

Relazione Convegno Arce 10 maggio 2013

"L'articolo 790 c.c.. Possibile rimedio per facilitare la circolazione dei beni di provenienza donativa" (Dott. Marco Marini - Notaio in Agnone)

Introduzione. L'argomento della giornata di studio verte sulle problematiche inerenti alla circolazione di beni di provenienza successoria. Tradizionalmente questa problematica è affrontata nell'ottica di risolvere *ex post* una provenienza donativa per i noti problemi di circolazione di tali titoli a causa della forte tutela dei legittimari. Problema che è sempre più presente, dato il contesto economico in cui viviamo, ove a fronte di una diminuzione delle transazioni a carattere oneroso, prevalgono esigenze di sistemazioni familiari per ottimizzare, nell'ambito della famiglia, la pesante tassazione immobiliare di questo periodo. E' inutile rimarcare come la recente riformulazione degli art. 561- 563 abbia spostato di poco il problema, sia per la dubbia retroattività di tale riforma, sia perché per le donazioni attuali qualsiasi effetto è posticipato allo scadere del termine di durata previsto dalla normativa, il tutto sotto l'incerta condizione che il donante non muoia in tale periodo. Allora, può essere interessante verificare se la prassi negoziale possa sopperire, con l'introduzione nei titoli donativi di specifiche clausole, al rischio di cristallizzazione del bene donato, prevedendo in maniera anticipata la possibilità di una "exit strategy" per il caso in cui il donatario debba procedere, a poca distanza dalla donazione effettuata, ad un'ulteriore transazione, traslativa o di garanzia, avente ad oggetto l'immobile donato. L'ipotesi che ho cercato di approfondire è quella inerente l'art. 790 cod. civ., ossia la donazione con riserva di disporre, che testualmente recita: «Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi». L'istituto risulta sconosciuto alla giurisprudenza di merito e di legittimità a testimonianza dello scarso utilizzo nella pratica di questo istituto. Discorrendo negli annali giurisprudenziali, l'unica sentenza che ho trovato riguarda un profilo di costituzionalità della norma, ricorso dichiarato inammissibile per difetto di legittimità, e quindi non approfondita nel merito. Stante l'assenza di riferimenti giurisprudenziali unici riferimenti sono quelli sviluppati dalla dottrina che ha liquidato la norma in esame come mera norma interpretativa di clausola negoziale. Il primo passo da compiere per comprendere appieno la norma in esame è senza dubbio contestualizzarla nel codice del 1942, partendo dall'origine storica della norma. Nel diritto consuetudinario francese la donazione dell'art. 790 c.c. era considerata nulla in quanto in contrasto con il principio di irrevocabilità dell'atto (donner et retenir ne vaut). Il Code Napoléon, stabiliva, invece, che qualora il donante, essendosi riservato la facoltà di disporre di qualche oggetto della donazione o di una somma di denaro sui beni donati, fosse morto senza averne disposto, la res passasse ai suoi eredi, nonostante qualsiasi patto contrario (art. 946). Tale disposizione passava nel codice civile italiano del 1865, che così disponeva: «Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto od una tale somma appartiene agli eredi del donante, nonostante qualunque clausola o stipulazione in contrario». Sulla base di tale norma la

dottrina, nel vigore del vecchio codice, era quindi giunta alla conclusione che se l'oggetto diveniva di titolarità degli eredi del donante a titolo ereditario, esso non aveva mai cessato di appartenere al donante e di conseguenza ne sottolineava l'inutilità, poiché l'oggetto mai perveniva al donatario, sia che il donante si fosse avvalso della riserva, sia che non ne avesse fatto uso. L'art. 790 cod. civ., nella sua attuale formulazione, si pone in modo diametralmente opposto: dalla formulazione della norma si evince che si è in ogni caso di fronte ad un fenomeno traslativo in favore della parte donataria, con la particolarità che se il donante non esercita la facoltà che si è riservata, l'oggetto della donazione risulta definitivamente trasferito alla parte donataria. Procedendo nell'analisi dell'istituto è evidente che la norma disciplina due fattispecie che, benché accomunate dal legislatore sotto il medesimo profilo della riserva, presentano notevoli differenze dal punto di vista della loro struttura ed è pertanto necessario esaminarle separatamente.

La facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione.

La donazione con facoltà di disporre è inquadrata dalla maggioranza degli autori nell'ambito della donazione sottoposta ad una condizione, anche se, al momento di precisarne il tipo, le varie opinioni si sono differenziate. Un'isolata opinione ha ricostruito tale fattispecie come donazione sottoposta ad una condizione sospensiva potestativa negativa, in cui l'evento dedotto in condizione è la mancata disposizione da parte del donante dei beni riservati e con un termine finale di pendenza individuato nella morte del donante. Secondo tale tesi la titolarità dei beni donati resta provvisoriamente in capo al donante, in quanto il depauperamento del suo patrimonio è soltanto eventuale, e solo con la morte del donante potrà prodursi l'effetto traslativo in favore della parte donante. Si avrebbe in sostanza un effetto traslativo, pur se differito, e di conseguenza non vi sarebbe alcuna incompatibilità con la donazione intesa come atto attributivo. Le critiche a questa ricostruzione possono individuarsi in tre aspetti: 1) non si rispetta la volontà del donante, il quale vuole immediatamente donare i beni; 2) la donazione cum moriar rientra in quelle fattispecie al limite del patto successorio, ex 458 cod. civ. di cui parte della dottrina contesta la legittimità nel nostro ordinamento; 3) la lettera della norma fa presupporre un effetto traslativo immediato, che in virtù della facoltà di riserva può essere caducato dal donante. La stragrande maggioranza della dottrina ha, invece, configurato la fattispecie in esame come donazione sottoposta ad una condizione risolutiva, per alcuni meramente potestativa, eccezionalmente valida, per espressa volontà del legislatore; per altri ammissibile in forza dei principi generali in base ai quali solamente la condizione sospensiva meramente potestativa *vitiatur et vitiat* ex art. 1355 c.c. Tale ultima opinione ritiene che l'evento dedotto in condizione è la disposizione da parte del donante del bene riservato a favore di un terzo o addirittura anche di se stesso; in tal modo l'effetto traslativo è immediato, ma l'evento risolutivo sarebbe retroattivo per i principi generali in materia di condizione. La condizione sarebbe per altri non mera in quanto «quando il donante esercita tale facoltà è mosso da ragioni apprezzabili, sia che disponga a favore di se stesso sia che disponga a favore di altri». Per tali opinioni, in ogni caso, la donazione sarebbe condizionata non nel suo complesso, ma limitatamente ai beni oggetto di riserva, mentre relativamente alla parte non riservata si ha una donazione pura e semplice. La tesi della condizione risolutiva potestativa non mera potrebbe essere condivisa, purché l'evento dedotto in condizione consista nel compimento dell'atto di disposizione del bene riservato a favore esclusivamente di

terzi, e non anche dello stesso donante. In tal modo la condizione non potrà essere considerata come meramente potestativa.

Le ricostruzioni sin qui riportate, che ricostruiscono l'istituto come fenomeno condizionale, ricostruiscono l'istituto secondo canoni tradizionali, limitando forse la reale intenzione del legislatore. Infatti tale ricostruzione non è esente da critiche che possono schematicamente riassumersi in questo modo:

- 1) l'ammissibilità di condizione meramente potestativa risolutiva nel nostro ordinamento;
- 2) la logica del divieto di trasmissione agli eredi sarebbe di difficile comprensione di fronte ad un fenomeno risolutivo con effetti retroattivi come nel caso di condizione risolutiva;
- 3) si potrebbe sempre incorrere nel divieto dei patti successori.

Non a caso vi è chi ha ritenuto di configurare l'istituto non come fenomeno condizionale, ma intravedere una scissione tra titolarità del diritto e legittimazione all'esercizio del diritto. Il punto appare delicato, in quanto tale fattispecie, di sicura ammissibilità nel diritto tedesco (n. 185 BGB), si porrebbe in conflitto con i principi generali del nostro ordinamento ed in particolare con il principio di tipicità dei diritti reali, con specifico riguardo al principio di assolutezza e pienezza del diritto di piena proprietà. Al riguardo, però, si potrebbe obiettare che anche in altre occasioni il legislatore ha derogato a tale principio, con norme speciali volte a consentire l'ammissibilità di una scissione tra gestione e titolarità, come nel caso delle azioni delle società fiduciarie. Ed allora, la norma in questione potrebbe porsi come norma eccezionale, che, in virtù della particolare fattispecie contrattuale della donazione, consenta al donante ciò che negli altri tipi contrattuali non è concesso. La lettera della norma da sola non può essere elemento decisivo per sancire la specialità della norma, tuttavia, non si può non evidenziare che la terminologia usata dal legislatore «facoltà di disporre» è la stessa che il legislatore ha usato all'art. 832 cod.civ. nel descrivere il contenuto del diritto di proprietà. Forse il legislatore ha volutamente inteso utilizzare le medesime espressioni per evidenziare come il donante in virtù della riserva resta titolare del solo *ius disponendi* tipico del proprietario e suggerendo così la paventata ipotesi di scissione tra titolarità e legittimazione.

Altro aspetto da considerare è la peculiarità della riserva in esame; ci sono altre ipotesi di riserva nel codice civile: la riserva di usufrutto (art. 796 cod. civ.), la vendita con riserva della proprietà (1523 cod. civ.) o la con riserva di gradimento (1520 cod. civ.). Ma in tali ipotesi, la riserva assume un ruolo totalmente differente: nella prima ipotesi, la riserva opera immediatamente consumandosi nello stesso momento della genesi contrattuale. Ciò che viene dopo deriva dalla natura del diritto oggetto di riserva. Nella vendita con riserva di proprietà, invece, si è di fronte ad una fattispecie *sui generis* ove l'effetto traslativo si completa solo al momento dell'esatta esecuzione del pagamento del prezzo; dico si completa perché il legislatore ha avuto cura di disciplinare la posizione dell'acquirente che, pur non essendo proprietario, è comunque titolare di un diritto sui beni compravenduti, per alcuni un diritto reale *sui generis*, ma tipico. Nella terza ipotesi, l'esercizio della riserva di gradimento assume un ruolo costitutivo dell'effetto traslativo. Come detto, sono ipotesi molto lontane dalla nostra fattispecie, soprattutto perché solo in questa si è di fronte ad un effetto traslativo pieno sin dall'origine. Un'ipotesi unica, particolare... atipica per l'appunto. Altro aspetto che può indurre a riflettere: perché il legislatore ha voluto legare alla persona del donante la durata della facoltà di scelta? E' evidente che il fine è quello di evitare un'incertezza troppo prolungata, ma avrebbe potuto temperarla prescrivendo un congruo termine. Il legislatore ha scelto la vita del donante, forse

perché quella facoltà non poteva essere trasmessa ad un erede in quanto metteva in crisi l'istituto per come l'aveva ideato: il donante è l'unico che può essere legittimato all'esercizio della facoltà di disposizione perché la riserva è strettamente connessa alla posizione di partenza, ossia di donante proprietario, il quale solo può essere titolare del potere di disporre, in quanto si correrebbe il rischio che terzi soggetti possano determinare la sorte della donazione.

Le presenti considerazioni, so bene, non sono sufficienti di per sé ad aprire la porta ad una nuova falla nell'ambito della tipicità dei diritti reali, tuttavia non si può negare che ritenere l'art. 790 cod. civ. mera norma interpretativa di clausola negoziale di una fattispecie condizionale, significa svuotarla di contenuto.

Anche sotto l'aspetto degli effetti, accedere alla tesi del meccanismo condizionale o alla scissione tra legittimazione e titolarità, apre scenari diversi. La condizione risolutiva avendo un effetto retroattivo reale, consente di considerare mai verificato il passaggio donativo, con tutte le conseguenze utili ai nostri fini: l'immobile circola liberalmente, senza alcun vincolo di sorta. Nel caso di scissione, invece, se il donante pone in essere un atto dispositivo della piena proprietà, la conseguenza è che ci si trova innanzi ad un negozio con effetti sul patrimonio altrui (donatario), ma, in virtù del particolare potere di riserva, è compiuto a proprio nome ed ha l'effetto non tanto di risolvere gli effetti traslativi in capo al donatario, quanto quello di imputare l'atto al donante impendendo di fatto la disciplina dell'azione di riduzione e restituzione. Il donante, in virtù del potere di riserva, potrebbe "consumare" il contenuto della donazione sino ad esaurirla; la differenza di tale seconda impostazione è evidente nel caso di un atto dispositivo di un diritto reale minore o ancora meglio di una garanzia reale: la donazione non avrebbe ragione di essere sciolta, potendo una volta estinta la garanzia continuare a produrre i suoi effetti.

Venendo ad esaminare più da vicino la riserva, diversi sono gli aspetti da considerare.

1) **l'aspetto soggettivo** della riserva: può essere la riserva di disporre in favore del donante? La risposta deve essere negativa perché il termine disporre evoca in sé un fenomeno traslativo etero personale; inoltre anche un confronto con la terminologia usata nella vendita con patto di riscatto evidenzia la differente volontà del legislatore (nell'art. 1500 c.c. il legislatore ha disposto che « il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta ...»). La logica di tale limitazione può essere individuata nel fatto che la riserva può soddisfare esigenze di carattere economico del donante, il quale alienando il bene oggetto di riserva può così far fronte all'imprevista esigenza. Tenderei, quindi, nonostante qualche voce contraria, ad escludere tale possibilità.

Diversa questione è se sia possibile che il donante conceda l'esercizio della riserva ad una terza persona. Se si accede alla tesi della scissione, la risposta non può che essere negativa. Se si accede alla tesi della condizione risolutiva, parrebbe ammissibile purché la condizione venga ad essere costruita non come una condizione meramente potestativa ma causale, venga stabilito un termine di esercizio non superiore alla vita del donante e soprattutto il possibile oggetto della riserva sia individuato e non lasciato all'arbitrio del terzo. La liceità di una tale possibilità può ricavarsi a contrario dal divieto di attribuirlo agli eredi.

2) **l'aspetto oggettivo**. La norma parla di riserva di qualche oggetto, pertanto è discussa l'ammissibilità dell'intero oggetto della donazione. Sul punto alcuni autori hanno sostenuto l'inderogabilità sulla lettera della legge. Tuttavia, vi è da osservare che in questo caso la lettera della norma non può essere decisiva, in quanto questa limitazione sembra essere un « relitto storico » che il legislatore ha automaticamente trasportato dal codice del 1865 a quello vigente. In quella sede tale restrizione si

spiegava in base alla circostanza che l'art. 1069 costituiva davvero un'eccezione al principio della irrevocabilità, assunto dal codice abrogato come carattere essenziale della donazione, ed alla volontà di evitare che l'intera donazione venisse revocata. Una volta superata, con il codice del 1942, questa impostazione non si rinvennero ostacoli ad ammettere che il donante si possa riservare la facoltà di disporre di tutti i beni donati, ed a trattare quindi questa particolare condizione come una qualsiasi condizione risolutiva che, una volta verificatasi, fa venire meno l'efficacia della donazione. Del resto la quantità della riserva è lasciata alla totale libertà del donante, il quale donando 100 potrebbe legittimamente riservarsi 99,9. Ed allora è questo un limite non invalicabile.

3) l'aspetto dispositivo: in assenza di ogni previsione al riguardo il donante può disporre della cosa riservata sia per atto tra vivi che mortis causa (tramite legato o *institutio ex re certa*, in quanto il testamento ha effetto dalla morte del donante e quindi il potere di riserva verrebbe ad essere esercitato con tale decorrenza senza soluzione di continuità), sia a titolo oneroso che gratuito, alienando la cosa o costituendo sulla stessa dei diritti reali di godimento o di garanzia. Nell'ipotesi di costituzione di un diritto reale minore o di disposizione di un solo bene, si deve notare che, da un lato, la donazione si risolve limitatamente al bene o ai diritti oggetto dell'atto di disposizione e, dall'altro, il compimento di quell'atto non consuma, in capo al donante, la facoltà di disporre nel futuro dei beni o dei diritti (compatibili con quello già costituito) residui.

Nessuno esclude che le parti possano limitare la facoltà del donante a determinati atti di disposizione (es. solo atti a titolo oneroso; solo atti dispositivi di diritti reali minori, ecc.) ovvero ad atti compiuti nei confronti di determinati soggetti o categorie di soggetti.

4) la durata della riserva: la legge individua il limite massimo di durata della riserva nella vita del donante. Si ritiene che tale limite non possa essere derogato in aumento. Può ben essere limitato prescrivendo un termine alternativo più breve; si è notato, infatti, che utilizzando la riserva in esame come tecnica per agevolare la circolazione dei beni donativi, allora, potrebbe essere previsto un termine ventennale, in modo tale che sino al compimento del ventennio la circolazione sarà possibile tramite la tecnica della riserva, successivamente il donatario potrà disporre e o concedere in garanzia con la tutela ridotta dei riformati art. 561-563 cod. civ.

La riserva di una somma sui beni donati

Qualora la riserva abbia ad oggetto una somma di denaro, si ritiene che i contraenti pattuiscano il sorgere di un'obbligazione a carico del donatario, qualora questa sia la volontà del donante, avente per oggetto il pagamento di detta somma al donante stesso o ad un terzo da questi indicato. A tal proposito, si osserva, innanzitutto, che la somma, oggetto della riserva, non potrebbe considerarsi oggetto della donazione e che, se lo fosse, si sarebbe ormai confusa col patrimonio del donatario, sicché un atto di disposizione di un *genus* da parte del donante non avrebbe senso. Si tratterebbe, piuttosto, di una riserva di valore e non di oggetto, nel senso che il donante si riserva di chiedere al donatario una somma compresa nel valore dei beni donati e l'oggetto della donazione non verrebbe coinvolto in alcun modo dall'esercizio della facoltà di disporre. La donazione in sé sarebbe un atto puro, che non resta minimamente travolto dagli eventi relativi all'obbligazione di pagare la somma

Tale essendo il fenomeno, una parte della dottrina ricostruisce la fattispecie come una

donazione, attuale, immediata e definitiva, ed attribuisce alla clausola relativa alla riserva valore di diritto potestativo del donante di imporre a carico del donatario l'obbligazione di pagare una somma di denaro, senza un ulteriore consenso specifico di quest'ultimo, in quanto già manifestato nell'atto di donazione; sarebbe cioè «una vera e propria obbligazione a carico del donatario, sottoposta alla condizione sospensiva, meramente potestativa, *ex parte creditoris*, e quindi valida in quanto non rientrante nel divieto dell'art. 1355 cod. civ.».

La riserva in questione è perciò strettamente personale, non trasmissibile.

La dottrina su riportata sottolinea, altresì, la differenza tra la donazione modale e la fattispecie in oggetto: la prima comporta imposizione attuale di un peso; la seconda comporta «la facoltà per il donante di imporre un'obbligazione a carico del donatario». Si afferma che la riserva non è un onere, né si può considerare come onere di subire gli effetti della disposizione, e, a differenza dell'onere, ha carattere personale e non può essere esercitata da nessuna altro, compresi gli eredi.

Altra parte della dottrina, sostiene invece la natura di onere in senso proprio della riserva.

Si tratterebbe di un peso a carico del donatario, che funziona da limite o misura della donazione, sottoposto alla condizione sospensiva potestativa della volontà del donante di farlo valere.

Si ritiene altresì ammissibile che il donante imponga l'obbligazione a favore non di se stesso, ma a favore di terzi. In tale caso il donatario pagherà al terzo per delega del donante e il terzo acquisterà un diritto di credito per effetto dell'atto di disposizione a favore di lui.

Conclusioni

Come si è potuto osservare in questa breve relazione, l'istituto in esame può indubbiamente essere assunto come rimedio alternativo per agevolare la circolazione degli immobili, indipendentemente dalla tesi ricostruttiva cui si accede. Potrebbe avere una più ampia applicazione, soprattutto dove si accetti che la riserva possa avere ad oggetto l'intera donazione. Una *exit strategy* che, dovendo essere prevista nel titolo donativo, ritaglia un ruolo ancor più importante nell'attività del notaio, il quale facendo presente alle parti, come consueto, dei limiti alla circolazione del bene donato, potrà proporre l'introduzione di tale clausola, anche in assenza di una previsione, al momento della stipula, da parte del donatario di un atto dispositivo di quanto donato, evidenziando gli aspetti positivi di una tale clausola che arricchisce e non sminuisce la donazione in sé.