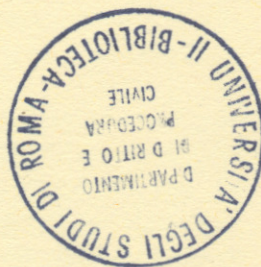


Avv. GIORGIO OPPO

ADEMPIMENTO E LIBERALITÀ



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ — EDITORE

1947

SEZIONE SECONDA

LA DONAZIONE RIMUNERATORIA

CAPITOLO IV

Fattispecie della donazione remuneratoria

23. - La donazione remuneratoria nella vecchia e nella nuova legge. —
24. - La donazione « per riconoscenza »: a) il sentimento di riconoscenza, movente della donazione. Momento soggettivo ed oggettivo dell'elemento remuneratorio in questa ipotesi. — 25. - b) La donazione per riconoscenza e la questione della necessità di un « servizio anteriormente prestato al donante », per l'esistenza della donazione remuneratoria in genere. —
26. - La donazione « in considerazione dei meriti del donatario ». Critica dell'opinione che esclude questa ipotesi dal concetto della donazione remuneratoria — 27. - La donazione « per speciale remunerazione ». —
28. - Momento oggettivo e soggettivo dell'elemento remuneratorio nella donazione per speciale remunerazione. — 29. - Si contesta, anche per questo tipo di donazione, il requisito della anteriorità della prestazione del servizio. — 30. - Applicazioni: a) donazione remuneratoria e rivalutazione onerosa del servizio « remunerato ». — 31. - b) donazione per una precedente donazione. — 32. - c) donazione reciproca.

23. - Nell'istituto che ora imprendiamo a considerare, l'elemento che qualifica l'attribuzione rispetto all'attribuzione liberale tipica e che genera il problema proposto nell'INTRODUZIONE di questo lavoro, è, come sappiamo, l'elemento « remuneratorio ». Per fissarne il contenuto e la rilevanza giuridica è necessario determinare quali fattispecie rientrano nel concetto positivo della donazione remuneratoria. A tal fine, e più in genere per la miglior valutazione dei problemi che si riferiscono al nostro istituto e della posizione assunta in riguardo ad essi dagli interpreti del nuovo codice, si rende opportuno un cenno sullo stato della legge e della dottrina anteriormente alla entrata in vigore del codice vigente.

L'art. 1051 cod. civ. 1865 disponeva: « È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario, o per ispeciale remunerazione, e quella pure per cui si imponga qualche peso al donatario »; e l'art. 1087 escludeva dalla revoca per ingratitudine e per sopravvenienza di figli « le donazioni puramente remuneratorie ».

Di fronte a queste norme la dottrina era pacifica nel senso di far corrispondere la donazione remuneratoria a quella sola ipotesi che l'art. 1051 indicava come « liberalità fatta per ispeciale remunerazione »; mentre appariva evidente che non tutti i casi contemplati nella norma predetta potevano ricomprendersi nella donazione remuneratoria (la qualifica non poteva evidentemente attribuirsi alla donazione modale pure menzionata dall'art. 1051), neanche ci si proponeva il quesito della equiparabilità alla donazione per speciale remunerazione delle liberalità fatte per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario (benchè il riavvicinamento delle tre ipotesi fra di loro e la loro contrapposizione alla donazione modale emergesse dalla lettera dell'articolo), e ciò sia in ossequio alla elaborazione tradizionale del concetto della donazione remuneratoria, sia perchè l'estensione del contenuto logico della categoria sarebbe stata irrilevante agli effetti pratici una volta che l'unica conseguenza del carattere remuneratorio, la irrevocabilità per ingratitudine e per sopravvenienza di figli, era espressamente limitata alle donazioni « puramente remuneratorie » (art. 1087) e quindi, indubbiamente, solo a quelle fatte « per ispeciale remunerazione ». Era inoltre naturale che, così delimitato l'istituto, si presupponesse — implicitamente o esplicitamente — a fondamento della donazione remuneratoria la preesistenza di un servizio reso al donante (1).

Anche nel nuovo codice l'art. 770 I p. recita: « è donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione ». Vi è però da notare: a) che

(1) Nel senso dichiarato nel testo, ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, cit., pp. 102 ss., 104 e tutte le tesi, per altri aspetti tra loro divergenti, da lui riferite; VENEZIAN, *Usufrutto*, 1895, p. 471 nota 1; SCUTO, pp. 127, 922; MAROI, *Donazioni*, p. 74 ss.; DEIANA, *Motivi*, p. 92 ss. e, mi sembra, LABRIOLA, *Donazioni*, p. 27 (per la dottrina francese cfr. TIMBAL, *Donations rémunératoires*, cit., p. 7). Solo si disputava se fosse essenziale alla donazione remuneratoria la inestimabilità del servizio reso al donante (ASCOLI, avversato da tutti i rimanenti autori citati: sul punto anche per altre citazioni, *ultra* nn. 27, 33) e se la donazione « puramente » remuneratoria fosse da intendere in senso più ristretto della donazione remuneratoria in genere (SCUTO; contro ASCOLI, p. 322).

la disp
b) che
in altre
sizioni
riferim
artt. 43
natario
sopravv
evizione
corrispo
l'art. 7
riconos

La
l'argom
che uni
la legge
alla sol
all'inco
contemp
per rico
tesi non
quanto
seconda
dell'istit
motivate
opinione
sta ultim
neratoria
reso al
donazion
a quella
Ved
cedendo
dell'art.7

(1) R
(2) B
III, p. 12;
(3) D'

la disposizione è posta sotto la rubrica « donazione remuneratoria »; b) che è sparito il richiamo della donazione modale, contemplata ora in altre disposizioni (artt. 793-794); c) che è anche sparito, nelle disposizioni che stabiliscono gli effetti del carattere remuneratorio, il limitato riferimento alle donazioni « puramente » remuneratorie: la formula degli artt. 437, 805, 797 n. 3 che contemplano tali effetti (esenzione del donatario dall'obbligo degli alimenti e dalla revoca per ingratitudine e sopravvenienza di figli, soggezione del donante alla garanzia per evizione sino alla concorrenza dell'entità delle prestazioni ricevute) corrisponde a quella della rubrica sotto cui sono raggruppate (nell'art. 770) e la donazione per speciale remunerazione e quelle per riconoscenza e per i meriti del donatario.

La posizione della dottrina che ha avuto modo di avvicinare l'argomento dopo questa nuova sistemazione della materia è tutt'altro che univoca. Vi è chi è rimasto nella scia dell'opinione formatasi sotto la legge precedente e continua a riferire la donazione remuneratoria alla sola ipotesi di donazione per « speciale remunerazione » ⁽¹⁾; vi è all'incontro chi estende la donazione remuneratoria a tutte le ipotesi contemplate dalla prima parte dell'art. 770, e cioè anche alla donazione per riconoscenza e per i meriti del donatario ⁽²⁾. Chi enuncia la prima tesi non sembra si sia prospettata la opportunità che il problema sia quanto meno riconsiderato alla luce della legge nuova; chi enuncia la seconda non sembra avere avuto presente la precedente elaborazione dell'istituto: onde l'una e l'altra tesi non appaiono sufficientemente motivate e difese, ciascuna contro la tesi opposta e contro una terza opinione che è stata pure avanzata e maggiormente motivata. È questa ultima una tesi intermedia la quale mantiene alla donazione remuneratoria il fondamento tradizionale della preesistenza di un servizio reso al donante, ma mentre in conseguenza esclude dal concetto la donazione per meriti del donatario, vi ricomprensce invece, accanto a quella per speciale remunerazione, la donazione per riconoscenza ⁽³⁾.

Vedremo quale giudizio debba darsi di queste affermazioni procedendo all'esame delle singole ipotesi contemplate nella prima parte dell'art. 770. E intanto un'osservazione preliminare che vale per tutte

(1) ROTONDI, *Istituzioni*, cit., p. 506.

(2) BALBI, *Saggio sulla donazione*, cit., p. 93 ss.; MESSINEO, *Manuale*, cit., III, p. 12; BRUNELLI-ZAPPULLI, *op. cit.*, p. 518; BARASSI, *Istituzioni*, p. 412.

(3) D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, cit., p. 61 ss.

queste ipotesi: l'elemento che conferisce all'attribuzione la qualifica (di donazione) remuneratoria non è, a differenza di quel che si è visto per la qualifica d'uso, un elemento meramente oggettivo: all'incontro perchè la donazione sia remuneratoria è necessario che il donante sia determinato alla donazione da un movente particolare. Mentre la liberalità è d'uso alla sola condizione della sua oggettiva conformità al costume sociale, la donazione non è remuneratoria per ciò solo che fra le parti esista una relazione tale da giustificare un sentimento di riconoscenza, una speciale remunerazione o per ciò solo che il donatario meriti la « considerazione » del donante: occorre che la donazione sia fatta *per* riconoscenza, *per* speciale remunerazione, *in considerazione* dei meriti del donatario (art. 770, 1 p.), e cioè che il donante si sia indotto a donare per uno di questi « motivi ».

Anche il carattere remuneratorio ha sì necessità di fondarsi — come vedremo — su un dato oggettivo che metta l'applicazione della tutela remuneratoria al riparo dagli arbitri della psicologia individuale, ma questo elemento non è per sé sufficiente se non è stato considerato dal donante nel determinarsi alla liberalità, se cioè esso non si riflette in un corrispondente atteggiamento psicologico dell'agente. Direttamente rilevante è dunque questo elemento soggettivo, benchè la sua rilevanza sia condizionata dall'esser esso sorretto da quella giustificazione cui si è accennato. L'importanza di questa constatazione agli effetti della nostra indagine è per sé evidente e se ne vedranno gli sviluppi nel corso del nostro esame.

24. — Sotto la rubrica « donazione remuneratoria » troviamo menzionata anzitutto, nell'art. 770 cod. civ., la donazione « fatta per riconoscenza. » Che essa abbia oggi diritto alla qualifica di « remuneratoria » appare pertanto difficilmente negabile e, benchè la donazione remuneratoria sia stata da taluno — come si è sopra richiamato — limitata, anche di fronte alla nuova legge, all'ipotesi di « speciale remunerazione », nessun argomento si è avanzato contro il carattere remuneratorio della donazione per riconoscenza che debba esser confutato in questa sede. Rinvio pertanto, ad evitare ripetizioni, a quel che esporrò a proposito dell'appartenenza alle donazioni remuneratorie della liberalità fatta in considerazione dei meriti del donatario, per la quale ultima la esclusione del carattere remuneratorio è stata meglio motivata: le argomentazioni che si svolgeranno a quel riguardo confermeranno il carattere remuneratorio anche della donazione « per riconoscenza ».

Qui più
zione del rec
della qualifi
determinazio

a) L'ele
torio è, nell
to movente
« fatta per ri
(retro, n. 4)
mente attrib
minato « mo
Mentre nella
effetti della d
a un movente
in essere una
come pure in
la rilevanza
(e prescinde,

Ma se la
levare che q
perchè possa
legge non pu
tri della psic
mente e soci
drebbe in tal
priverebbero
tanto meno c
solo sulle pa
altri soggetti
carattere rim
servizio che
considerata c
beneficio o c
legittimi, ripe
di riconoscen
nazione rimu
donante di c

(1) D'ANG

(2) BALBI,

Qui piuttosto conviene fermare l'attenzione: a) sulla determinazione del requisito della riconoscenza; b) sui riflessi che l'attribuzione della qualifica remuneratoria alla donazione per riconoscenza ha nella determinazione del concetto generale della donazione remuneratoria.

a) L'elemento caratteristico e costitutivo del carattere remuneratorio è, nell'ipotesi considerata, il sentimento di riconoscenza *in quanto movente della liberalità*: è donazione remuneratoria la donazione « fatta per riconoscenza ». Ci troviamo cioè — come si è già rilevato (*retro*, n. 4) — di fronte a un caso di rilevanza giuridica espressamente attribuita dalla legge a uno di quei moventi che ho sopra denominato « motivi-sentimento » in contrapposizione ai « motivi-scopo ». Mentre nella donazione « per speciale remunerazione » la rilevanza, agli effetti della definizione della donazione come remuneratoria, è attribuita a un movente che ha natura di « scopo » (lo scopo di remunerare, di porre in essere una speciale remunerazione), nella donazione per riconoscenza, come pure in quella fatta in considerazione dei meriti del donatario, la rilevanza è attribuita a un sentimento che non ha natura di scopo (e prescinde, in particolare, dallo scopo di un risultato remuneratorio).

Ma se la riconoscenza è un sentimento del donante, vi è da rilevare che questo sentimento deve pure avere una giustificazione reale perchè possa imprimere alla donazione il carattere remuneratorio. La legge non può ricollegare la particolare tutela remuneratoria agli arbitri della psicologia individuale in assenza di una situazione che moralmente e socialmente giustifichi un sentimento di riconoscenza: si cadrebbe in tal modo nel soggettivismo più spinto e più irrazionale e si priverebbero gli effetti remuneratori di una sicura giustificazione. E tanto meno ciò è ammissibile, in quanto tali effetti si ripercuotono non solo sulle parti, ma, come è stato esattamente rilevato ⁽¹⁾, anche su altri soggetti. Come nella donazione per speciale remunerazione il carattere remuneratorio presuppone — e lo vedremo in seguito — un servizio che giustifichi lo scopo di remunerare, così nell'ipotesi ora considerata quel carattere presuppone, se non un servizio, un generico beneficio o comunque una relazione tale fra donante e donatario che legittimi, ripeto, socialmente e moralmente, il sorgere di un sentimento di riconoscenza nel primo. È improprio pertanto affermare che la donazione remuneratoria « suppone soltanto la convinzione soggettiva del donante di dover donare per motivi particolari » ⁽²⁾; la donazione

(1) D'ANGELO, *op. cit.*, p. 134.

(2) BALBI, *op. cit.*, p. 93 (a p. 95 del resto l'A. afferma che « il carattere

rimuneratoria suppone invece che una giustificazione della « remunerazione » esista realmente e non nella mera « convinzione » dell' agente.

Benchè sia, a mio avviso, eccessivo parlare nel nostro argomento, come fa ora il D'ANGELO, di un *dovere* di riconoscenza come *necessario* presupposto della qualifica remuneratoria, è indubbio dunque che la gratitudine deve essere in concreto moralmente e socialmente giustificata ⁽¹⁾. Ciò che mentre non esclude, e anzi conferma, la necessità del *sentimento* di riconoscenza come movente della liberalità, attribuisce a questo movente quella oggettiva giustificazione dalla quale il diritto non può prescindere.

Comunque è naturale che, ove alla situazione di fatto dalla quale in concreto la riconoscenza si origina la coscienza collettiva ricollegli — come accadrà di norma — un vero e proprio dovere a carico del donante, *a fortiori* dovrà riconoscersi il carattere remuneratorio della donazione. A torto si è contestato che la riconoscenza possa, agli effetti di tale carattere, configurarsi come un dovere morale o sociale, asserendo che questa affermazione metterebbe in contraddizione la prima parte dell' art. 770, che attribuisce la qualifica di donazione alla donazione remuneratoria, con il capoverso dello stesso articolo che rifiuta quella qualifica alla liberalità d' uso ⁽²⁾. La liberalità d' uso non presuppone affatto, come già abbiamo rilevato e meglio vedremo trattando dei suoi rapporti con l' adempimento di obbligazione naturale, un dovere morale o sociale, nè è esclusa dal novero delle donazioni per l' esistenza di un simile dovere; se anche ciò fosse, del resto, nessuna contraddizione verrebbe a prodursi, seguendo la tesi qui sostenuta, fra i due comma dell' articolo citato, giacchè l' esclusione del carattere donativo, contenuta nel capoverso, sarebbe comunque limitata all' ipotesi di esistenza di un dovere morale o sociale *prodotto dall' uso*. Nè è maggiormente concludente osservare che « non esiste un dovere di concretare la riconoscenza in uno piuttosto che in un altro comportamento, nè quindi di esser riconoscenti mediante un' attribuzione pa-

rimuneratorio deve circoscriversi a quelle ipotesi in cui il donante sia mosso da un *fatto sufficientemente notevole* »).

(1) Sulla distinzione fra esistenza di una giustificazione morale o sociale e di un *dovere* morale o sociale al compimento di una prestazione, e sulla possibilità che la prima ricorra senza il secondo, cfr. anche PLANCK, *Kommentar*, II, 2, 1928, al § 814, pp. 1646-1647; ENGELMANN, in STAUDINGER, II, 3, 1929, p. 1697.

(2) BALBI, *op. cit.*, pp. 96-97.

trimonia
ma se r
un' attril
scenti. I
una pr
non sia
morali c
la dona
significa
che, qu
riconosc
zione è

25.

presupp
vece ch
servizio
ad esser
lato che
ricevuto
un senti
rimunera
nato co
vente d
dallo sc
Dun
noscenza
la qualif
vizio res
senziale
tale nel
di abbar
rimunera
zionata
poichè l
alla nuov
stione h

(1) V

trimoniale al benefattore ossia mediante una donazione ». Ciò è esatto ⁽¹⁾, ma se non esiste un dovere di concretare la riconoscenza mediante un'attribuzione patrimoniale, esiste bene un dovere di essere riconoscenti. E che questo dovere non si risolva di necessità in quello di una prestazione di carattere patrimoniale non significa che esso... non sia un dovere morale: tanto varrebbe dire che non esistono doveri morali che non abbiano a contenuto... una donazione. Affermare che la donazione remuneratoria presuppone un dovere di riconoscenza non significa affermare che essa presuppone un dovere di donare; ma solo che, quando una donazione sia fatta in adempimento di un dovere di riconoscenza, mossi dal sentimento di questo dovere, questa donazione è remuneratoria.

25. — Ma se la donazione remuneratoria « per riconoscenza » presuppone un sentimento di riconoscenza, essa non presuppone invece che questo sentimento si origini dall'avvenuta prestazione di un servizio specifico al donante nè che il sentimento del donante abbia ad essere lo scopo di remunerare un simile servizio. È chiaro da un lato che la riconoscenza può originarsi da motivi diversi dall'aver ricevuto un determinato servizio, dall'altro che si può esser mossi da un sentimento di riconoscenza senza aver per questo l'intenzione di remunerare un servizio del donatario; e si è già a più riprese accennato come la legge distingua, nella prima parte dell'art. 770, il movernente dato dal sentimento di riconoscenza da quello rappresentato dallo scopo di porre in essere una speciale remunerazione.

Dunque, già in base alla considerazione della donazione per riconoscenza, deve convenirsi che — a meno di negare in questa ipotesi la qualifica remuneratoria — il requisito della preesistenza di un servizio reso dal donatario al donante, già concordemente ritenuto essenziale alla donazione remuneratoria sotto la vecchia legge, non è più tale nel regime della legge nuova. Ancor più evidente è la necessità di abbandonare l'anzidetto requisito qualora si ammetta il carattere remuneratorio della donazione per i meriti del donatario, pure menzionata dall'art. 770 sotto la rubrica « donazione remuneratoria ». Ma poichè la necessità di quel requisito è stata sostenuta anche di fronte alla nuova legge, e poichè è chiara l'essenziale rilevanza che la questione ha per la determinazione del concetto della donazione rimune-

(1) Vedi infatti anche D'ANGELO, pp. 114-115.

ratoria e per la disciplina delle nostre ipotesi, giova indugiarsi alquanto nella precisazione della tesi nostra e nella confutazione di quella contraria.

Nello studio al quale mi sono più volte riferito, il D'ANGELO ritiene che, anche per la nuova legge, la donazione remuneratoria supponga sempre dal punto di vista oggettivo dei servizi specifici da remunerare, dal punto di vista soggettivo lo scopo o l'intenzione di effettuare una specifica remunerazione; onde espressamente nega che sia sufficiente dal primo punto di vista la preesistenza di un beneficio « generico », dal secondo la presenza di un « generico » dovere di gratitudine, ed in questo senso parla di un « preciso » o « particolare » dovere di riconoscenza del donante, come necessario presupposto del carattere remuneratorio ⁽¹⁾. La tesi sembra difficilmente sostenibile di fronte alla legge positiva se deve ammettersi che la legge qualifica « remuneratoria » la donazione per riconoscenza e quella per meriti del donatario: ma poichè di queste due ipotesi, dalle quali si argomenta la conclusione da me sostenuta, la prima è riconosciuta dal D'ANGELO come ipotesi di donazione remuneratoria, la seconda è esclusa da questa qualifica, giova considerarle distintamente agli effetti problema. Cominciamo dalla donazione per riconoscenza.

Una prima considerazione che si oppone al mantenimento della tesi tradizionale, per chi abbia presente questo tipo di donazione, è la seguente: che essa priverebbe di contenuto e di ragion d'essere la prima parte dell'art. 770 là dove dichiara remuneratoria la donazione per riconoscenza distintamente da quella per speciale remunerazione. È evidente che la legge si riferisce, parlando di donazione « per riconoscenza » e « per speciale remunerazione », ad ipotesi diverse: invece se donazione remuneratoria fosse solo quella che presuppone dei servizi specifici generanti un « particolare » (specifico) dovere di gratitudine, l'istituto sarebbe interamente ricompreso nella seconda delle due formule e resterebbe senza significato la prima.

Invero la formula « per speciale remunerazione » comprende tutte le ipotesi alle quali si vorrebbe ancora limitare il concetto della donazione remuneratoria. Quella formula, considerata nella sua portata oggettiva e all'infuori da preoccupazioni costruttive, è comprensiva di più significati: significa anzitutto remunerazione per speciali servizi, e inoltre remunerazione « speciale », « particolare », nel senso di remunerazione non dovuta per il servizio che si remunera, e non dovuta non solo per

(1) *La donazione remuneratoria*, cit., pp. 62 ss., 130.

legge ma ne
contrapposizi
servizi resi »
verso dell'ar
guardi — il
trambi) che la
posizione dell
rimunerazione
formula e il
plessiva dell'
(particolare)
legge, nè per
buzione è do
vuta è già stat
ad essa, sia a
quella dovuta.
non è normale

Ogni limit
così viene a r
un servizio sp
bitraria è cos
che la formula
a titolo oneros
dopo il pagam
conoscenza. N
in questo mod
meno « specia
la remunerazion
del tutto vano a
co, il progetto
citato — dell'a
l'uso dell'espr
espressione è p
che sarebbe di
l'ausilio di un
cludente, giac
codice austriac
punto nel sens
nuto dall'Auto
ciò che l'attrib

legge ma neanche per l'uso (costume) sociale (ciò emerge dalla sua contrapposizione alla liberalità « che si suol fare in occasione di servizi resi » o liberalità remuneratoria d'uso, contemplata dal capoverso dell'art. 770). Questo secondo significato comprende — chi ben guardi — il primo, ed è in questo senso (in realtà comprensivo di entrambi) che la formula è usata, come è reso chiaro dalla rilevata contrapposizione della donazione remuneratoria alla liberalità d'uso. Per speciale remunerazione — se si vuol rispettare e il significato oggettivo della formula e il significato che le è attribuito dalla considerazione complessiva dell'art. 770 — significa dunque: per remunerazione di un (particolare) servizio alla quale il donante non è tenuto (né per la legge, né per l'uso); e l'obbligo può mancare sia perchè nessuna retribuzione è dovuta per il servizio stesso, sia perchè la retribuzione dovuta è già stata prestata e la remunerazione donativa dovrebbe aggiungersi ad essa, sia anche perchè la retribuzione eccede in qualità o quantità quella dovuta. In tutti questi casi la retribuzione è speciale in quanto non è normale, solita.

Ogni limitazione a questo significato logico della formula, che così viene a ricomprendere ogni ipotesi di donazione remuneratoria di un servizio specifico, è arbitraria di fronte al testo della legge. Arbitraria è così la limitazione sostenuta dal D'ANGELO, il quale ritiene che la formula stessa vada riferita solo all'ipotesi di servizio prestato *a titolo oneroso* che per la sua « specialità » faccia sussistere, pur dopo il pagamento della retribuzione dovuta, un dovere morale di riconoscenza. Non si vede in realtà alcuna ragione plausibile di limitare in questo modo il significato dell'espressione legislativa. Forse che è meno « speciale » della remunerazione di un servizio già retribuito la remunerazione di un servizio che non deve essere retribuito? È del tutto vano affaticarsi su un precedente del codice generale austriaco, il progetto MARTINI, lontano progenitore — a detta dell'Autore citato — dell'art. 770 del nostro codice almeno per quanto riguarda l'uso dell'espressione « per speciale remunerazione », quando questa espressione è per se non equivoca e non può certo soffrire limitazioni che sarebbe difficile richiamare alla volontà del nostro legislatore con l'ausilio di un così lontano precedente. Ma più che vano è inconcludente, giacchè in quel progetto (come del resto nel § 940 del codice austriaco) l'estremo della speciale remunerazione è chiarito appunto nel senso che qui si sostiene, e non in quello limitato sostenuto dall'Autore: vi si dice infatti che la donazione non è esclusa da ciò che l'attribuzione gratuita segua per speciale remunerazione (*zur*

besonderen Belohnung) « quando il remunerato non avrebbe azione alcuna per ottenere la remunerazione stessa » (*wenn nur der Belohnte darauf kein Klagerecht vorher gehabt hat*) (3 Teil, 2 Hauptstück, § 4 dell' Entwurf MARTINI's cit.; § 940 cod. gen. austriaco). Ora è chiaro che il primo caso in cui al remunerato non spetta azione per ottenere la remunerazione è quello in cui non gli spetta azione per verun compenso, e che è questa quindi la prima ipotesi di speciale remunerazione; ancor prima di quella (che pure è da ritenere ricompresa nelle formule richiamate) in cui il remunerato abbia azione per un compenso ma non per la remunerazione in concreto accordatagli. Il fatto è che il D'ANGELO ha ragione nel sostenere che nella formula « per speciale remunerazione » è incluso il caso di servizio prestato a titolo oneroso e già in precedenza retribuito, ma erroneamente afferma che sia solo questa l'ipotesi cui la formula è riferibile, giacchè l'espressione stessa abbraccia invece tutte le possibili ipotesi di donazione remuneratoria di uno specifico servizio.

Se ciò è vero, per non negare valore alla formula « per riconoscenza », con la quale il legislatore ha inteso porre una fattispecie di donazione remuneratoria diversa da quella cui si è riferito con la formula « per speciale remunerazione », bisogna concludere che la prima riguarda una donazione che non sia diretta a remunerare un servizio specifico. Ed invero, come l'esplicazione da noi fornita della formula « per speciale remunerazione » è in perfetta armonia col significato oggettivo della formula stessa, così quanto ora si sostiene è perfettamente giustificato dal significato oggettivo della formula « per riconoscenza ». E' del tutto ovvio — come sopra osservavo — che si possa essere animati da riconoscenza verso altri anche senza averne ricevuto un servizio specifico quale quello che il D'ANGELO vuol mantenere a fondamento della donazione remuneratoria in genere. Là dove l'Autore si allontana senza giustificazione nè motivazione dalla legge, è nel richiedere un « preciso » o « particolare » dovere di riconoscenza (nel senso che ho riferito), mentre la legge richiede solo l'estremo della riconoscenza senza esigere che essa sia (in quel senso) « particolare ». Si faccia il caso del figlio che ai sacrifici del proprio padre debba la propria educazione ed il raggiungimento di una elevata posizione sociale, e al padre faccia una donazione « per riconoscenza » di questo massimo fra i benefici: dichiareremo noi non remuneratoria una simile donazione, e le sottrarremo quella maggior tutela che la legge accorda al donatario « remunerato », là dove la legge stessa definisce remuneratoria la donazione « fatta per riconoscenza »? Si faccia il caso di

chi, esser
di elevata
proprio a
messo su
caduto in
riconosce
ed a ragi

Del
quando s
giore è il
scita, tant
sentiment
compenso
alla sussis
al « perse
rimunerare
or ora ipo
riconoscer
contro la l
ritiene lo

Può d
che alla d
fico reso d
nerare un
(e vedremo
zione rimu
aversi don
D'ANGELO
lo ricevè m
rico sentin
questa ipot
zione alla
munerare c
sentimento
quelli sopr

A que

(1) Allu
ficio ricevut
Foro it., 19

chi, essendo di modesta condizione, dalla benevolenza di persona di elevata posizione sociale che gli manifesti amicizia, lo accolga nel proprio ambiente, lo soccorra di consigli e di morale assistenza, sia messo sulla via di mutare il proprio stato e doni al suo benefattore caduto in miseria: escluderemo qui gli estremi della donazione per riconoscenza, e quindi remuneratoria? Par chiaro che la legge è stata, ed a ragione, più liberale di quanto non voglia esserlo il suo interprete.

Del resto si può donare senza l'intenzione di remunerare anche quando si sia ricevuto un servizio specifico: che anzi quanto maggiore è il servizio ricevuto, e maggiore la riconoscenza che esso suscita, tanto più probabile è che l'agire del donante sia mosso da puro sentimento di gratitudine senza l'intenzione di dare al benefattore un compenso per il servizio reso. Condizionando il carattere remuneratorio alla sussistenza dello « scopo di attribuire una speciale remunerazione », al « perseguimento di un risultato remuneratorio », alla « intenzione di remunerare », si escluderebbe dalla donazione remuneratoria la fattispecie ora ipotizzata, laddove essa integra gli estremi della donazione per riconoscenza e quindi va dichiarata remuneratoria se non si vuole andare contro la legge. A meno di negare che sia remuneratoria, contro quanto ritiene lo stesso D'ANGELO, la donazione fatta per riconoscenza.

Può dunque concludersi — già in base a queste considerazioni — che alla donazione remuneratoria non è essenziale un servizio specifico reso dal donatario, nè è essenziale che ricorra l'intenzione di remunerare un tale servizio specifico: questi estremi sono da riferire (e vedremo anche qui con quali precisazioni) solo a *un caso* di donazione remuneratoria (la donazione « per speciale remunerazione »). Può aversi donazione remuneratoria anche in presenza di quello che il D'ANGELO chiama un servizio generico ⁽¹⁾, che abbia suscitato in chi lo riceve non una specifica intenzione di remunerare ma solo un generico sentimento di gratitudine (donazione « per riconoscenza »). In questa ipotesi l'elemento giuridicamente rilevante, al fine dell'attribuzione alla liberalità del carattere remuneratorio, non è l'intento di remunerare o il risultato remuneratorio perseguito, ma appunto un mero sentimento di riconoscenza che rientra — come già si è detto — fra quelli sopra qualificati come motivi-sentimento.

A questa ipotesi va riferita la formula della legge « donazione

(1) Allude, oltre che ad una prestazione, « più genericamente a un beneficio ricevuto » il BALBI, *cit.*, p. 94.; cfr. anche App. Bologna 17-4-1941, *Rep. Foro it.*, 1942, voce « Donazioni », n. 38.

fatta per riconoscenza »; anzi *solo* a questa ipotesi, giacchè quella in cui ricorre l'intenzione di remunerare ha da ritenersi — in tutti i suoi possibili atteggiamenti — ricompresa nell'altra formula « donazione per speciale remunerazione ».

26. — Altra ipotesi di donazione remuneratoria in cui la legge prescinde dalla prestazione di un particolare servizio al donante, e in cui l'elemento psicologico (movente) decisivo agli effetti remuneratori non è lo scopo di remunerare ⁽¹⁾ ma un più generico sentimento del donante, è quella della donazione fatta in « considerazione dei meriti del donatario ». Qui l'elemento psicologico che conferisce, per il citato art. 770, carattere remuneratorio alla donazione, è quel sentimento di ammirazione e di generica gratitudine che il donante, come membro della società, concepisce per chi si è reso benemerito verso la società stessa; non verso lo stesso donante ⁽²⁾, giacchè diversamente si rientrerebbe nella donazione per riconoscenza.

Anche qui alla nostra conclusione è contrario l'avviso del D'ANGELO, in quanto secondo questo Autore la donazione in considerazione dei meriti del donatario non sarebbe da qualificare come un'ipotesi di donazione remuneratoria ⁽³⁾. L'opinione è il frutto alquanto azzardato di un pregiudizio costruttivo (quello che alla donazione remuneratoria sia essenziale la preesistenza di un servizio specifico e l'intento di remunerarlo) e va senza esitazione rifiutata. In verità a chi si fermi alla considerazione della redazione attuale della legge, può apparir poco comprensibile che di fronte a una disposizione che si intitola « donazione remuneratoria » e che elenca varie ipotesi di donazione, ci si spinga ad affermare che non tutte tali ipotesi, ma alcune soltanto sono considerate donazioni remuneratorie dalla legge stessa: è poco pensabile che nell'applicare quelle norme che contengono un riferimento puro e semplice alla donazione remuneratoria, quali l'art. 437 e l'art. 805, vi sia un giudice capace di riferirsi a un concetto di donazione remuneratoria diverso da quello positivamente statuito nell'art. 770, e di negare applicazione a quelle norme in relazione a una

(1) Anche il BALBI, p. 95, osserva che non è proprio qui associare alla donazione l'idea del compenso « dato che il donante non ha risentito alcun beneficio per i meriti del donatario » (quanto meno infatti non lo ha risentito come individuo).

(2) Conformi BALBI, p. 95; D'ANGELO, p. 64.

(3) *Op. cit.*, p. 64 ss.

qualsiasi
rimunerat

La te
denti legi
stessa co
ho già av
dice. Ma
si vorreb
donazione
di attribu
della loro
possono

Il D'
salendo a
Albertino
già ricord
di dare u
lificarla, c
art. 770, c
giacchè se
come rimu
gnifica ch
slatore: e
semplice,
tesi di « c
che dove
determinar
tutte quell

Ciò è
ho già os
contenuto
evidentem
riprova ch
« donazion
sullo stes
della dona
gislatore l
contenuto
all'istituto
prescinder

qualsiasi delle ipotesi che l'art. 770 qualifica ipotesi di donazione remuneratoria.

La tesi del D'ANGELO si spiega tuttavia tenendo presenti i precedenti legislativi e dottrinali che si sono richiamati al n. 23; e con la stessa considerazione si spiega come la tesi stessa non sia — secondo ho già avvertito — isolata nella dottrina formatasi sotto il nuovo codice. Ma anche considerando tali precedenti, gli argomenti con i quali si vorrebbe negare che l'art. 770 contenga la definizione positiva della donazione remuneratoria e provare che quindi l'interprete resta libero di attribuire o meno tale qualifica alle ipotesi in esso previste, a seconda della loro corrispondenza o meno al genuino concetto dell'istituto, possono esser confutati.

Il D'ANGELO si richiama ai precedenti della nostra disposizione, risalendo anche qui — attraverso l'art. 1051 cod. 1865, l'art. 1122 cod. Albertino e il § 940 cod. civ. gen. austriaco — al progetto MARTINI, già ricordato, e rileva che tutte queste disposizioni non si proponevano di dare una definizione della donazione remuneratoria, ma solo di qualificarla, o meglio di qualificare le tre ipotesi considerate nel nostro art. 770, come donazione. Il rilievo è esatto ma non è concludente, giacché se quelle norme non intesero definire l'istituto, e cioè qualificare come remuneratoria la donazione nelle tre ipotesi anzidette, ciò non significa che questa definizione non abbia inteso dare il nostro legislatore: e che lo abbia inteso è provato dalla constatazione, assai semplice, che le ha qualificate, nell'intitolazione dell'art. 770, ipotesi di « donazione remuneratoria »; con la conseguenza, già rilevata, che dove egli si riferisce alla donazione remuneratoria agli effetti di determinarne la disciplina, deve intendersi che si riferisca a quelle e a tutte quelle ipotesi.

Ciò è tanto più evidente in quanto dall'art. 770 è stato — come ho già osservato — eliminato l'accento alla donazione modale che era contenuto nel corrispondente art. 1051 cod. 1865, ipotesi, quest'ultima evidentemente eterogenea rispetto alla donazione remuneratoria: il che riprova che i casi che l'art. 770 ha mantenuto sotto la definizione « donazione remuneratoria » sono stati dal legislatore considerati tutti sullo stesso piano, agli effetti del carattere remuneratorio. L'esclusione della donazione modale dalla norma citata dimostra infatti che il legislatore ha avvertito ed ha voluto eliminare quella eterogeneità di contenuto che il vecchio art. 1051 presentava appunto di fronte all'istituto individuato nella rubrica della nuova norma. Del resto, a prescindere dai precedenti del testo attuale e considerando, per così

dire, l'ambiente giuridico in cui viviamo, non si vede quale ragione di dubbio potrebbe nascere sul carattere donativo dell'attribuzione gratuita fatta in considerazione dei meriti del donatario, e quindi quale necessità vi sarebbe oggi dell'affermazione dell'art. 770 al riguardo, se essa dovesse intendersi come affermazione del solo carattere donativo e non anche di quello remuneratorio.

Ma il D'ANGELO contesta che la rubrica dell'art. 770 vincoli l'interprete a ritenere il caso anzidetto un caso di donazione remuneratoria. Egli osserva che « l'inesattezza della intitolazione dell'articolo è dimostrata dalla presenza nel capoverso della liberalità remuneratoria non donativa e perfino della liberalità d'uso non remuneratoria ». È chiaro tuttavia che da questa inesattezza non sarebbe lecito indurre quella maggior inesattezza che è presupposta dalla tesi dell'Autore, e che la constatazione di una imprecisione del legislatore non può esser argomento per addossargliene un'altra che non derivi di necessità dalla prima. D'altra parte dalla incompletezza della rubrica non può nascere alcuna difficoltà interpretativa, giacchè, essendo espressamente negata alle liberalità contemplate nel capoverso la qualifica di donazione (« non è donazione ecc. »), è ovvio che la qualifica di donazione remuneratoria, stabilita nella rubrica, è stata attribuita a quelle liberalità (contemplate nella prima parte dell'articolo) che sono definite come donazioni (« è donazione ecc. »). Se l'intitolazione dell'art. 770 fosse « donazione remuneratoria e liberalità d'uso », essa sarebbe, anche dal punto di vista formale, perfetta, ma non avrebbe portato evidentemente alcuna modifica nella posizione e risoluzione della nostra questione; oppure il D'ANGELO avrebbe in tal caso... rinunciato a sostenere che la qualifica di donazione remuneratoria non va estesa a tutte le ipotesi contemplate nella prima parte della nostra disposizione?

D'altra parte il tentativo di isolare la donazione fatta in considerazione dei meriti del donatario dalle due rimanenti ipotesi della prima parte dell'art. 770, è impresa disperata dal punto di vista esegetico e che solo per amore di costruzione può pensarsi di tentare, dato che la prima ipotesi è inframmezzata alle altre le quali costituiscono, anche a detta dell'Autore, entrambe ipotesi di donazione remuneratoria. Non serve, anzi è controindicato, rilevare che in quel lontanissimo progetto MARRINI la donazione in considerazione dei meriti era menzionata per prima anzichè fra le altre due, perchè l'adozione di questa seconda collocazione — che già si riscontra nel progetto del cod. gen. austriaco e in tutte le disposizioni che il D'ANGELO considera derivate da quello — sta a dimostrare che non solo il legislatore italiano del

1942 ma
l'opportu
almeno c
valore l'a
donatario
per speci
la pura li
qui non t
zione rim
che dalla
rilevare c
ipotesi d
l'art. 770
ricavarsi
rubrica, c
zione da
neratoria
o almeno
è definita

Non
alla dona
derazione
Ritiene l'
meriti de
stanziati »
l'incongr
che il rili
dalla legg
norma ad
sembra «
la legge :
quanto im
contraddic
venienza.
nessun gi
sarà cattiv

(1) Op

(2) Ve

1942 ma anche tutti i legislatori precedenti non hanno riconosciuto l'opportunità di una differenziazione dell'ipotesi dalle rimanenti, o almeno di quella differenziazione che il D'ANGELO sostiene. Nè ha valore l'affermazione che « aver collocato la donazione pei meriti del donatario proprio nel mezzo fra la donazione per riconoscenza e quella per speciale remunerazione significa aver spezzato nella formulazione la pura linea logica del concetto di donazione remuneratoria »; perchè qui non un puro concetto logico ma il concetto positivo della donazione remuneratoria si tratta di individuare, ed esso non può ricavarsi che dalla legge, fuori da ogni apriorismo logico. Infine non varrebbe rilevare che la definizione che qui si sostiene non è attribuita alle tre ipotesi di donazione remuneratoria *dal testo* della prima parte dell'art. 770, giacchè, dopo quanto si è detto, è chiaro che essa deve ricavarsi dal coordinamento del contenuto della norma con la sua rubrica, dato anche che il legislatore si richiama altrove alla definizione data nella rubrica stessa: diversamente la qualifica remuneratoria potrebbe esser messa in forse anche per le rimanenti ipotesi, o almeno per la donazione per riconoscenza giacchè neanche questa è definita remuneratoria *dal testo* dell'articolo citato.

Non è migliore l'argomento che, contro la qualifica qui attribuita alla donazione pei meriti del donatario, il D'ANGELO trae dalla considerazione della disciplina positiva della donazione remuneratoria ⁽¹⁾. Ritieni l'A. che l'applicazione di tale disciplina alla donazione pei meriti del donatario « non sia giustificata da adeguate ragioni sostanziali » e ciò conforterebbe il suo assunto. Dubito fortemente dell'incongruenza della legge in proposito ⁽²⁾; ma ad ogni modo è chiaro che il rilievo del D'ANGELO non costituirebbe un argomento tratto dalla legge ma una critica della legge. Escludere l'applicazione della norma ad una ipotesi da essa contemplata perchè tale applicazione sembra « incongrua » all'interprete, non si può senza mettersi contro la legge: la stessa *interpretatio abrogans* può ammettersi solo in quanto imposta dall'esistenza di altra norma o principio positivo che contraddica alla norma da abrogare, e non per ragioni di pratica convenienza. Di quest'ultima è giudice solo il legislatore, o comunque nessun giudizio può sovrapporsi al suo quando questo esista. La legge sarà cattiva, *sed lex*. Quando poi, nell'affermare l'incongruenza del-

(1) *Op. cit.*, p. 67.

(2) Vedi infatti una giustificazione in BALBI, *op. cit.*, p. 97.

l'applicazione di una norma, si parte dalla contrapposizione, al concetto legislativo della fattispecie, di un concetto logico da esso divergente, ci troviamo in presenza di uno di quei tipici eccessi della « costruzione » che poco giovano al credito della dottrina ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

(1) È certo inapplicabile alla donazione pei meriti del donatario l'art. 797 n. 3, relativo alla garanzia per evizione, che si riferisce a « prestazioni ricevute dal donante ». Ma ciò non significa che l'anzidetta donazione non sia una ipotesi di donazione remuneratoria, ma solo che la norma citata si riferisce a un'ipotesi soltanto di donazione remuneratoria e precisamente a quella in cui il donante abbia in precedenza ricevuto una prestazione dal donatario; come è reso manifesto dal contenuto della disposizione. Se si dovesse argomentare la nozione di donazione remuneratoria da quest'ultima norma, anziché dalla norma che contiene la definizione dell'istituto (l'art. 770), non resterebbe anzi ricompresa in quella nozione che una sola ipotesi di donazione remuneratoria: quella di servizi *estimabili gratuitamente prestati*. Invero, mentre per il servizio inestimabile non potrebbe calcolarsi « l'entità delle prestazioni ricevute dal donante » (sino alla concorrenza delle quali è dovuta la garanzia), per il servizio estimabile *già retribuito* non può certo affermarsi una responsabilità del donante per l'evizione che non tocchi la retribuzione dovuta ma solo la remunerazione gratuita, essendo assurdo che il donante sia tenuto per l'evizione di un controvalore (il corrispettivo delle prestazioni ricevute) di cui in ipotesi il donatario non è stato evitto (se lo fosse stato non si tratterebbe più di garanzia per la donazione ma di garanzia per il contratto oneroso che ne costituisce il precedente, o quanto meno, se si vuol prescindere dalla questione dell'esistenza in questa ipotesi di un negozio unitario o di due negozi, di garanzia non per l'oggetto dell'attribuzione gratuita ma per l'oggetto della controprestazione).

Poiché il D'ANGELO concorda nel riferire l'art. 797 n. 3 alla sola ipotesi di remunerazione di un servizio *estimabile gratuitamente prestato* (pp. 86, 102, 103, 145), non si vede quale argomento egli possa trarre dalla predetta norma contro la tesi del testo: invero all'ambito di applicazione della norma stessa non è estraneo solo il caso della donazione per i meriti del donatario, ma sono estranei tutti i casi di donazione remuneratoria — riconosciuti dallo stesso D'ANGELO — in cui non si abbia l'estremo del servizio estimabile gratuitamente prestato.

Vi è anche da rilevare che l'art. 797 n. 3 come si riferisce a un'ipotesi soltanto di donazione remuneratoria, così si riferisce a un'ipotesi soltanto di donazione modale: quella di modo avente contenuto patrimoniale. Non vi è ragione di indurre dalla norma citata una limitazione del concetto di modo (così invece GRASSETTI, *Donazione modale*, etc. cit., p. 28 ss) anche se nell'ipotesi di modo non patrimoniale dovesse parlarsi di donazione modale ma non di donazione onerosa (Mosco, *op. cit.*, p. 331-332).

(2) Il lettore può da sé ricavare dalle osservazioni che precedono la critica dell'opinione che esclude ancora dalla donazione remuneratoria non che la donazione pei meriti anche quella per riconoscenza, riducendo la fattispecie della donazione remuneratoria alla « speciale remunerazione » (*retro*, n. 24).

27.
l'art. 77
zione »
donante
Abt
rita cos
di servi
al corris
detto. N
la speci
mente i
rienteme
servizio
zione no
tale da
zione ar

(1) In
D'ANGELO
(2) N
che intes
formale »
Geschäfte

(3) Il
il quale e
la incom
con l'int
hanno co
forse, l'o
nel senso
MAROI, L
BALBI, L
donandi c

L'op
ha consid
pimento
naturale
visa un a
vizio stim
mabile (E
giur. var
Scritti gi
turali, iv

27. — La terza ipotesi di donazione qualificata remuneratoria dall'art. 770 I p., è quella della donazione fatta « per speciale remunerazione » e cioè per remunerazione di un servizio specifico alla quale il donante non è tenuto nè per la legge nè per l'uso (*retro*, n. 25).

Abbiamo rilevato che la formula « speciale remunerazione » va riferita così all'ipotesi di servizio gratuitamente prestato, come a quella di servizio prestato a titolo oneroso in cui la remunerazione si aggiunga al corrispettivo dovuto ⁽¹⁾: ne vi è qui altro da aggiungere al già detto. Neanche credo sia necessario che mi soffermi a dimostrare che la speciale remunerazione può riferirsi così ad un servizio patrimonialmente inestimabile come a un servizio stimabile: è stato già esaurientemente provato (vedi anche *ultra*, n. 33) che la estimabilità del servizio non esclude per sè la donazione (rimuneratoria) se la remunerazione non si pone con il servizio in una relazione d'interdipendenza ⁽²⁾ tale da farla considerare come corrispettivo della precedente prestazione anzichè come attribuzione gratuita ⁽³⁾.

(1) In questo senso mi sembra anche il BALBI, *cit.*, p. 98. Contro invece D'ANGELO, criticato *retro* al n. 25.

(2) Non aggiungo « sinallagmatica » giacchè la dipendenza sinallagmatica, che intesa in senso proprio pone le due prestazioni su un piano di « identità formale », non esaurisce il concetto di onerosità: OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912, pp. 6 ss., specie 15 ss.

(3) Il contrario avviso dell'ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, *cit.*, p. 102 ss., il quale escludeva la donazione nell'ipotesi di servizio stimabile affermando, la incompatibilità dell'*animus donandi* — se non della gratuità oggettiva — con l'intenzione di remunerare, è rimasto isolato in dottrina fra gli autori che hanno considerato il problema dall'angolo visuale della donazione (salva, forse, l'opinione manifestata ora dal MESSINEO, *Manuale*, *cit.*, I, p. 12). Cfr., nel senso del testo, VENEZIAN, *Usufrutto*, *loc. cit.*; SCUTO, *Donazioni*, p. 129; MAROI, *Donazioni*, p. 74 ss. e *Commentario*, *cit.*, p. 724; D'ANGELO, p. 76 ss.; BALBI, *loc. cit.*; MOSCO, p. 260. Contro la pretesa incompatibilità fra *animus donandi* e intento di remunerare cfr. anche *ultra*, n. 33.

L'opinione dell'ASCOLI è invece seguita da un'autorevole tendenza che ha considerato la remunerazione del servizio sotto l'angolo visuale dell'adempimento dell'obbligazione naturale: partendo dalla nozione di obbligazione naturale come obbligo morale di contenuto patrimoniale questa tendenza ravvisa un adempimento di obbligazione naturale nella remunerazione di un servizio stimabile, una donazione remuneratoria in quella di un servizio non stimabile (BONFANTE, *Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano*, in *Scritti giur. vari*, III, 1926, p. 1 e ss. a p. 17; GANGI, *Le obbligazioni naturali*, in *Scritti giur. vari*, I, 1933, pp. 407-408, e *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, *ivi*, p. 458; BARASSI, in *Nuovo Digesto*, voce « Obbligazioni naturali »,

Per lo stesso motivo non deve accedersi all'opinione secondo cui è senz'altro esclusa la donazione remuneratoria quando la ricompensa sia economicamente *equivalente* al servizio ricevuto ⁽¹⁾: se il servizio fu prestato a titolo gratuito, e quindi non è in relazione di corrispettività con l'attribuzione remuneratoria, non può escludersi in quest'ultima nè la gratuità obbiettiva nè l'*animus donandi* ⁽²⁾. Si è anzi sostenuto che una proporzione fra remunerazione e servizio, non che escludere la donazione remuneratoria, è, purchè ragionevolmente intesa (e cioè valutata in funzione delle circostanze, della condizione sociale delle parti e, aggiungerci, del loro stesso ragionevole apprezzamento) ad essa necessaria ⁽³⁾: ed invero una assoluta sproporzione fra remunera-

p. 1267; per la dottrina francese vedi TIMBAL, *Donations rémunératoires*, cit., pp. 99 ss, 119 ss; PACILLY, *op. cit.*, p. 215). Ma questa opinione, se viene giustificata dai suoi fautori rispetto ai principi dell'obbligazione naturale (o a quei principi sui quali essi la costruiscono), non è stata giustificata affatto rispetto ai principi della donazione. E se a questi ultimi non contrasta il riconoscimento del carattere donativo dell'attribuzione remunerativa di un servizio stimabile, non si vede — sin che non si dimostri una ragione di prevalenza — perchè in questa ipotesi la donazione dovrebbe cedere all'adempimento di obbligazione naturale anzichè viceversa. Si vedrà poi a suo luogo perchè sia invece da escludere appunto l'esistenza di una obbligazione naturale nell'ipotesi stessa.

(1) Così invece MAROI, *Donazioni*, p. 66 ss. e *Commentario*, loc. cit.; SCUTO, p. 123 (escludendo la donazione remuneratoria nell'ipotesi richiamata nel testo sotto il profilo dell'equiparazione all'obbligazione naturale); contro BALBI, pp. 101-102, e implicitamente D'ANGELO, p. 132 ss.

(2) Per un più diffuso esame di questo punto vedi *ultra*, testo e note al n. 33.

(3) D'ANGELO, loc. cit., e gli autori da lui ricordati a p. 133 nota 17. Meno preciso BALBI, cit., p. 98, il quale afferma che se la sproporzione è notevole è difficile che vi sia donazione remuneratoria, ma afferma anche che è difficile che la d.r. ricorra quando vi sia l'equivalenza economica giacchè in tale ipotesi vi sarà di norma o l'interdipendenza delle prestazioni (contratto oneroso) o almeno un dovere morale o sociale di compensare in quella proporzione (liberalità non donativa). Ora, mentre, come si è a più riprese rilevato, l'esistenza di un dovere morale o sociale (che non integri gli estremi dell'obbligazione naturale) non è per sè di ostacolo all'esistenza di una donazione, d'altro canto l'equivalenza economica delle prestazioni, mentre non è essenziale allo stesso contratto oneroso (OERTMANN, *Entg. Geschäfte*, p. 46 ss. e ivi critica dell'opinione contraria; KOBER, cit., p. 364; da ultimo CARIOTA - FERRARA, *Rendita perpetua*, cit., pp. 28-29 e nota 4), non depone per l'esistenza di un simile contratto una volta che anche alla remunerazione donativa è contraria una certa proporzione col servizio ricevuto.

zione e serv
rimunerare,
rio, o, quanto
siva rispetto
all'attribuzi
come rimune
(salvo, per l

Devo pe
nerazione e
economica.
la donazion
oneroso (qu
corrispettivo
quella di se
calcolarsi l'
senza dell'e
giustificata.
stimabile, la
valore oggett
ha ricevuto,
sociale delle
valutazione
la proporzi
zione econo
(con il dover
in quelle dat
secondo la c
extragiuridic
si presenta c

Così inte
vizio specific
considerata
per speciale

28. — C
ciale rimune
fondamento

(1) Vedi c

zione e servizio o dimostra l'inesistenza in concreto dello scopo di remunerare, e quindi distrugge il fondamento del carattere remuneratorio, o, quanto meno, dimostra l'incongruenza dell'attribuzione complessiva rispetto a tale scopo, e allora il carattere remuneratorio va mantenuto all'attribuzione nei limiti in cui essa può configurarsi realmente come remunerazione; giacchè solo in questi limiti la legge lo riconosce (salvo, per l'eccedenza, il carattere meramente donativo) ⁽¹⁾.

Devo però insistere sul rilievo che questa proporzione fra remunerazione e servizio non va ristretta alla sola ipotesi di equivalenza economica. Già per tal via si perverrebbe ad escludere necessariamente la donazione remuneratoria nell'ipotesi di servizio effettuato a titolo oneroso (qui l'equivalente economico è già stato prestato a titolo di corrispettivo e la remunerazione donativa *si aggiunge* ad esso) e in quella di servizio non stimabile economicamente (qui non potrebbe calcolarsi l'equivalenza fra remunerazione e servizio e quindi la presenza dell'estremo in discorso): esclusione che si è visto non esser giustificata. Ma anche nell'ipotesi di servizio gratuito economicamente stimabile, la proporzione non deve valutarsi soltanto in relazione al valore oggettivo del servizio ma anche del beneficio che il donante ne ha ricevuto, del sacrificio del donatario, della posizione economica e sociale delle parti e in genere delle circostanze dell'attribuzione la cui valutazione è rimessa all'apprezzamento sociale del giudice. Insomma la proporzione non è col solo servizio o almeno non è solo proporzione economica: potrebbe dirsi che è proporzione con la riconoscenza (con il *dovere* di riconoscenza, dice infatti il D'ANGELO) che il servizio in quelle date circostanze e fra quei dati soggetti è atto ad ingenerare secondo la coscienza sociale; proporzione cioè di fronte a quella legge extragiuridica rispetto alla quale l'attribuzione, in quella data misura, si presenta come dovuta (INTRODUZIONE, V).

Così intesa, la proporzione può anzi riferirsi non solo ad un servizio specifico ma anche a un beneficio generico e quindi può essere considerata requisito (nel senso ora detto) non solo della donazione per speciale remunerazione ma anche di quella per riconoscenza.

28. — Così determinate le possibili ipotesi di donazione per speciale remunerazione, non è difficile ravvisare in tutti questi casi, a fondamento dell'intenzione di remunerare, un sentimento di riconoscenza

(1) Vedi qui anche PLANCK, *op. cit.*, p. 800; LOBE, *cit.*, al § 584 p. 144.

del donante: riconoscenza prodotta dal servizio gratuitamente ricevuto, o residua al pagamento del corrispettivo pattuito vuoi per il particolare valore del servizio stesso, vuoi per la particolarità delle circostanze in cui fu prestato (chirurgo che con una difficile operazione salva la vita al paziente; avvocato che con una abile difesa sottrae alla condanna l'imputato; guida alpina che pagata per compiere le ricerche di un alpinista disperso nella tempesta perviene con grave rischio a trarlo in salvo, e simili). Ma mentre nella donazione per riconoscenza, sopra considerata, il sentimento di gratitudine non si origina da un servizio specifico del donatario, qui esso nasce appunto da un simile servizio ⁽¹⁾; e mentre nella prima la riconoscenza esaurisce l'elemento psicologico che funge da movente della volizione, nella donazione del tipo ora considerato s'incontra, oltre a quel sentimento e da esso prodotto, lo scopo di remunerare il servizio stesso. Mentre dunque nel primo caso la riconoscenza produce direttamente lo scopo di arricchire *nullo jure cogente* (*animus donandi*, causa soggettiva), nel secondo produce, prima che lo scopo dell'attribuzione gratuita, quello della remunerazione del servizio. La riconoscenza retrocede a movente remoto rispetto all'intenzione di remunerare, movente prossimo. È questo movente prossimo che individua la donazione per speciale remunerazione rispetto alle altre ipotesi di donazione remuneratoria, ed è questo movente, non quello generico e mediato della riconoscenza, che la legge prende direttamente in considerazione nell'attribuire alla liberalità il carattere remuneratorio.

Ne deriva che quella giustificazione morale e sociale che non può mancare al carattere remuneratorio (*retro*, n. 24) deve qui esser riferita non genericamente ai rapporti preesistenti fra donante e donatario, ma a quello specifico servizio che si mira a remunerare: non a un generico sentimento di riconoscenza, comunque (anche se legittimamente) originatosi, ma allo scopo di remunerare quel determinato servizio. Ancorchè esistano (altri) motivi di riconoscenza del donante verso il donatario, la donazione non è remuneratoria se in concreto è rivolta a remunerare un servizio che, moralmente o socialmente, non è tale da legittimare la remunerazione.

A proposito poi di questa necessaria giustificazione del movente

(1) Ritengo che perchè si abbia donazione « per speciale remunerazione » debba il servizio esser prestato allo stesso donante; se fu prestato ad un terzo (ad esempio ad un prossimo congiunto del donante) la donazione potrà pure essere remuneratoria ma sotto il profilo della donazione « per riconoscenza »

rimunerato
detto per
abbandona
della psico
per la con
per la mis

Bisogn
questo tipo
un servizi
vanno di p
e l'esosa
desto com
l'alpinista
prestazione
si affidò ad
la speciale
la guida, il
pericolo da
per prestar
tivo del se
ricevè abb
l'intenzion
neratoria p
quando ha
chi profitto

Così
se alcuno
medicinali
età, li ottie
prezzo a
ciononostan
di quei ger
per l'avver
che teorica
in tale ipot

Ancora
rante la pe
lucroso affa
tirsi alla re
Tizio in sin

rimuneratorio, è a ripetersi per lo scopo di remunerare quel che si è detto per il sentimento di riconoscenza, e cioè che il diritto non può abbandonare, anche fuori dell'ipotesi di servizi illeciti, agli arbitri della psicologia individuale la tutela remuneratoria. Ciò che vale così per la convenienza sociale dell'attribuzione di una remunerazione, come per la misura della remunerazione stessa.

Bisogna anzi tener presente che i presupposti delle donazioni di questo tipo — e particolarmente della donazione per remunerazione di un servizio oneroso — si incontrano su un terreno sul quale vanno di pari passo la moralità e l'immoralità, la solidarietà umana e l'esosa speculazione sull'altrui bisogno. La guida che per un modesto compenso e mettendo a repentaglio la vita propria rintraccia l'alpinista smarrito; il chirurgo e l'avvocato che con l'appassionata prestazione dell'opera loro salvano dalla morte o dalla condanna chi si affidò ad essi, anche se non lo fecero disinteressatamente, « meritano » la speciale remunerazione che il beneficiario voglia loro attribuire. Ma la guida, il chirurgo o l'avvocato che speculando sulla gravità del pericolo da cui altri è minacciato, abbiano preteso un'esosa ricompensa per prestare l'opera loro, non possono, ancor che per il valore oggettivo del servizio prestato o per propria debolezza di carattere chi lo riceve abbia ugualmente concepito un sentimento di riconoscenza e l'intenzione di una « speciale remunerazione », fruire della tutela remuneratoria per un agire che altra volta la legge stessa ha condannato quando ha privato di tutela, in relazione allo stesso compenso pattuito, chi profitto del bisogno altrui (artt. 1447 e 1448 cod. civ.).

Così — per fare un altro esempio che è ancora di attualità — se alcuno non riuscendo a procurarsi per le condizioni del mercato i medicinali o gli alimenti necessari al proprio figlio malato o di tenera età, li ottiene, da chi ne abbia accaparrato in gran misura, a quel prezzo a cui simili « servizi » soglion pagarsi in tali circostanze, e ciononostante per il beneficio che ha tratto dall'aver potuto disporre di quei generi, e magari per assicurarsi la benevolenza del fornitore per l'avvenire, attribuisce a quest'ultimo (ohimè, l'ipotesi è tutt'altro che teorica!) una remunerazione particolare, chi si sentirà di riconoscere in tale ipotesi a siffatto donatario la tutela remuneratoria?

Ancora. Tizio, investito dall'auto di Caio finisce all'ospedale: durante la permanenza all'ospedale, trova l'occasione di concludere un lucroso affare, di contrarre un felice matrimonio o è portato a convertirsi alla religione. S'incontra anche nella cronaca della vita reale che Tizio in simili circostanze concepisca ed attui l'intenzione di bene-

ficare Caio per la fortunata occasione offertagli, anche se involontariamente. Ma l'investire altri con l'auto e lo spedirlo all'ospedale non è... un servizio che il diritto possa considerare suscettivo di remunerazione. Nessuno penserebbe in tale ipotesi di sottrarre il donatario all'obbligo degli alimenti (art. 437) o alla revoca per ingratitudine o sopravvenienza di figli (art. 805).

Altro esempio tratto dalla vita quotidiana. Ogni giorno ci accade di leggere sui giornali di quegli avvisi, eufemisticamente detti « di smarrimento », con cui taluno, ad esempio, alleggerito del proprio portafogli, invita l'ignoto « ritrovatore » a restituirgli parte degli oggetti smarriti rinunciando al rimanente. Ottenuta la restituzione potrà anche facilmente accadere che lo spogliato, passando sopra a ogni altra considerazione, compensi il ritrovatore con una mancia. Ma la coscienza comune ci dice che in casi consimili chi restituisce non fa che il proprio dovere, anzi meno assai del proprio dovere: mentre è facile rendersi conto che il movente del suo agire non è quello di rendere un servizio a chi subì lo « smarrimento », ma quello di mettersi al riparo dall'azione di costui diretta a riavere il suo (« massima segretezza », assicurerà, anche qui eufemisticamente, l'avviso!). Anche se è difficile immaginare che la questione possa assumere rilievo pratico, nessuno riterrà che in simili ipotesi la donazione sia suscettiva della qualifica giuridica di remuneratoria.

La casistica su questo tema potrebbe tirarsi in lungo, e sarebbe dilettevole e non priva di spunti e di insegnamenti sui rapporti fra morale e diritto. Ma poichè non è dato all'indagine indulgere a simili piacevoli *otia*, basti la constatazione che non sempre l'animo di attribuire un compenso all'azione altrui si ispira ai canoni della morale sociale.

Dopo ciò, se guardiamo al fondo di quella giustificazione che non può mancare allo scopo remuneratorio perchè esso sia giuridicamente rilevante, vi troveremo in pratica appunto un sentimento di riconoscenza del donante, *legittimato da quel particolare servizio che si tende a remunerare*. Anche qui però — come sopra si vide per la donazione per riconoscenza — sarebbe eccessivo richiedere in ogni caso ⁽¹⁾, a fondamento dello scopo remuneratorio, un vero *dovere mo-*

(1) Come fanno RIPERT, *Règle morale*, pp. 29 ss., 418-419, BEUDANT-VOIRIN, p. 15 e ora D'ANGELO, *cit.* Parla invece di « sentimento » di riconoscenza ad esempio TRASBOT, *cit.*, p. 332

rale di rico
che l'origin
il servizio
nante ⁽¹⁾.
ciare il pro
buon esito
a una simil
in questo c
dovere mor
ci serviamo
dovere mor
rarsi un do
d'uso) ma

Comun
siffatto dov
ne sia conf
che per det
effetti della
plicherà all
l'art. 64 le
adempiment
come vedre
della donazi

29. — S
gime del co

(1) Le di
« remunerato
sopravvenien
gratitudine d
es. p. 127: b
meriti del do
spiegazione d
« meritato » s
si pone il leg
siano acquisit
costui, è chia
e riconoscenz
vero dovere d
norme anzide

rale di riconoscenza. Basta invece che il detto scopo, e la riconoscenza che l'origina, appaiano moralmente e socialmente giustificabili ancorchè il servizio non produca un vero dovere di gratitudine a carico del donante (1). Così se alcuno incarica un investigatore privato di rintracciare il proprio cane smarrito e compensa il servizio effettuato con buon esito con una remunerazione speciale, nulla osta a riconoscere a una simile donazione il carattere remuneratorio: ma non credo che in questo caso si vorrà ipotizzare a fondamento di tale carattere un *dovere morale* del donante. A meno di concludere che ogni volta che ci serviamo di simili prestatori d'opera contraiamo verso di loro... un dovere morale di riconoscenza. In queste ipotesi potrà talora configurarsi un dovere di convenienza (la liberalità sarà allora remuneratoria d'uso) ma assai difficilmente un dovere morale.

Comunque qualora il servizio sia in fatto tale da far sorgere un siffatto dovere, è naturale che il carattere remuneratorio della donazione ne sia confortato e confermato. Ma la distinzione è rilevante, oltre che per determinare l'ambito della donazione remuneratoria, anche agli effetti della sua disciplina. Solo in quest'ultima ipotesi infatti si applicherà alla donazione remuneratoria il trattamento di favore che l'art. 64 legge fall. riserva agli atti a titolo gratuito « compiuti in adempimento di un *dovere morale* », e solo in questa ipotesi si pone, come vedremo, con particolare difficoltà, il problema della distinzione della donazione remuneratoria dall'adempimento di obbligazione naturale.

29. — Si è constatato che, contro quanto si sosteneva sotto il regime del codice abrogato e continua a sostenersi di fronte alla legge

(1) Le disposizioni degli artt. 437 e 805 che sottraggono il donatario « remunerato » all'obbligo degli alimenti e alla revoca per ingratitudine e per sopravvenienza di figli non sono da spiegare con l'esistenza di un *dovere* di gratitudine del donante, come sembra ora al D'ANGELO, *op. cit.*, *passim* e ad es. p. 127: basti rilevare che esse si applicano anche alla donazione per i meriti del donatario in cui non è certo ipotizzabile un dovere del genere. La spiegazione di quelle norme sta invece in ciò che il donatario sembra aver « meritato » secondo la coscienza sociale (è questo il punto di vista dal quale si pone il legislatore) la ricompensa attribuitagli. Quand'anche poi questi meriti siano acquisiti verso lo stesso donante, si da legittimare la riconoscenza di costui, è chiaro che il requisito anzidetto porterà solo a richiedere che meriti e riconoscenza siano socialmente giustificabili (non che i primi generino un vero dovere di gratitudine), ciò che è anche qui sufficiente a dar ragione delle norme anzidette.

nuova, non è essenziale alla donazione remuneratoria in genere la avvenuta prestazione di un servizio specifico al donante da parte del donatario: mentre infatti questo estremo nè è espressamente menzionato dalla legge, nè è implicito nella nozione che essa fornisce dell'istituto, al contrario l'avvenuta prestazione di un servizio specifico è estranea così alla donazione per riconoscenza come a quella per meriti del donatario.

Vi è di più. Nella stessa donazione per speciale remunerazione, se è essenziale il riferimento a un servizio specifico, non è necessario che il servizio sia stato *in precedenza* prestato ⁽¹⁾. Ciò infatti nè è richiesto, in questa stessa ipotesi, dalla legge, nè è un'esistenza logica o pratica del tipo di donazione ora considerato ⁽²⁾.

Si consideri infatti il caso seguente. Tizio, affetto da un tumore maligno, si reca dal suo amico Caio, celebre chirurgo, il quale gli promette di operarlo quando sarà giunto il momento: Tizio, riconoscendo per l'assicurazione avuta, invia un dono a Caio e successivamente l'operazione segue, non importa se gratuitamente o a pagamento. È questa una donazione remuneratoria? Certamente sì, e non è donazione per un generico sentimento di gratitudine ma proprio relativa a uno specifico servizio che tuttavia all'atto della donazione non era ancora stato prestato al donante.

La donazione è dunque remuneratoria quando avvenga non solo in considerazione di un servizio ricevuto ma anche in previsione di

(1) Contro particolarmente D'ANGELO, *passim* e specie p. 67 ss. L'affermazione che la donazione remuneratoria deve riguardare servizi passati e non futuri s'incontra sin dalla dottrina francese del diritto intermedio: cfr. TIMBAL, *op. cit.*, p. 72 e ivi richiami.

(2) I passi delle fonti nei quali si fa riferimento a un servizio già prestato (D. 39, 5, 27: «*Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi...*»; D. 39, 5, 34, 1: «*Si quis aliquem a latronibus vel hostibus eripuit et aliquid ab eo ipso accipiat, haec donatio...*») non possono esser adottati contro la tesi del testo in quanto non contengono che esempi di donazione remuneratoria (per il primo dei due passi se ne è anche dubitato: TIMBAL, *cit.*, p. 29) e non intendono risolvere la questione proposta. Meno ancora può addursi in senso contrario a quello qui sostenuto l'art. 797 n. 3 cod. civ. che accenna a «prestazioni ricevute» dal donante: la prestazione ricevuta condiziona la garanzia per evizione non la remuneratorietà della donazione. Si è visto che la citata disposizione non riguarda la donazione remuneratoria in genere ma solo un'ipotesi particolare di d. r. e non può quindi utilizzarsi nella costruzione del concetto generale dell'istituto (*retro*, p. 144 nota 1).

un servizio
per sé un
neratoria e
cordo delle
se un simil
tuare il ser
può giudic
l'essere l'
mirava ad
e neanche
movente de
servizio già
sia da ravy
spettivo, i
donatario e
ha indubbia
che il servi
l'effettiva e
successiva,

30. —
dai requisiti

(1) È chi
gliarlo ad eff
non doni e ch
con la precen
tivo, non nell
il negozio abi
da lui riferita
priv. it., 1945

Infelice p
sazione Roma
cit., p. 72 not
riorità dell'at
(nell'ipotesi
proprio rappo
gativa era esa

Nel senso
imprecisione

(2) Le co
le medesime
per la validità

un servizio da ricevere. La seconda situazione non implica affatto di per sé un rapporto di corrispettività reciproco fra l'attribuzione remuneratoria e il servizio, se un simile rapporto non è stabilito dall'accordo delle parti; nè la semplice accettazione della donazione implica, se un simile accordo non interviene, ... obbligo del donatario di effettuare il servizio. Dell'esistenza dell'accordo stesso in concreto non può giudicarsi che caso per caso: comunque mentre è chiaro che l'essere l'attribuzione fatta in vista di un servizio che il disponente mirava ad ottenere dall'*accipiens* non ne esclude certo la gratuità, — e neanche esclude l'*animus donandi* più che lo escluda qualsiasi altro movente dell'attribuzione gratuita, e lo stesso scopo di remunerare un servizio già prestato ⁽¹⁾ — d'altra parte la donazione che in tale ipotesi sia da ravvisare esistente per l'assenza dell'anzidetto rapporto corrispettivo, in quanto compiuta in considerazione di un servizio del donatario e come (anticipata) ricompensa per la prestazione di esso, ha indubbiamente carattere remuneratorio. Ciò presuppone naturalmente che il servizio segua in realtà: ma non diversamente è presupposta l'effettiva esistenza del servizio dalla remuneratorietà della donazione successiva, nell'opinione delle parti, alla prestazione di un servizio ⁽²⁾.

30. — L'esclusione dell'*anteriorità* della prestazione del servizio dai requisiti della donazione remuneratoria è di notevole rilievo nella

(1) È chiaro, in parole povere, che se io offro qualcosa a Tizio per invogliarlo ad effettuarmi il servizio che gli ho richiesto, ciò non significa che io non doni e che il servizio debba entrare di necessità in un rapporto corrispettivo con la precente attribuzione. Qui l'onerosità potrebbe semmai vedersi nel motivo, non nella causa, mentre è in quest'ultima che essa deve risiedere perchè il negozio abbia carattere oneroso (così BETTI, *op. cit.*, p. 196 e la letteratura da lui riferita; implicitamente CARIOTA FERRARA, *Il negozio giur. nel dir. priv. it.*, 1945, pp. 120 e 138).

Infelice pertanto la motivazione della sentenza 23 giugno 1921 della Cassazione Romana (*Giur. it.* 1921, I, 1, 695 ss.) — approvata invece dal D'ANGELO, *cit.*, p. 72 nota 15 bis — che fondò l'esclusione della gratuità sulla anteriorità dell'attribuzione rispetto al servizio che con essa si mirava ad ottenere (nell'ipotesi giudicata dalla Corte si era tuttavia in presenza di un vero e proprio rapporto sinallagmatico fra le due prestazioni onde la conclusione negativa era esatta anche se erroneamente motivata).

Nel senso del testo mi sembra sostanzialmente — anche se con qualche imprecisione — il KOBER, in STAUDINGER, *cit.*, II, p. 358.

(2) Le conseguenze della mancata prestazione del servizio sono pertanto le medesime nei due casi sia per l'esistenza del carattere remuneratorio che per la validità della stessa donazione (*ultra*, nn. 36 e ss.).

soluzione di problemi assai dibattuti appunto in riguardo al loro rapporto col nostro istituto.

Così per la questione della successiva rivalutazione di un servizio da gratuito in oneroso, compiuta all'atto dell'attribuzione remuneratoria. Qui si è ritenuto, presupponendo che il servizio sia già stato prestato, che l'attribuzione successiva non possa configurarsi che come donazione remuneratoria. Si è rilevato che se il servizio fu già prestato a titolo gratuito, il contratto che lo prevedeva « estinto per l'esecuzione degli obblighi che ne derivano, ha perduto ormai la vitalità necessaria alla sua trasformazione »; e che pertanto « il contratto che intervenisse posteriormente al momento in cui fosse stata effettuata la prestazione gratuita dei servizi, sarebbe inidoneo a porre tra i servizi passati e la prestazione nuova quel legame dal quale dovrebbe scaturire l'onerosità », a meno di attribuire al privato « un potere di regolamentazione retroattiva che può spettare solo al legislatore » (1). Ciò è esatto ma non esaurisce il problema, giacchè, se è da ammettere che il contratto gratuito possa essere rivalutato (2) prima che ne sia esaurita l'esecuzione, con un accordo che stabilisca un corrispettivo per la prestazione già contemplata come gratuita, è anche da ammettere che la remunerazione assegnata alla prestazione *anteriamente alla sua esecuzione* non sia in concreto posta dalle parti in rapporto sinallagmatico con la presta-

(1) D'ANGELO, *op. cit.*, pp. 73-74 e gli Autori da lui citati fra cui particolarmente OERTMANN, *Entg. Geschäfte*, p. 40 ss. e, anche per richiami della dottrina più recente, KOBER, in STAUDINGER, nella nuova edizione da noi citata (1937), p. 364. Cfr. anche MOSCO, *op. cit.*, pp. 4, 261. (Per l'ammissibilità di una regolamentazione retroattiva *inter partes* cfr. invece CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giur.*, cit., p. 14).

I due autori tedeschi rilevano che il servizio può esser però prestato, se non in forza di un'obbligazione attuale, in vista della conclusione di un successivo contratto oneroso che si perfeziona con la prestazione della ricompensa, e affermano che in questa ipotesi servizio e ricompensa hanno carattere oneroso. Poichè tuttavia, come esattamente afferma lo stesso OERTMANN, la prestazione rappresenterebbe in simile ipotesi esecuzione anticipata di un contratto oneroso da concludere (es.: offerta reale della merce al futuro compratore da parte di chi vuol vendere), l'ipotesi stessa è estranea al problema della rivalutazione del servizio prestato a titolo gratuito. Prova ne sia che espressamente si afferma (OERTMANN, *cit.*, p. 43) che la prestazione è ripetibile, in caso di mancata conclusione del contratto oneroso, con la *condictio causa data causa non secuta*.

(2) In argomento da ultimo anche BALBI, pp. 94, 99 e la letteratura da lui riferita. Sulla costruzione di questa possibile rivalutazione, vedi quanto è detto *ultra*, p. 156 nota 1, per la rivalutazione del contratto oneroso.

zione stessa
tocchi il ca
ipotesi, an
e la fattisp
tuito, integ
rimunerato

Analog
attribuita,
contratto o
Anche qui
prestazione
z'altro la d
stato presta
donazione
esaurita in
non ancora
supplement
dando luogo
pattuita (3)
cattivo aggi
è integralm
vità manch
speciale ri

(1) Così

(2) Mi s

Dico nel

anteriormen
secuzione d
si esprime il
mercede sia
stato presta
figurare una
rapporto già
condizioni n
gato il corri
eseguire a d
eseguito : in
possibile fin

(3) Sulla

(nel senso c

zione stessa, non sia cioè considerata come corrispettivo di essa e non tocchi il carattere gratuito del contratto originario: in questa seconda ipotesi, anche l'attribuzione remuneratoria mantiene carattere gratuito e la fattispecie relativa, che resta distinta dal precedente contratto gratuito, integra ancora, per quanto si è detto, gli estremi della donazione remuneratoria.

Analoghe considerazioni valgono quando la « remunerazione » venga attribuita, anziché a seguito di un contratto gratuito, a seguito di un contratto oneroso e si aggiunga alla mercede in base ad esso dovuta. Anche qui non bisogna fermarsi al criterio dell' anteriorità o meno della prestazione del servizio rispetto alla remunerazione, ed escludere senz'altro la donazione (remuneratoria) quando il servizio non sia ancora stato prestato ⁽¹⁾. Al contrario — fermo restando che vi ha di necessità donazione remuneratoria se l'esecuzione del rapporto oneroso si è esaurita in base all' originario contratto ⁽²⁾ — nell' ipotesi di servizio non ancora effettuato deve di caso in caso valutarsi se la remunerazione supplementare si ponga anch' essa come corrispettivo del servizio, dando luogo quindi a una rivalutazione della mercede originariamente pattuita ⁽³⁾ (col che l' accordo relativo si inserisce come patto modificativo aggiunto nel contratto originario e l' attribuzione complessiva è integralmente onerosa), oppure se un simile rapporto di corrispettività manchi nell'intenzione delle parti e queste abbiano considerato la speciale remunerazione non come un supplemento di mercede ma

(1) Così invece D'ANGELO, *cit.*, pp. 88-89.

(2) Mi sembra che non distingua su questo punto il BALBI, *cit.*, p. 99.

Dico nel testo che si ha necessariamente donazione remuneratoria quando anteriormente alla prestazione della speciale remunerazione si sia esaurita l'esecuzione *del rapporto* e non semplicemente quella *del servizio* (così invece si esprime il D'ANGELO, *cit.*), giacché mi sembra che una rivalutazione della mercede sia possibile *sinché questa non sia stata corrisposta*, foss' anche già stato prestato il servizio di cui essa è il corrispettivo. Infatti l'ostacolo a configurare una rivalutazione della mercede sta in ciò che non si può riaprire un rapporto già esaurito, non in ciò che la parte che ha eseguito a determinate condizioni non possa ottenere condizioni migliori se non le è stato ancora pagato il corrispettivo. Sotto questo profilo la posizione di chi *si è obbligato* ad eseguire a determinate condizioni non è diversa da quella di chi *abbia* già eseguito: in entrambi i casi la modifica del rapporto (quanto alla mercede) è possibile finché il rapporto non è estinto.

(3) Sulla questione generale della rivalutazione del compenso vedi da ultimo (nel senso dell' ammissibilità) Mosco, *op. cit.*, p. 184 ss.

come liberalità da essa distinta (e in tal caso si avrà donazione remuneratoria) ⁽¹⁾.

Un esempio della vita di ogni giorno può servire a confermare anche qui il nostro assunto, per quanto riguarda l'ammissibilità anche della seconda situazione. Tizio, commerciante di agrumi, riconoscendo lo zelo che il suo avvocato Caio pone nella difesa dei suoi interessi, gli invia, mentre è tuttora in corso la causa affidatagli, una cassa di arance: lo stesso oggetto dell'attribuzione dimostra qui chiaramente che non si è inteso porre alcun rapporto di corrispettività con la prestazione dell'avvocato e che l'attribuzione stessa non va considerata come... supplemento di onorario. L'attribuzione è indubbiamente gratuita ed è indubbiamente donazione benché il servizio dovuto a titolo oneroso non sia stato ancora (integralmente) prestato, e benché la mercede di questo, per non esser stata ancora corrisposta, sia suscettibile di rivalutazione.

Si è anche espressamente affermato che la donazione remuneratoria, non che aggiungersi al compenso originariamente pattuito mantenendo

(1) Rilevo anzi che nella rivalutazione del compenso è sempre insito un elemento di gratuità, a meno che il contratto o la legge non attribuiscono alla parte cui il compenso è dovuto il diritto di non adempiere alle condizioni originarie (ad esempio: artt. 1467, 1664 cod. civ.). Infatti quando l'una parte abbia acquisito il diritto ad ottenere la prestazione al prezzo originariamente convenuto, la rinuncia a tale diritto — sia o non sia stata già effettuata la prestazione — è sempre atto gratuito. Su questa base potrebbe ritenersi che la prestazione del maggior compenso successivamente attribuito sia sempre da configurare come liberalità. Il risultato potrebbe tuttavia esser difforme dalla volontà delle parti, in quanto esse abbiano considerato il maggior compenso come supplemento di mercede, e portare, quando ciò sia, ad una disciplina incongrua della fattispecie. Così, ad esempio, nel caso di rivalutazione del prezzo di un'opera che si sia rivelato non remunerativo per il prestatore di lavoro, mentre è palese l'assenza di spirito liberale nel committente, si è esattamente rilevato che, agli effetti del regolamento della fattispecie (e così agli effetti dell'esercizio della *quantis minoris* per vizi o difformità dell'opera, o della azione di risoluzione) il prezzo al quale ci si deve riferire (per la riduzione proporzionale o la restituzione) è quello rivalutato, non quello originario (Mosco, *op. cit.*, p. 184) come discenderebbe invece dal configurare il maggior compenso come liberalità. Per giungere al risultato di qualificare l'intera attribuzione come (unica) controprestazione e quindi come attribuzione onerosa — sempre che ciò, ripeto, appaia conforme alla volontà delle parti — la via mi sembra appunto quella di configurare una rinuncia (gratuita) alle originarie condizioni del contratto e su questa base una nuova (ed unitaria) determinazione del compenso.

il caratte
perciò p
quella di
vizio orig
e cioè co
tendereb
sempre
originari
donazion
cettazione
delle par
il caratte
resti inte

31. -

si sono s
lificare ri
zione rice

Il D'

zione ge
esplicazio
437) e l'a
un dover
tario di u
posto a
gratitudine
nazione, l
tende, giu
scenza. C
legge stes
l'acquisto
nosce che
il quale c
donazione

(1) Con
nazioni rin

(2) An

(3) op.

il carattere donativo, può addirittura sostituire tale compenso senza perciò perdere il detto carattere. Saremmo cioè nell'ipotesi inversa di quella di rivalutazione di un servizio gratuito in oneroso: qui il servizio originariamente considerato come oneroso verrebbe « svalutato » e cioè considerato come gratuito, e la remunerazione attribuita si intenderebbe data a titolo donativo. Anche questo è certamente possibile sempre che appaia conforme alla volontà delle parti ed il rapporto originario non sia esaurito. Tuttavia è ovvio che la *sostituzione* della donazione remunerativa al compenso non può presumersi e che l'accettazione della prima non implica rinuncia al secondo ⁽¹⁾ se la volontà delle parti non si manifesta chiaramente in questo senso. All'incontro il carattere donativo della « speciale » remunerazione fa presumere che resti integro il diritto al compenso originariamente pattuito ⁽²⁾.

31. — Altro problema sul quale incidono le considerazioni che si sono svolte nei numeri precedenti è quello della possibilità di qualificare remuneratoria la donazione compiuta per remunerare altra donazione ricevuta dal donante.

Il D'ANGELO lo risolve negativamente osservando ⁽³⁾ che la donazione genera bensì un dovere di gratitudine « il quale ha notevoli esplicazioni pur nella legge positiva quale l'obbligo alimentare (art. 437) e l'azione di revoca per ingratitudine (artt. 801 e ss.), ma non un dovere che abbia per contenuto il compimento da parte del donatario di una controdonazione ». Ma l'errore è sempre nell'aver supposto a fondamento della donazione remuneratoria un dovere di gratitudine *particolare*, nel caso il dovere di compiere una controdonazione, laddove la legge si accontenta di un generico — purchè, s'intende, giustificato moralmente e socialmente — sentimento di riconoscenza. Ora se questo sentimento del donatario è presupposto dalla legge stessa (art. 437) e al suo rispetto è condizionata la tutela dell'acquisto del beneficiario (artt. 801 e ss.), è chiaro che la legge riconosce che dalla donazione può, anzi *deve*, sorgere un tale sentimento, il quale d'altra parte è estremo sufficiente alla remuneratorietà della donazione (art. 770).

(1) Come ritiene invece CARMÍ, *A quale tassa vadano sottoposte le donazioni remuneratorie*, *Sinossi giur.*, 1928, fasc. 466, p. 23 ss.

(2) Analogamente, se ben lo intendo, PERREAU, *op. cit.*, p. 510.

(3) *op. cit.*, p. 135 ss.

Non è concludente dunque constatare l'assenza, nel donatario, di un dovere di controdonare quando è sufficiente al carattere remuneratorio l'inevitabile dovere di riconoscenza prodotto dalla prima donazione. Il D'ANGELO dimentica, mi sembra, che a proposito della distinzione della donazione remuneratoria dall'adempimento di obbligazione naturale, egli stesso mette in evidenza che il dovere di riconoscenza supposto dalla prima « non implica dover dare una cosa di valore patrimoniale » ⁽¹⁾: ciò che significa che non basta ad escluderlo (e quindi ad escludere l'estremo nel carattere remuneratorio) il fatto che esso non si concreti in un dovere di controdonare. Neanche l'Autore si è avveduto che escludendo la donazione per una donazione precedente dal novero delle donazioni remuneratorie si contraddice al riconoscimento di quella categoria di donazioni remuneratorie « per servizi economicamente valutabili gratuitamente prestati » sulla quale pure egli stesso diffusamente si sofferma ⁽²⁾. Ed invero la donazione per una precedente donazione non è tanto donazione per mera riconoscenza quanto donazione per remunerare un precedente servizio (gratuito). Vero che il servizio economicamente valutabile può non rientrare nell'oggetto dell'attribuzione gratuita di cui all'art. 769 (disposizione di un diritto o assunzione di un'obbligazione importanti arricchimento del donatario), ma se può dubitarsi che ogni servizio economicamente valutabile gratuitamente prestato costituisca donazione ⁽³⁾, non è dubbio che la donazione costituisca un servizio economicamente valutabile; mentre è evidente, per quanto riguarda la condizione soggettiva del donatario, che la donazione non può generare un sentimento di gratitudine diverso (inferiore) di un qualsiasi altro servizio gratuito ⁽⁴⁾.

(1) *op. cit.*, p. 115 ss.

(2) *op. cit.*, p. 102 ss.

(3) Vedi del resto ora per un concetto latissimo del possibile oggetto della donazione, Süss, *Zum Begriff der Schenkung*, *Zeit. Akademie für d. Recht*, 1942, p. 42 ss., il quale espressamente ricomprende nella donazione la prestazione di un servizio gratuito in quanto importa rinuncia a percepire il corrispettivo. Analogamente, sotto il profilo del mancato guadagno, LIEBISCH, *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen*, 1927, p. 73. Per il nostro diritto va però tenuto presente che l'art. 769 cod. civ. esige ora espressamente per l'esistenza della donazione l'arricchimento del donatario. Vedi tuttavia, per l'ammissibilità della donazione almeno in taluni servizi gratuiti, Mosco, *Onerosità e gratuità*, p. 285 ss.; contro, per il diritto francese, THASBOT, p. 341 e ancora RCUAST, *cit.*, p. 704.

(4) Il D'ANGELO richiama anche qui l'art. 797 n. 3 il quale farebbe « evi-

Del
escludere
di donazi
da ricono
nosce ch
natario u
vante al
donazione
aveva pri

Vero
di donazi
rientrerà
neratoria
in senso
è da affer
neratorie;
d'uso.

32. —
avviso, an

La do
nazione pr
nella seco
zione recip
mente inter
gratuite ma
permuta. L
fra due att
tività se in
parti: ed
benchè coe
che l'arric
verimento

dente riferim
tazione non
e a p. 152 n

(1) Cfr
remunerator
citazioni ivi.

Del resto poichè il D'ANGELO ammette che « non è tuttavia da escludere che in pratica, benchè eccezionalmente, siano possibili casi di donazione compiuta per altra donazione precedente, nei quali sia da riconoscere il carattere remuneratorio », con ciò implicitamente riconosce che non è vero che la donazione non possa generare nel donatario un sentimento capace di costituire l'elemento soggettivo rilevante ai fini dell'attribuzione del carattere remuneratorio alla contro-donazione, e che quindi non è vera quella incompatibilità che egli aveva prima affermata al riguardo.

Vero è che il D'ANGELO osserva che assai di frequente il carattere di donazione remuneratoria sarà da negare perchè lo scambio dei doni rientrerà nel campo della liberalità d'uso: ma qui la donazione remuneratoria sarebbe da negare, semmai, per difetto del carattere donativo in senso stretto, non del carattere remuneratorio. In principio dunque è da affermare che la controdonazione rientra fra le donazioni remuneratorie; salvo che ricorrano in concreto gli estremi della liberalità d'uso.

32. — Il trattamento della donazione remuneratoria va fatto, a mio avviso, anche alla donazione reciproca ⁽¹⁾.

La donazione reciproca si distingue dalla donazione per una donazione precedente in quanto nella prima le due donazioni sono coeve, nella seconda l'una successiva all'altra. È ovvio che anche nella donazione reciproca le due attribuzioni non devono essere sinallagmaticamente interdipendenti: se ciò fosse si avrebbero non due attribuzioni gratuite ma, a seconda dei casi, un unico contratto di vendita o di permuta. Ma è parimenti evidente che non è affatto necessario che fra due attribuzioni, sol perchè coeve, esista un rapporto di corrispettività se in un tale rapporto esse non sono poste dalla volontà delle parti: ed è quindi perfettamente ammissibile che esse mantengano, benchè coeve, carattere gratuito e donativo. Si è esattamente rilevato che l'arricchimento non è escluso dalla contemporaneità di un impoverimento se fra l'uno e l'altro non vi è un nesso di causalità reci-

dente riferimento a servizi in senso proprio » (p. 136); contro questa argomentazione non ho che da richiamare quanto già esposto *retro* a p. 144 nota 1 e a p. 152 nota 2.

(1) Cfr. ma solo per la conclusione, HILGERS, *Die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung*, 1897, pp. 14-15; BALBI, p. 101 nota 2 e altre citazioni ivi. Per l'equiparazione incidentalmente anche KOBER, *cit.*, p. 410.

proca; e che, come non si dubita della possibile esistenza del carattere donativo in due attribuzioni effettuate in senso inverso fra le stesse persone quando siano intervallate nel tempo e per quanto questo intervallo possa ridursi al minimo, così non può dubitarsene quand'anche la *distantia temporis* addirittura si elida, giacchè non per ciò solo può mutare la natura delle attribuzioni stesse se l'una non ha per causa l'altra ⁽¹⁾.

Pertanto è erronea l'opinione — dominante nella dottrina francese ⁽²⁾ — secondo cui la donazione reciproca (*donation mutuelle*) si risolve di necessità in un contratto (unico) sinallagmatico. Altrettanto erroneo è poi l'avviso, pure sostenuto nella dottrina francese e testè seguito presso di noi, secondo cui le due attribuzioni si risolvono di necessità in un contratto oneroso se equivalenti ⁽³⁾, mentre « potrà parlarsi di vere donazioni, in quanto esista una differenza di valore e questa differenza è appunto determinata dall'intenzione di compiere una liberalità » ⁽⁴⁾. Contro questa affermazione è abbastanza ovvio osservare da un lato che l'equivalenza economica di due attribuzioni non basta a porle in rapporto di corrispettività giuridica, dall'altro che quando questo rapporto sussista e una delle attribuzioni sia eccedente rispetto all'altra, non potrà parlarsi di « vere donazioni » (reciproche) ma se mai di unica donazione, in corrispondenza dell'attribuzione di maggior valore e nei limiti della eccedenza. La verità è che o il rapporto corrispettivo non sussiste, e allora si avranno due donazioni, nulla rilevando che le attribuzioni siano equivalenti o meno; o sussiste, e allora, vi sia o non vi sia equivalenza, si avrà un negozio unico oneroso o al massimo un *negotium mixtum cum donatione*,

(1) CHAMPEAU, *op. cit.*, pp. 25 ss., 95 ss.

(2) Vedi particolarmente CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1924, pp. 73-74, 86 e gli altri criticati dallo CHAMPEAU, *cit.* Successivamente per la « possibile esistenza di due atti gratuiti in presenza di servizi reciprocamente prestati » ROUAST, *op. cit.*, in *Études* CAPITANT, p. 701 ss. Nel senso di ammettere la distinzione della donazione reciproca dal contratto oneroso, vedi ora anche D'ANGELO, p. 69.

Contratto oneroso (aleatorio) è invece a ritenersi la donazione reciproca sotto condizione di sopravvivenza: TRASBOT, *cit.*, p. 348; CHAMPEAU, *op. cit.*, p. 102 ss. e ivi citazioni cui *adde*, ma in senso dubitativo, almeno per diritto positivo francese, BEUDANT-VOIRIN, *op. cit.*, p. 14.

(3) BEUDANT-VOIRIN, *cit.*, p. 13.

(4) MOSCO, *op. cit.*, p. 256.

qualora l'ec
fa l'attribuz

Ciò pre
che si è del
a far ipotizz
soddisfatto
può anzi co
nazione, noi
precedente,

La rimu
laddove nell
solo quella
sia stata fat
tunità, anch
ci sembra in

(1) Per l
zione, VANG
p. 138 nota
supposto, da
l'anteriorità

qualora l'eccedenza sia dovuta all'intenzione liberale della parte che fa l'attribuzione maggiore.

Ciò premesso, e presupposta una donazione reciproca nel senso che si è detto, il modo in cui nascono le due donazioni è sufficiente a far ipotizzare tra le parti uno scambievole sentimento di gratitudine soddisfatto appunto dalle due attribuzioni gratuite: ognuna di queste può anzi configurarsi come donazione per remunerazione di altra donazione, non già ricevuta, come è nell'ipotesi considerata al numero precedente, ma da ricevere.

La remuneratorietà investe qui dunque entrambe le donazioni, laddove nell'ipotesi di donazione per una donazione precedente investe solo quella che è fatta per ultima e la prima solo a patto che essa sia stata fatta in vista della successiva controdonazione (1). E l'opportunità, anche dal punto di vista pratico, della conclusione avanzata, ci sembra incontestabile.

(1) Per la possibilità di considerare remuneratoria anche la prima donazione, VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 1863, p. 182, *cit.* in D'ANGELO, p. 138 nota 21; contro lo stesso D'ANGELO, *cit.*, che parte anche qui dal presupposto, da noi contestato, che sia essenziale alla donazione remuneratoria l'antiorità del beneficio da remunerare.