dei contratti, ed in specie l’art. 1399 c.c.. Deve quindi ritenersi perfettamente ammissibile la ratifica della donazione ad opera del donante²⁹, ovviamente nel rispetto dei requisiti di forma prescritti, *ex artt. 782 e 1399 c.c.*, ed *ex art. 48 L.N.* (atto pubblico con assistenza di testimoni), e nel rispetto dei requisiti di sostanza fissati dall’art. 778 c.c. (indicazione, nell’atto di ratifica, della persona del donatario e dell’oggetto della donazione).

4. - *L’indagine notarile della volontà delle “parti” e la rappresentanza negli atti notarili.* -

L’art. 47 della legge notarile dispone che “spetta al notaio soltanto d’indagare la volontà delle parti”. Si tratta della c.d. funzione notarile di adeguamento, bene illustrata dalla dottrina notarile, la quale ha chiarito che essa consiste nell’adeguare la volontà grezza delle parti ai paradigmi dell’ordinamento giuridico, nel contempo chiarendo alle parti stesse le conseguenze delle proprie scelte e svolgendo, quindi, anche un’attività di consulenza e di indirizzo nei confronti della parte che voglia compiere un atto giuridico dinanzi al notaio³⁰. L’importanza di tale funzione di adeguamento è stata lumeggiata, in particolare, negli studi in tema di donazione: l’intervento del notaio, e l’atto pubblico notarile, sono richiesti qui proprio per richiamare l’attenzione del donante sulla gravità delle conseguenze di un atto (come la donazione) che comporta lo spoglio a favore di una terza persona senza corrispettivo³¹. E’ peraltro evidente che l’esercizio dell’attività di indagine della volontà non è possibile se non nei confronti del soggetto presente dinanzi al notaio: quest’ultimo non potrebbe, evidentemente, indagare la volontà di un soggetto assente, che abbia delegato altri a rappresentarlo.

²⁹ La dottrina prevalente, del resto, ammette l’ammissibilità della ratifica *ex art. 1711 c.c.* (c.d. ratifica impropria) della donazione, nella misura in cui ammette la figura del mandato senza rappresentanza a donare: PALAZZO - *Le donazioni*, cit., p. 174; SCOGNAMIGLIO - *La capacità di disporre per donazione*, cit., p. 270; BIONDI - *Le donazioni*, cit., p. 150.

Per l’identità di funzione tra le due ipotesi di ratifica *ex artt. 1399 e 1711 c.c.*, BRUSCUGLIA-GIUSTI - *Ratifica*, cit., p. 703, nota 60, e p. 704 (ove sono anche illustrate le differenti modalità operative dei due istituti).

³⁰ Sulla funzione di adeguamento del notaio, v. soprattutto D’ORAZI FLAVONI - *La responsabilità civile nell’esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici* (Consiglio Notarile di Roma), II, Roma, 1965, p. 965 ss.; ID. - *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 332 ss.; sul ruolo dell’indagine della volontà nell’atto pubblico, v. in particolare BARALIS - *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. Not.*, 1978, p. 693.

³¹ TORRENTE - *La donazione*, cit., p. 421 ss..

La legge notarile parla di “parti” dell’atto notarile in più accezioni, ricomprendendo in tale termine sia le parti in senso sostanziale che le parti in senso formale³². Si riferisce alle parti in senso sostanziale, ad esempio, laddove, nell’art. 51, fa cenno alle “parti” che intervengono a mezzo di rappresentante. Si riferisce invece, evidentemente, alle parti in senso formale nel momento in cui prescrive la sottoscrizione dell’atto, l’accertamento dell’identità personale, la presenza al momento del ricevimento dell’atto: ciò è talmente evidente che non necessita di alcuna dimostrazione. Allo stesso modo, è evidente che l’accertamento della volontà non può che avvenire rispetto alla parte in senso formale³³: autore della dichiarazione di volontà, infatti, è sicuramente il rappresentante, come risulta dalle moderne teorie in tema di rappresentanza³⁴.

La Corte d’Appello di Torino, pertanto, ha clamorosamente errato la qualificazione della fattispecie in oggetto, nel definire nullo per violazione dell’art. 47 L.N. il contratto stipulato in base ad un mandato nullo: essendo inapplicabile l’istituto dell’ambasceria - autorevolmente ritenuto non ammissibile nell’atto pubblico notarile³⁵ - non è assolutamente ipotizzabile che un soggetto intervenga ad un atto notarile, munito di un valido mandato, quale semplice latore di una volontà altrui, che il notaio dovrebbe per tal mezzo accertare. Trattandosi, invece, nella fattispecie dell’art. 778 c.c. di rappresentanza volontaria, l’autore della dichiarazione di volontà è il soggetto rappresentante, e rispetto a quest’ultimo deve essere osservata la disposizione dell’art. 47 L.N.. Ciò vale, ovviamente, anche nell’ipotesi in cui all’atto notarile intervenga un *falsus procurator*: salva la responsabilità del notaio per violazione dell’art. 54 del regolamento notarile (R.D. 10 settembre 1914 n. 1326), è evidente che il rappresentante senza poteri manifesta dinanzi al notaio la *sua* propria volontà, ed è quest’ultima a dover costituire oggetto di indagine *ex art. 47 L.N.*

³² Sui concetti di parte in senso formale e sostanziale, v. soprattutto G.B. FERRI - *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 901 ss.; BIANCA - *Il contratto*, Milano, 1984, p. 53 ss.; PETRELLI - *op. e loc. cit.*

³³ MORELLO-FERRARI-SORGATO - *L’atto notarile*, Milano, 1977, p. 384 ss., chiarisce che la *parte* cui fa riferimento la legge notarile nelle norme in cui disciplina l’intervento in atto è in realtà la parte in senso formale (c.d. *comparsante*: per utilizzare un’espressione del Satta, “*l’uomo che parla di fronte all’uomo che scrive*”): “*E’ la persona fisica presente che manifesta volontà, che risponde a interrogazioni, che dichiara, che si fa indagare e che infine sottoscrive*”. Nello stesso senso, con riferimento al disposto dell’art. 47 L.N., D’ORAZI FLAVONI - *Profili del notariato nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 895.

³⁴ Per un’esposizione delle varie teorie giuridiche sulla rappresentanza, v. PUGLIATTI - *L’atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 20 ss.. Il vigente codice civile (artt. 1389, 1390 e 1391, relativi rispettivamente alla capacità di agire, ai vizi della volontà ed agli stati soggettivi rilevanti) ha recepito la concezione di Pugliatti, secondo cui entrambi i soggetti del rapporto rappresentativo contribuiscono a formare la volontà negoziale: il rappresentato emette “l’atto di decisione”, il rappresentante appresta “la volontà del contenuto”. E’ evidente, sotto il profilo notarile, che l’indagine della volontà *ex art. 47 L.N.* viene quindi espletata, quanto all’atto di decisione, dal notaio che riceve l’atto di procura, e quanto alla volontà del contenuto dal notaio che riceve il contratto di donazione. Trattandosi, poi, di atto stipulato con un *falsus procurator*, l’unica volontà da indagare è quella del falso rappresentante: la volontà del rappresentato, relativamente al c.d. “atto di decisione” ed agli elementi contenutistici indicati nell’art. 778 c.c., verrà indagata dal notaio che riceverà l’atto pubblico di ratifica.

La Corte d’Appello di Torino, nella sentenza in epigrafe, sembra invece rifarsi alla vecchia teoria del Savigny, secondo cui nella valutazione del rapporto rappresentativo deve aversi riguardo esclusivamente alla volontà del rappresentato, considerandosi quest’ultimo come il vero ed unico contraente, colui che formula la volontà negoziale. Come testimonia il PUGLIATTI - *L’atto di disposizione*, cit., p. 20, nota 23, “oggi la teoria del Savigny può dirsi del tutto abbandonata”.

³⁵ VITTORIA - *Il falsus nuncius*, cit., p. 537 ss..

In conclusione, la donazione stipulata in esecuzione di un mandato generico a donare non è nulla per violazione dell'art. 47 L.N.; non è nulla neanche per violazione dell'art. 778 c.c., in quanto quest'ultima norma determina solo la nullità del mandato a donare che non abbia determinati requisiti e, conseguentemente, l'inefficacia della donazione fino all'eventuale ratifica da parte del *dominus*. Ne consegue che:

- il notaio che riceve l'atto di mandato generico a donare (nullo) viola sicuramente l'art. 28 L.N.;
- il notaio che, invece, riceve l'atto di donazione (inefficace) viola unicamente l'art. 54 del Regolamento Notarile ³⁶.

Gaetano Petrelli

³⁶ La giurisprudenza di merito più recente tende ad escludere il collegamento tra l'art. 54 R.N. e l'art. 28 L.N., contraddicendo così l'orientamento della Corte di Cassazione. Cfr., in particolare, Trib. Verbania 21 giugno 1995, *cit.*; Trib. Treviso 13 gennaio 1992, in *Nuovo Dir.*, 1993, p. 902, con nota di BONATO - *La responsabilità del notaio ex art. 28 n. 1 l. not.*; Trib. Taranto 2 maggio 1988, in *Riv. Not.*, 1989, p. 642; Trib. Firenze 29 ottobre 1987 nn. 437, 455, 471, in *Vita Not.*, 1988, p. 598, con nota di CAMPIGLIA - *Atto pubblico e allegati in forma privata*; Trib. La Spezia 1 aprile 1987, in *Riv. Not.*, 1987, p. 557, ed in *Vita Not.*, 1987, p. 867.

In dottrina, v. soprattutto LUCA - *Gestione di affari altrui e atto notarile*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 639; FERRARA - *L'art. 54 Reg. Not. e il preteso collegamento con l'art. 28 l. not.*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, p. 573; TRIOLA - *Difetto di rappresentanza e responsabilità del notaio ex art. 28 n. 1 legge notarile*, in *Riv. Not.*, 1970, p. 238; BARALIS-METITIERI - *Ancora sul collegamento tra art. 28 L.N. e art. 54 Reg. Not.*, in *Riv. Not.*, 1983, p. 841; LAURINI - *Atti posti in essere da società non iscritta e violazione dell'art. 28 L.N.: un altro collegamento all'insegna della confusione*, in *Riv. Not.*, 1983, p. 516; DELMEDICO - *Gli atti espressamente proibiti dalla legge ex art. 28 n. 1 legge notarile*, in *Riv. Not.*, 1982, p. 713; TOSI - *La responsabilità del notaio ex art. 28 n. 1 L. 16 febbraio 1913 n. 89 (orientamenti interpretativi della norma)*, in *Riv. Not.*, 1982, p. 691.