



Rassegna delle Locazioni e del Condominio

rivista trimestrale
di dottrina e giurisprudenza

IN QUESTO NUMERO

- L'assistenza della forza pubblica: è in parte incostituzionale
- la sanatoria dei patti in deroga è costituzionale
- la disdetta motivata per gli enti pubblici
- la riforma delle locazioni abitative: il testo approvato dal Senato
- l'aggiornamento automatico del canone
- l'esecuzione ed il preavviso di rilascio
- litisconsorzio necessario di tutti i condomini
- tabelle millesimali modificate
- muro maestro e facciata

CEDAM

Amministrazione di bene immobile locato donato a nascituro

La problematica relativa alla donazione a nascituri, disciplinata dall'art. 784 c.c., rappresenta forse in dottrina uno degli aspetti più controversi ed aperti a qualsiasi soluzione. È appena il caso di rilevare che le più disparate soluzioni della dottrina al problema sono il frutto di un mancato raccordo della normativa di settore.

Il nostro contributo alla figura della donazione a nascituri si limiterà all'esame dell'amministrazione del bene donato, ed in particolare, nella fattispecie, di un bene immobile locato, e precisamente al terzo comma, prima parte dell'art. 784 c.c., il quale così dispone: "Salvo diversa disposizione del donante, l'amministrazione dei beni donati spetta al donante o ai suoi eredi, i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia". Non vi sono dubbi che il donante abbia il potere di compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione necessari o utili per la conservazione e il miglioramento dei beni donati al nascituro. Dubbi, invece, sussistono se il donante possa compiere atti di straordinaria amministrazione.

Su tale punto la dottrina ha elaborato diversi orientamenti. Prima di passare all'esame delle teorie più importanti, vale la pena precisare che la donazione a favore di nascituro determina uno stato di sospensione giuridica, come è confermato dall'art. 1 c.c., il quale, premesso che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, soggiunge che i diritti riconosciuti dalla legge a favore del concepito sono subordinati a tale evento, cioè al momento in cui viene considerato come soggetto di diritto.

La legge parla di concepito, ma altrettanto ed a più forte ragione si deve ammettere per il non concepito (1).

In altri termini, mentre il negozio viene perfezionato prima della nascita, rientrando quest'ipotesi nel concetto della rappresentanza di un soggetto futuro (2), l'acquisto invece avverrà solo al momento in cui il donatario verrà ad esistenza. Per giustificare (3) quest'ultima considerazione si è ritenuto

che, in attesa della nascita, il bene donato è temporaneamente senza soggetto, per cui l'amministrazione spetterebbe al donante, non per effetto del diritto di proprietà, ormai perduto a seguito della donazione, bensì in forza di un potere di amministrazione autonomamente concesso dalla legge ai sensi dell'art. 784 c.c.

In sostanza, analogamente a quanto avviene per l'istituzione dei nascituri, si avrebbe un centro autonomo di interessi che la legge ritiene meritevole di conservazione e tutela, assegnando provvisoriamente l'amministrazione del bene donato al donante o ai suoi eredi che potranno riacquistarlo se i nascituri non venissero ad esistenza.

In contrario si obietta (4) che il ricorso al centro autonomo di interessi costituisce una necessità in caso di istituzione di nascituri per la morte del dante causa, ma non ha ragione d'essere in caso di donazione a nascituri, in quanto il donante è ancora in vita per cui il bene donato è di proprietà dello stesso. Tuttavia, per effetto della donazione, il donante non può conservare quella titolarità piena che prima gli competeva, ma la proprietà rimane in lui affievolita, vale a dire subordinata risolutivamente all'evento della nascita.

In altri termini, il difetto di un elemento essenziale della fattispecie della donazione, cioè l'esistenza del donatario, impedisce la produzione dell'effetto traslativo.

Orbene, ritornando al tema della straordinaria amministrazione del donante, una parte della dottrina (5) sostiene che la proprietà del bene donato resta al donante anche se risolutivamente condizionato all'evento della nascita.

In altre parole, il donante conserva il possesso e l'amministrazione del bene donato e potrà alienare liberamente il suo diritto condizionato facendo proprio il corrispettivo.

Questa tesi ritiene anche che al nascituro compete un diritto sul bene, subordinato alla condizione sospensiva della nascita, vale a dire l'aspettativa (6).

(1) Così CAPOZZI, *Successione e donazione*, Milano, 809; v. anche BIONDI, *La donazione*, Trattato Vassalli, Torino, 1961.

(2) Il fenomeno della rappresentanza di un soggetto futuro non è nuovo nel nostro diritto, in quanto è previsto espressamente in tema di società nell'art. 2331 c.c., il quale riconosce la validità della iscrizione nel registro delle imprese, cioè in nome della società futura, e dispone che in tal caso sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito, così testualmente CAPOZZI, *op. cit.*, 808.

(3) BIONDI, *op. cit.*, 257.

(4) In questo senso TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956,

363; CAPOZZI, *op. cit.*, 809; DE ROSA, *Patria potestà*, in *Noviss. digesto italiano*, Torino, 299 obietta che, se il nascituro nulla può acquistare prima della nascita, non si vede perché l'art. 320 c.c. abbia attribuito ai genitori la legale rappresentanza e l'amministrazione dei diritti a lui riservati.

(5) DE ROSA, *op. cit.*, 319.

(6) Avverso tale tesi, il SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, vol. III, Milano, 443, nota 116, ritiene che il nascituro non acquisti nulla, neppure l'aspettativa, in quanto non è un diritto che entra nel suo patrimonio, ma è una situazione giuridica creata dall'ordinamento per la tutela dei beni del nascituro.

I genitori, non potendo disporre in alcun modo di tale aspettativa prima della nascita non possono prestare alcun consenso all'alienazione, per cui non è possibile l'alienazione del diritto pieno, ma è possibile solo acquistare dal donante la proprietà risolubile (7).

Di contrario avviso è altra parte della dottrina (8) la quale ritiene che il donante non ha il potere di disposizione della piena proprietà avendolo perduto per effetto dell'irrevocabilità della donazione a seguito dell'accettazione da parte dei genitori del nascituro, mentre questi ultimi possono, con le debite autorizzazioni, sciogliere il donante dal vincolo determinato dalla donazione così che il donante possa procedere all'alienazione. In sostanza, affinché il donante possa liberamente vendere il bene donato, i genitori e il donante stesso devono preventivamente stipulare un contratto di mutuo dissenso opportunamente autorizzato dal giudice tutelare, in modo che il donante riacquista la piena proprietà del bene e possa disporre (9).

Questa tesi, invero, non trova conforto nel testo della legge, la quale non prevede questa surrogazione del bene donato con il corrispettivo ricevuto dall'alienazione, ma attribuisce al donante o ai suoi eredi l'amministrazione dei beni donati, senza distinzione tra atti di ordinaria amministrazione o straordinaria amministrazione.

Secondo altri autori (10), nella fattispecie, ricorre una ipotesi di ufficio di diritto privato analoga a quella che ricorre in tema di sostituzione fedecommissaria, nel senso che il donante, anche dopo la donazione, resta titolare di un diritto proprio, cioè del diritto relativamente condizionato alla nascita del donatario.

In altri termini, il donante può liberamente disporre del proprio diritto, come può disporre ogni titolare di un diritto relativamente condizionato, ma il donante è anche, nello

stesso tempo, titolare di un ufficio di diritto privato e in tale qualità amministra il diritto pieno. Ne consegue che il donante o i suoi eredi possono, in caso di necessità ed utilità evidente, alienare la piena proprietà del bene donato, e hanno l'obbligo di reimpiego.

Questa operazione giuridica integra un'ipotesi di surrogazione reale, vale a dire una modificazione solo qualitativa dell'oggetto che lascia, per il resto, il rapporto immutato (11).

In sintesi, i predetti soggetti hanno, per così dire, una doppia amministrazione: libera, per ciò che riguarda il loro diritto condizionato relativamente; vincolata, per ciò che riguarda il diritto pieno che attende il nascituro.

Per quanto riguarda, infine, il problema dell'eventuale autorizzazione del giudice per gli atti di straordinaria amministrazione, si ritiene che, in mancanza di un'espressa previsione legislativa e in omaggio ai principi della libertà contrattuale, il donante possa compiere gli atti di disposizione senza l'intervento del giudice: l'atto eventualmente dannoso per il nascituro non è invalido, ma comporta solo una responsabilità del donante-amministratore.

Tale tesi, invero, troverebbe conforto nello stesso diritto positivo, il quale prevede, proprio in tema di donazione, la possibilità di compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione liberamente, ossia senza chiedere l'autorizzazione al giudice. Infatti, l'art. 356 c.c. attribuisce espressamente al donante la facoltà di nominare un curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati, consentendo a costui, che può essere lo stesso donante, di compiere atti di straordinaria amministrazione senza osservare le forme abilitative di cui agli artt. 374 e 375 c.c.

Il richiamo, inoltre, all'art. 356 c.c. trova un fondamento nello stesso art. 784 c.c. nella parte in cui dispone "Salvo diversa disposizione del donante ..." (12).

(7) La tesi è avversata da SANTARCANGELO, *op. cit.*, 445, in quanto, in alcuni casi, l'alienazione del bene si può presentare necessaria o utile per la conservazione del bene medesimo o per il miglioramento dell'oggetto della donazione, per cui non si può escludere a priori l'ammissibilità dell'alienazione della piena proprietà. Si ritiene anche che si vengono a pregiudicare i diritti del nascituro, perché la proprietà risolubile ha un valore economico inferiore alla proprietà piena e, inoltre, difficilmente trova acquirenti.

(8) TORRENTE, *La donazione*, 367; SANTARCANGELO, *op. cit.*, 447.

(9) Questa tesi è stata recentemente perfezionata dal SANTARCANGELO, *op. cit.*, 447, il quale ritiene che il giudice tutelare può autorizzare lo scioglimento consensuale della donazione solo se esso corrisponde ad un apprezzabile interesse del nascituro. In altri termini, non vi può essere semplice scioglimento della donazione, ma scioglimento della donazione con trasferimento del vincolo su un altro bene, nel senso che se il nascituro viene ad esistenza, egli non diventa titolare del bene alienato, ma acquista il

denaro ricavato dalla vendita o l'altro bene in cui è stato investito. Pertanto, il legale rappresentante del nascituro, opportunamente autorizzato, interviene nell'atto di vendita per prestare il proprio consenso allo scioglimento del vincolo e controllare che il prezzo della vendita sia accantonato a vantaggio del nascituro.

(10) CAPOZZI, *op. cit.*, 810; IANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984, 110.

(11) Così testualmente CAPOZZI, *op. cit.*, 810.

(12) Tale tesi non è condivisa dal SANTARCANGELO, *op. cit.*, 446, il quale ritiene che l'art. 784 c.c., quando disciplina l'amministrazione dei beni donati a nascituri, intende riferirsi agli atti di ordinaria amministrazione, così come è confermato dall'analoga disposizione contenuta nell'art. 1361 c.c., il quale dispone che l'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dal soggetto al quale, in pendenza della condizione, spettava l'esercizio del diritto. Per atti di amministrazione ci si deve riferire agli atti di conservazione e non a quelli di disposizione, contemplati dall'art. 1357 c.c. e i cui effetti sono subordinati alla stessa condizione.

Tale tesi, comunque, non urta contro il principio di cui all'art. 1361 c.c., né con quello dell'art. 1357 c.c.

Non agevole, malgrado l'apparente chiarezza, è l'interpretazione della norma contenuta nel primo comma dell'art. 1361 c.c., che sancisce la "invalidità degli atti di amministrazione" compiuti da chi ha l'esercizio del diritto.

La nozione di "atti di amministrazione", benché sia di uso comune, non può considerarsi sufficientemente determinata.

Infatti, l'attività di amministrazione è ogni attività compiuta da chi è titolare di un rapporto patrimoniale in relazione a tale rapporto. Di solito tale attività viene contrapposta a quella di disposizione, ma nell'amministrazione possono rientrare anche atti di disposizione, come nell'ambito dell'attività di disposizione, rientra anche quella di amministrazione. La verità è che la norma contenuta nel primo comma dell'art. 1361 c.c., è priva di sostanziale contenuto normativo; con essa non si fa altro che riaffermare il principio, già enunciato nell'art. 1360 c.c., che ogni atto compiuto da chi ha l'esercizio di un diritto, che è stato oggetto di un negozio condizionale, qualora pregiudichi l'interesse dell'altra parte, non può essere a questa opposto; nonché argomentando *a contrario*, il principio enunciato nell'art. 1359 c.c., nel senso che l'avveramento della condizione per causa imputabile non pregiudica gli interessi della controparte.

È errato, dunque, limitare l'applicabilità dell'art. 1361 c.c. ai criteri adottati per distinguere l'ordinaria dalla straordinaria amministrazione.

Invero, chi compie l'atto è titolare, pienamente capace, del rapporto, e la sua attività è limitata soltanto all'obbligo della osservanza degli interessi di colui, nei confronti del quale egli ha assunto un impegno negoziale sottoposto a condizione. In definitiva, solo gli atti che pregiudicano la posizione giuridica dell'altra parte sono a questa opponibili, non però in base alla norma dell'art. 1361, primo comma, c.c., bensì per la retroattività della condizione (13).

È inesatto, poi, ritenere che la tesi innanzi esposta urti contro il principio dell'art. 1357 c.c. per il quale gli effetti degli atti di disposizione compiuti da un soggetto titolare di un diritto condizionato sono subordinati alla stessa condizione, in quanto in tal modo si confonde il diritto condizionato, di cui il donante è titolare in proprio, con il diritto pieno rispetto al quale egli è soltanto amministratore, quale titolare di un ufficio di diritto privato.

La teoria che attribuisce al donante la libera amministrazione trova conforto in un'ulteriore considerazione, e precisamente interpretando l'inciso "... i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia" di cui al terzo comma dell'art. 784

c.c. alla luce della normativa dell'art. 797 c.c. in tema di garanzia per evizione.

Il problema, come è stato precedentemente osservato, in realtà, è vedere se il donante può disporre del diritto pieno o solo del diritto condizionato.

A mio avviso, il problema potrebbe essere risolto in riferimento alla diversa interpretazione dell'inciso "...i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia".

Non si comprende, infatti, se con questo inciso il legislatore abbia voluto tutelare la posizione del nascituro o quella dell'acquirente del bene donato.

In effetti, se consideriamo la posizione dell'acquirente, allora il donante disporrebbe solo del diritto condizionato, in quanto quell'inciso sta a significare che il donante o i suoi eredi possono essere obbligati dal terzo acquirente a prestare idonea garanzia (art. 1179 c.c.), nell'ipotesi del verificarsi dell'evento della nascita, e che nelle more il donante o i suoi eredi siano divenuti insolubili, una volta restituito il bene. Se, invece, consideriamo la posizione del nascituro-donatario, allora il donante disporrebbe del diritto di alienare la piena proprietà del bene, e ciò lo si potrebbe evincere dall'interpretazione dell'art. 797 c.c.

Prima di affrontare quest'argomento, appare necessario chiarire se l'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 784 c.c. si riferisce esclusivamente agli eredi ovvero anche al donante. La dottrina (14) che si è occupata del problema ha, con una certa fretta, ritenuto che l'inciso "... i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia" si riferisce esclusivamente agli eredi, e non anche al donante.

In sostanza, si ritiene che l'amministrazione dei beni donati spetta al donante e, qualora questi venga a morte prima della nascita del donatario, viene attribuita agli eredi del donante e quest'ultimi, poiché potrebbero non garantire a sufficienza gli interessi del nascituro, possono essere obbligati dall'autorità giudiziaria a prestare idonea garanzia.

Tale tesi non sembra cogliere il reale significato della *ratio* dell'inciso di cui al terzo comma, ultima parte, dell'art. 784 c.c. Invero, l'orientamento dottrinale precedentemente esaminato, urta contro due considerazioni l'una di natura morfologica, l'altra di natura giuridica.

Invero, l'inciso "... i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia" costituisce, nel contesto del periodo di cui al terzo comma dell'art. 784 c.c., una proposizione subordinata relativa, congiunta alla proposizione principale dalla quale dipende.

La proposizione principale (... l'amministrazione dei beni donati spetta al donante o ai suoi eredi), inoltre, è caratterizzata dalla disgiuntiva "o", la quale disgiunge solo gli elementi

(13) In tal senso cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, Comm. al codice civile*, Torino 1980, 256.

(14) Cfr. GIANNATTASIO, *Delle successioni, Comm. al codice civile*, Torino 1980, 265.

della proposizione principale, vale a dire il donante o i suoi eredi, non la proposizione stessa, per cui la proposizione relativa che segue è subordinata e congiunta all'intera proposizione principale.

In definitiva, l'inciso di che trattasi, da un punto di vista morfologico, si riferisce non solo agli eredi ma anche al donante, i quali costituiscono elementi dell'intera proposizione principale (15).

Seguire, poi, l'orientamento innanzi esaminato significa snaturare da un punto di vista giuridico il significato della ratio della garanzia.

In effetti, l'art. 784 c.c. prevede una diversa disposizione del donante nel senso che costui potrebbe disporre che dopo la sua morte l'amministrazione dei beni donati spetti a persona di sua fiducia, diversa dagli eredi.

Ritenere, quindi, che la garanzia può essere imposta solo agli eredi significa svuotare di contenuto la medesima, nel caso che l'amministrazione venga attribuita a persone diverse dagli eredi.

In sostanza, se la ratio della garanzia è quella di tutelare l'interesse del nascituro-donatario da interessi contrapposti, di cui gli eredi possono essere portatori, non si comprende come tale tutela possa trovare attuazione nel caso di amministrazione affidata a terze persone qualora la garanzia non possa essere imposta a questi ultimi.

In realtà la tutela dell'interesse del nascituro-donatario da interessi contrari sarebbe effettiva solo nell'ipotesi in cui la garanzia possa essere imposta non solo agli eredi, ma anche alle persone estranee, nominate dal donante nell'amministrazione del bene donato.

Orbene, se la *ratio* dell'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 784 c.c. è quella di tutelare l'interesse del nascituro-donatario da altri interessi con esso confliggenti, a maggior ragione tale tutela deve avvenire nei confronti dello stesso donante.

Se il donante, infatti, ha la titolarità piena del bene donato, nonostante la irrevocabilità della donazione a seguito dell'accettazione da parte dei rappresentanti legali del nascituro, egli è portatore *in fieri* di un interesse contrario a quello del nascituro, in quanto in ogni momento potrebbe disporre del bene donato, sicchè anche al donante potrebbe essere imposta una idonea garanzia.

La garanzia che può essere imposta al donante è la garanzia per evizione, esplicitamente ammessa nella donazione dall'art. 797 c.c., in ipotesi tassativamente elencate.

Nel nostro ordinamento la garanzia per evizione è dettata per esteso per il contratto di compravendita (art. 1483 c.c.).

L'art. 1476, n. 3, c.c., in particolare, ascrive la garanzia tra le obbligazioni principali del venditore unitamente alle obbligazioni di consegnare la cosa al compratore e di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto (se l'acquisto non è effetto immediato del contratto).

Si è molto discusso in dottrina sulla natura e sul fondamento della garanzia nella vendita (16). In ogni caso è opinione prevalente, se non pacifica, che la giustificazione della garanzia risieda nella corrispettività del contratto, secondo il principio della correlatività delle prestazioni (17).

Tale impostazione, però, trascura il profilo della unitarietà del fondamento della garanzia rispetto a tutti i negozi in cui essa è prevista dall'ordinamento.

Nella donazione, infatti, manca una qualsiasi corrispettività tra le situazioni dei partecipanti.

Soccorre a questo punto una costruzione della garanzia per evizione che ribalta o comunque muta profondamente la prospettiva della responsabilità contrattuale del venditore.

Invero, la responsabilità del venditore non discende da un rapporto obbligatorio, ma dalla "insoddisfazione di quell'interesse che doveva essere soddisfatto per il semplice e normale operare dei meccanismi giuridici e non in virtù di attività e comportamenti umani specifici" (18).

La responsabilità così descritta è responsabilità per inattuazione dell'effetto reale.

Pertanto, sono da superare le costruzioni che individuano nell'inadempimento il fondamento della garanzia per evizione, poiché manca ogni tramite obbligatorio rispetto al contratto che fa capo, per la propria attuazione, esclusivamente all'effetto reale (art. 1376 c.c.).

Tale orientamento ha il pregio di consentire una visione unitaria del fondamento della garanzia per evizione, che si attagli anche alla donazione.

Esso, infatti, prescinde dalla sinallagmaticità del contratto, la quale può soltanto rendere più colorita la responsabilità contrattuale.

Va anche precisato, inoltre, che la considerazione che la

(15) PALAZZI, *Il governo delle parole*, Milano-Messina 1969, 221-249.

(16) Una parte della dottrina riconosce il fondamento della garanzia per evizione nella irregolarità dell'attribuzione patrimoniale che viene così ad essere assimilata alla sanzione, *cf.* in tal senso RUBINO, *La compravendita*, Milano 1971, 629. Altra dottrina ritiene, invece, che la garanzia per evizione consiste in una responsabilità che l'ordinamento giuridico addossa in linea obiettiva al venditore in caso di mancata attuazione del contratto di vendita in quanto

contratto con effetti reali, vedi DE MARTINI, *Evizione (diritto civile)*, in *Nuovissimo digesto italiano*, VI, Torino 1964, 1055 e, *ivi*, bibliografia.

(17) RUBINO, *La compravendita*, *op. cit.*, 641; GRECO e COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. al codice civile* a cura di SCIALOJA E BRANCA, Libro IV, Delle obbligazioni, artt. 1470-1547, Bologna-Roma 1964, 104.

(18) Il passo è di RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano 1965, 5.

rottura del sinallagma funzionale non sia un requisito essenziale della garanzia, è dimostrato dalla circostanza che l'ordinamento la prevede espressamente per la donazione, che è un contratto gratuito o meglio un atto a titolo di liberalità.

A prescindere, comunque, dall'orientamento innanzi enunciato, vale a dire il fondamento unitario della garanzia per evizione, si deve ritenere che al donante può essere imposta la garanzia in virtù dell'art. 797 c.c. che rappresenta un'eccezione alla non obbligatorietà della garanzia in tema di donazione.

Pertanto, resta da stabilire in quale caso previsto dall'art. 797 c.c. rientra la garanzia che può essere imposta al donante in forza dell'inciso del terzo comma dell'art. 784 c.c.

Alla luce della teoria che attribuisce al donante la libera amministrazione del bene donato, il donante, nonostante la irrevocabilità della donazione, può, per un fatto proprio, alienare il bene donato pur essendo a conoscenza del pregiudizio che arrecherebbe al nascituro-donatario.

Tale consapevolezza, nonché il comportamento del donante, fa rientrare la garanzia per evizione, che può essere imposta al donante, nell'ipotesi di cui al n. 2 dell'art. 797 c.c. e precisamente "... dal fatto personale di lui".

La disposizione è analoga a quella dell'art. 1487, secondo comma, c.c., in tema di vendita, nella quale l'obbligo del venditore di garantire il compratore comprende non soltanto il fatto altrui, ma anche il fatto proprio (19).

Il fatto personale del donante, dunque, non è altro che il fatto doloso, vale a dire quello compiuto dopo la donazione con la consapevolezza di nuocere al donatario (20).

Da tutte le siffatte considerazioni possiamo affermare che la tesi che attribuisce al donante la libera amministrazione del bene donato, può trovare fondamento giuridico nella possibilità da parte dei rappresentanti legali del nascituro-donatario di obbligare il donante a prestare garanzia verso il donatario, per l'evizione che questi può soffrire dalle cose donate.

In effetti, se i genitori del nascituro-donatario, nella loro qualità di rappresentanti legali, possono obbligare il donante o i suoi eredi a prestare la garanzia per evizione in favore del nascituro, ciò sta a significare che il terzo acquirente acquista la piena proprietà del bene, cioè non un diritto sottoposto a condizione risolutiva, per cui argomentando a contrario, il donante disporrebbe della piena proprietà del bene (21).

Nell'ipotesi, dunque, che si verifichi l'evento della nascita, il donatario che ha subito l'evizione avrà solo il diritto di pretendere dal donante-venditore la restituzione in suo favore del prezzo ricavato, che egli avrà eventualmente

reimpiegato.

Nell'ambito della problematica affrontata, uno degli aspetti di natura processuale che potrebbero discendere dalla stessa è quello relativo alla possibilità concreta di sottrarre il bene immobile alle garanzie del credito nel caso che il donante fosse debitore nei confronti di terzi.

Invero, con la donazione del bene a nascituro, il donante avrebbe esclusivamente l'amministrazione del bene, ma non anche la proprietà dello stesso che, in effetti, resterebbe definitivamente in capo al nascituro-donatario con la conseguenza che il bene non potrebbe essere aggredito da potenziali creditori del donante, a prescindere da eventuali azioni di conservazione del credito di dubbia efficacia pratica e di difficile attuazione per mancanza, nella fattispecie, dei presupposti necessari per accedere alla garanzia.

Analoga sorte spetterebbe ai canoni locativi in caso di locazione del bene donato a nascituro in quanto gli stessi devono essere comunque reimpiegati in favore del nascituro-donatario, anche se non ancora concepito, e, quindi, sottratti alla disponibilità del donante debitore e alle pretese dei creditori.

Tale orientamento sembra emergere dalla interpretazione del terzo comma, ultima parte, dell'art. 784 c.c.

Invero, nel caso in cui la donazione del bene immobile locato venga fatta a favore di un nascituro già concepito, i frutti maturati prima della nascita di quest'ultimo sono direttamente riservati al donatario, per cui sono direttamente gestiti ed amministrati dai rappresentanti legali del medesimo. Nel caso, invece, che la donazione venga fatta a favore di un non concepito, i frutti sono riservati al donante, il quale può amministrarli, con obbligo di reimpiego, sino al momento della nascita del donatario, ovviamente per le analoghe ragioni svolte in tema di alienazione del bene donato.

Per quanto riguarda l'amministrazione del bene donato a nascituro, non appare revocabile in dubbio che la stessa appartenga al donante, il quale, nell'ambito dell'amministrazione ordinaria, può disporre del bene e, dunque, locare lo stesso a terzi, con l'obbligo eventuale di reimpiegare le somme in favore del donatario-nascituro ricavate dalla locazione del bene.

Tuttavia, in tema, deve evidenziarsi anche la circostanza che mentre per il donante la locazione può essere direttamente stipulata senza alcuna autorizzazione trattandosi di un'amministrazione diretta che trova fondamento nella stessa legge per le considerazioni giuridiche innanzi esposte; per converso, in caso in cui la locazione venga stipulata dai rappresen-

(19) GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., 303; cfr. anche Cass. 14 marzo 1956, n. 2864, in *Mass. Giust. civ.* 1956, 904.

(20) In tal senso BIONDI, *Le donazioni*, cit., 554.

(21) Tale tesi sembra trovare fondamento anche nelle formule della

donazione a nascituro di cui al formulario degli atti notarili, a cura di LOVATO-AVANZINI, Torino 1990, 214, qualora si esoneri il donante a prestare garanzia, per cui implicitamente si ammette che la garanzia possa essere imposta anche al donante.

tanti legali del donatario, trattandosi di un atto non rientrante nell'ordinaria amministrazione, come esplicitamente disposto dalla seconda parte del primo comma dell'art. 320 c.c., il contratto deve essere compiuto congiuntamente dagli stessi ed, in caso di disaccordo, autorizzato dal giudice ai sensi dell'art. 316 c.c. Tale particolare disposizione trova, altresì, conferma in tema di comunione legale dei coniugi di cui al secondo comma dell'art. 180 c.c. (22).

Peraltro, potrebbe anche verificarsi l'ipotesi di un conflitto tra il donante ed i rappresentanti legali del nascituro, i quali potrebbero contestualmente disporre del bene e locarlo a terzi.

Invero, per l'assunzione della qualità di locatore non è necessario essere proprietario della cosa locata, per cui chiunque abbia la disponibilità di fatto di una cosa in base a titolo non contrario, a norme di ordine pubblico, può validamente concederla in locazione, in comodato o costituirvi altro rapporto obbligatorio ed è, di conseguenza, legittimato a richiederne la restituzione allorché il rapporto venga a cessare.

Ebbene, in caso di conflitto in tema di locazione del bene immobile donato a nascituro, è indubbio che il conflitto venga risolto in forza della disposizione normativa contenuta nell'art. 1380 c.c., il quale così recita: "*Se, con successivi contratti, una persona concede a diversi contraenti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito.*

Se nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento, è preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore.

Sono salve le norme relative agli effetti della trascrizione".

Di conseguenza, in virtù della citata disposizione, applicabile al caso in esame attraverso una interpretazione estensiva, ai fini della risoluzione del conflitto non ha rilevanza la buona o mala fede dell'uno o dell'altro contraente.

Il principio secondo il quale la norma dell'articolo citato astraе dallo stato di buona o mala fede dell'uno o dell'altro contraente va inteso nel senso che il contraente il quale sia secondo nel conseguire il godimento della cosa deve in ogni caso restituirla al primo e non può esimersene allegando di essere stato in buona fede, ma non anche nel senso di escludere che questi, se abbia contratto in mala fede o con colpa grave, si sottragga a responsabilità per danni. Non può negarsi al contraente assistito dalla priorità la facoltà di preferire alla restituzione dell'*idem corpus* la riparazione per equivalente.

Peraltro, mentre l'azione di reintegrazione è legittimamente esperita contro il nuovo detentore quale che sia il suo

atteggiamento subiettivo, l'azione risarcitoria postula sempre l'accertamento degli estremi, obiettivo e subiettivo, senza i quali non può sussistere responsabilità per danni, e dato il carattere extracontrattuale della relativa responsabilità, la prova degli estremi predetti incombe all'attore (in tema vedi Cass. 20 aprile 1960, n. 955).

Ulteriore considerazione da svolgere, in conclusione, nell'ambito del complesso discorso affrontato involge l'aspetto diretto alla legittimazione ad agire nell'ipotesi che si voglia ottenere la disponibilità dell'immobile locato donato a nascituro.

L'esame del caso particolare deve tenere distinte le ipotesi in cui l'immobile locato sia stato donato a nascituro concepito ovvero ad un non concepito.

Invero, nel primo caso, vale a dire di locazione di immobile donato ad un nascituro già concepito, la legittimazione del donante ad avere la disponibilità dell'immobile locato perde di attualità rispetto alla durata della locazione, dacché con l'evento della nascita, la legittimazione non può che appartenere sostanzialmente ai rappresentanti legali del nascituro, i quali faranno valere i diritti del medesimo.

In tale ipotesi, è esclusa la necessità dell'autorizzazione per promuovere il giudizio, in quanto l'azione è diretta esclusivamente a realizzare l'intento pratico delle parti negli stessi termini contemplati e presupposti dall'autorizzazione già rilasciata per l'accettazione della donazione e, dunque, per compiere il relativo atto sostanziale (per uno spunto, in questo senso, *obiter dicta*, cfr. Cass. 14 marzo 1968, n. 814; in modo specifico controlla Cass. 30 gennaio 1982, n. 599).

Nel caso, invece, che la locazione venga effettuata su un immobile donato ad un nascituro non concepito, è indubbio che il donante conservando l'amministrazione del bene immobile, resta investito dei più ampi poteri per porre in essere la domanda di rilascio dell'immobile locato.

Un'ipotesi del tutto particolare potrebbe verificarsi nel caso in cui la locazione del bene immobile locato e donato a nascituro venga posta in essere dai rappresentanti legali del medesimo nell'ambito di un titolo non contrario a norme di ordine pubblico, laddove quest'ultimi hanno accettato, con le prescritte autorizzazioni di cui agli artt. 316 e 320 c.c., la donazione del bene immobile e, tra l'altro, il donante, nelle more della locazione, procede alla alienazione ad un terzo del bene stesso.

In altri termini, si pone il problema se la legittimazione alla domanda di rilascio del bene locato spetti al terzo proprietario ovvero ai rappresentanti legali del nascituro che rivestono la qualità di locatore.

(22) In particolare si è ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità che il genitore munito del prescritto provvedimento di autorizzazione può disporre dei beni donati ai suoi figli nascituri, anche se

non ancora concepiti (in tal senso vedi Cass. 8 settembre 1952, n. 2864, in *Foro it.* 1953, I, 298; in senso contrario, invece, cfr. App. Salerno 19 aprile 1973, in *Rep. foro it.* 1974, voce *Donazione*, n. 22).

È indubbio che in questa ipotesi il terzo proprietario non ha alcuna legittimazione a porre in essere una domanda di rilascio dell'immobile nei confronti del conduttore, spettando tale azione esclusivamente al locatore (in tal senso, fra tante, vedi Cass. 6 dicembre 1963, n. 3098; Cass. 22 ottobre 1969, n. 3455).

Tuttavia, il proprietario non locatore nei confronti del conduttore avrà l'azione reale a tutela del proprio diritto assoluto per conseguire la disponibilità dell'immobile, qualora il rapporto di locazione *inter alios* non gli sia opponibile (23).

Francesco della Ventura

(23) In questo senso v. BUCCI - MALPICA - REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Padova 1989, 20, ove si è prevista anche l'ipotesi del cd. mandato fiduciario, laddove l'immobile venga locato in nome

proprio da altra persona. In argomento v. anche Cass. 28 febbraio 1983, n. 1508; Cass. 5 dicembre 1985, n. 6098 (inedita, Testa c. Cons. Agr. prov. Enna).