

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAMI E **ALBERTO TRABUCCHI**
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO



Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

ANDREA ZOPPINI
Prof. ord. dell'Università di Roma Tre

LA DONAZIONE « HA FORZA DI LEGGE TRA LE PARTI » (PER UNA RILETTURA DELLA RISERVA DI DISPORRE DEL BENE DONATO) (*)

SOMMARIO: 1. Le generazioni di giuristi e il diritto delle successioni e delle donazioni. — 2. Il modificarsi della funzione socioeconomica delle successioni. — 3. I problemi esegetici e sistematici posti dall'art. 790 c.c. — 4. La prassi notarile. — 5. Una revisione teorica dell'istituto. — 6. Il problema nel diritto delle partecipazioni societarie. — 7. Due conseguenze.

1. — Nella generazione dei nostri Maestri, il diritto delle successioni *mortis causa* era una frequentazione ineludibile, una palestra cui il cultore del diritto privato — e prima delle pandette — non si poteva sottrarre ⁽¹⁾.

La tradizione accademica, rispettata sino alla fine degli anni sessanta del Novecento e ancora all'inizio del decennio successivo, imponeva infatti che una delle due prove monografiche, idonee a mostrare la piena maturità scientifica, dovesse misurarsi con il secondo libro del codice civile ⁽²⁾.

La materia successoria, improntata a un denso e rigoroso tecnicismo, non è passibile di improvvisazioni, in quanto frutto d'un'elaborazione teorico-concettuale che si è decantata talora nel corso dei millenni, né ammette salti logici o consente facili improvvisazioni (ciò che, invece, caratterizza troppe volte la produzione esegetica sulle novità legislative, tanto più se frutto di una non felice formulazione normativa).

Con questa consapevole cautela, pongo l'interrogativo che guida queste

(*) Il saggio è dedicato, con sincera ammirazione, a Giorgio De Nova e apparirà negli *Scritti* in suo onore.

⁽¹⁾ Per un utile punto di osservazione si cfr. G. PUGLIESE, *Il libro delle successioni*, in *I Cinquant'anni del codice civile* (Milano 4-6 giugno 1992), vol. I, Milano 1993, p. 155 ss.; L. FERRI, *Innovazione e tradizione nel regime delle successioni*, in M. SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano 1994, p. 63 ss.; V. SCALISI, *Persona umana e successioni. Itinerario di un confronto ancora aperto*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1989, p. 387 ss., e ora in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative* (Venezia 23-26 giugno 1988), Padova 1991, p. 137 ss.

⁽²⁾ Ciò è valso anche per l'onorato da queste pagine, che non si è sottratto alla prova e ha dedicato al tema riflessioni — coerentemente con lo stile e l'inclinazione dello studioso — in cui la ricerca dedicata ad un tema apparentemente al margine del dominio civilistico offre spunti per aggiornare e ripensare il sistema nel suo complesso. Mi riferisco allo scritto sostanzialmente monografico di GIORGIO DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *R. d. agr.*, 1979, I, p. 509 ss.

pagine verso un possibile approdo: m'interrogo sulla misura nella quale, nel contratto di donazione, sia possibile far ricorso al più intenso dei poteri di disporre, vale a dire la possibilità di riappropriarsi dei beni o, quantomeno, di ottenere in retrocessione il valore economico di cui si è disposto. (Mi piace qui segnalare che le riflessioni che seguono sono frutto d'un dialogo, e d'un debito di gratitudine sul tema, intrattenuto da chi scrive con Marco Ieva.)

Si tratta della fattispecie che nel codice vigente è disciplinata dall'art. 790 c.c., a tenore del quale « 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 ».

Per essa proverò a individuare i problemi che l'interprete incontra, poi come la prassi notarile abbia offerto una soluzione pratica, da ultimo mi curerò di segnalare la curvatura teorica del tema, che ritengo autorizzi una più radicale revisione costruttiva della materia.

2. — Occorre una premessa, per quanto sintetica, che attiene alla ragione che (*mi*) induce a dissodare — seppure in superficie, non con l'aratro ma con l'erpice — il tema della riserva di disporre.

Chi oggi si rivolge alla materia successoria non può eludere il tema della crisi funzionale del diritto delle successioni, che varie e concorrenti ragioni, prima di tutto di natura sociologica, hanno concorso a cagionare ⁽³⁾.

In un certo senso, anche il tema che indago è frutto di questa diversa visuale prospettica, perché, a tutta evidenza, il prolungarsi della vita media costituisce il vettore fondamentale che ha ridefinito il fondamento economico della delazione ereditaria. Statisticamente oggi si eredita in un'età compresa tra i trenta e i cinquant'anni, dunque dopo l'inserimento nel mondo del lavoro, sì che le successioni hanno perso il ruolo tradizionale di dotare patrimonialmente la generazione successiva, andando semmai ad arricchire la generazione dei nipoti ⁽⁴⁾.

Allo stesso tempo, la moltiplicazione delle forme e dei rapporti (para)familiari, in particolare con riferimento alle famiglie c.d. ricomposte — nelle quali una medesima persona ha contratto più matrimoni e ha magari generato figli da diverse unioni familiari o parafamiliari — produce evidenti ragioni

⁽³⁾ Sia consentito rinviare ad es. al mio *Profili sistematici della successione « anticipata » (note sul Patto di famiglia)*, in questa *Rivista*, 2007, II, p. 273 ss.

⁽⁴⁾ Si tratta di un dato sul quale vi piena consapevolezza, tra gli studi più documentati v. M. FAUCHEU-BUREAU, *Le contentieux des successions en France entre 1975 et 1984. Données statistiques et juridiques*, in *Revue de la recherche juridique — Droit prospectif*, 1987, p. 241 ss.; M.P. CHAMPENOIS-MARMIER, M.C. DE ROTON e M. FAUCHEAU, *L'héritage. Recherche de sociologie du droit*, Université de Paris 2, Gennaio 1986, p. 52; e soprattutto J.H. LANGBEIN, *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, estratto dalla *Michigan Law Rev.*, 86 (1987-1988), p. 722 ss., in part. p. 742.

di tensione che le ordinarie regole del codice civile non riescono a governare in modo adeguato ⁽⁵⁾.

Da qui l'interrogativo, che percorre da tempo la civilistica, in ordine al se, e allora in che misura, negli istituti alternativi al testamento (i quali mirano a una produzione anticipata degli effetti dispositivi propri dell'atto *mortis causa*) possano riconoscersi effetti parasuccessori ⁽⁶⁾.

Quest'ampia riflessione ha indotto, altresì, a rivisitare taluni istituti tradizionali, ed è appunto il caso di cui m'intendo occupare, posto che la predisposizione in vita d'un assetto patrimoniale in funzione d'una successione futura fa sì che, molto frequentemente, chi dispone perda quello che una voce autorevole della dottrina civilistica ha icasticamente definito « il bene prezioso della revocabilità » ⁽⁷⁾.

3. — Il problema specifico cui ho appena fatto cenno — disporre e insieme riservarsi il potere di ripensare la propria scelta — trova risposta espressa nell'art. 790 del codice civile.

La norma sollecita problemi esegetici e problemi di ordine sistematico ⁽⁸⁾.

Le parole del legislatore e la loro connessione ci dicono che il trasferimento del diritto di proprietà non preclude a chi ha donato la possibilità di compiere *atti* dispositivi su beni specificatamente individuati; ancora, l'autorizzazione a disporre di cui si è fatta riserva, « fusa » per così dire con la causa negoziale, risolve *ex tunc* l'originaria attribuzione ⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ V. ad es. da ultimo D. BUZZELLI, *La famiglia « composita »*, Napoli 2012.

⁽⁶⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli 1983, in part. p. 14 ss.; per una diversa sistemazione della materia si v. M. IEVA, *I fenomeni parasuccessori*, in P. RESCIGNO - M. IEVA, *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Padova 2010, I, p. 59 ss., e Id., *I fenomeni a rilevanza successoria*, ed. provv., Napoli 2001, ora in edizione definitiva, Napoli 2008, p. 19 ss.

⁽⁷⁾ G. GABRIELLI, *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in AA.Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova 1985, p. 169 ss., a p. 177.

⁽⁸⁾ Ad es. B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, vol. XII, Torino 1961, p. 854 ss.; più di recente A. NATALE, *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, Milano 2009, p. 929 ss.; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli 2009, p. 516 ss.; C. CERA - M. POLIZZANO, *La donazione con riserva della facoltà di disporre*, in *R. not.*, 1998, p. 1191 ss.

⁽⁹⁾ Nel senso che la riserva pertiene alla definizione causale della fattispecie, cfr. U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore dei terzi*, Napoli 1962, p. 149 ss.; e anche L. MENGONI, *Gli acquisiti « a non domino »*, 3^a ed., Milano 1975, p. 4, ove si parla appunto di facoltà di disposizione « incorporata » nella causa. Una diversa opinione costruisce la fattispecie come clausola risolutiva, allora potestativa, destinata a riportare con effetti *ex tunc* il diritto in capo al donante, così come avviene nella vendita con riserva di proprietà (art. 1523 e ss. c.c.), v. A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano 1975, p. 316, nt. 59.

È poi necessario chiedersi se il baricentro della fattispecie si collochi in una disciplina (allora imperativa) del potere dispositivo ovvero nel punto di incidenza effettuale del medesimo.

Nel primo caso, la regola inderogabile atterrebbe all'estinguersi della facoltà di disporre con la morte dell'originario donante; previsione che autorizza, altresì, ad escludere che tale potere possa essere esercitato dagli eredi del donante e così pure, stante il carattere personale dell'atto, precluda il potere dei creditori di esercitarlo in via surrogatoria ⁽¹⁰⁾.

Nel secondo caso, la norma individuerrebbe una fattispecie tipica, autorizzando la riserva di disporre del bene donato esclusivamente in presenza d'una donazione avente a oggetto più beni o più cose, oppure d'una donazione avente ad oggetto un bene divisibile.

Mentre è sostanzialmente pacifico il primo profilo, occorre segnalare che nella limitata letteratura sull'argomento, non v'è concordanza di opinioni in ordine all'oggetto di cui può riservarsi la disposizione, se esso possa coincidere con l'interesse dell'attribuzione, purché suscettibile di individuazione specifica ⁽¹¹⁾ ovvero solo di « qualche oggetto », così come vuole il testo della norma seppure in contraddizione con l'epigrafe dell'articolo ⁽¹²⁾. Sì che potrebbe qualificarsi l'atto constatando un duplice atto dispositivo: una donazione perfetta e una sottoposta a condizione risolutiva.

Nell'interpretare la norma — ed è questo un punto focale — operano, come sempre nell'attività ermeneutica, meccanismi di « precomprensione » che portano gli interpreti ad ascrivere un significato precettivo — oltre e talora contro la lettera della legge — sulla base di un dogma: in questo caso iposttizzando il principio dell'irrevocabilità della donazione.

È su questa curvatura del problema che l'esegesi del testo si salda con interrogativi più generali, di ordine sistematico appunto, che inducono ad articolare l'interrogativo se — e poi in che misura e limiti — lo « spirito di liberalità » che induce l'atto dispositivo sia compatibile con il permanere della facoltà di revoca in capo al donante, dunque con la possibilità di caducare l'« arricchimento ».

Chi muove dalla regola — implicita e inespressa — che la donazione importa un arricchimento *definitivo*, dunque logicamente irrevocabile, giunge a dire che la previsione della riserva di disporre codificata dall'art. 790 c.c. costituisce una norma eccezionale, di stretta interpretazione. Sicché, di conse-

⁽¹⁰⁾ Sul punto v. U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. VI, 2ª ed., Torino 1997, p. 535 ss., a p. 536.

⁽¹¹⁾ In questo senso A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1956, p. 465 ss. Limitatamente al caso in cui oggetto della donazione sia un singolo bene v. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli 1990, p. 914; cfr. anche A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 2000, p. 319.

⁽¹²⁾ V. U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 535; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma 1976, p. 333.

guenza, si conclude che questa fattispecie sarebbe limitata alle ipotesi in cui l'oggetto della donazione è un bene (unico, ma) divisibile o è costituito da una pluralità di beni e su tali singoli beni o porzioni possono compiersi esclusivamente atti dispositivi a favore di terzi.

4. — La conseguenza di più rilevante momento di quest'ultima prospettiva, consiste nel fatto che alla riserva di disporre sfuggirebbe il caso statisticamente più frequente nel passaggio generazionale della ricchezza, quello nel quale la donazione ha ad oggetto un bene immobile.

La prassi notarile ⁽¹³⁾, che ha guardato alla norma — almeno in origine — per risolvere il problema della così detta « provenienza donativa » — in sostanza l'incertezza che si collega alla compravendita di immobili che sono stati precedentemente oggetto di donazione —, ha trovato una soluzione pragmatica, com'è nell'abito prudente della migliore pratica professionale.

In particolare, si suggerisce di affiancare, alla donazione del bene immobile, una donazione anche modesta di denaro corrisposta attraverso una forma di pagamento che ne consenta la tracciabilità (e renda quindi possibile effettivamente accertare che, insieme all'immobile, sia stato donato il denaro). Così che il donante si riserverà la facoltà di disporre a favore di un terzo del bene immobile, preservando la stabilità e irretrattabilità della donazione per la parte che riguarda la somma di denaro.

In questo modo si ottiene un risultato doppiamente tranquillante: da un lato si preserva, coerentemente con il disposto normativo, il potere di disporre di *uno* dei beni donati che potrà essere alienato ad un terzo, dall'altro si cancella retroattivamente la provenienza donativa dell'immobile, perché l'esercizio della riserva elimina il titolo donativo originario, in quanto il potere di disporre rimane in capo al donante e non è trasferito al donatario.

Quella stessa tecnica notarile raccomanda di riconoscere al donante il potere di annotare nei registri immobiliari la risoluzione della donazione: in questo modo il disponente originario si riappropria del valore economico del bene senza la mediazione del donatario. Così che, in sostanza, il donante può vendere l'immobile al terzo, ottenere il pagamento del prezzo e, contestualmente, annotare la risoluzione a margine della prima trascrizione, consentendo che sia trascritta contro di sé la compravendita.

La pratica illustrata può senz'altro apprezzarsi (anche) nella logica e nell'esigenza fondamentale che ciascun notaio deve perseguire, quella di assicurare la certezza delle operazioni negoziali che propone. E tuttavia la soluzione, pur riuscendo a conciliare sia l'ossequio al principio della irrevocabilità della donazione sia l'esigenza pratica di riappropriarsi del valore economico di cui si è disposto, (*mi*) genera talune perplessità e un senso di malcelata in-

⁽¹³⁾ Taluni profili di interesse notarile, seppur non in senso coincidente con la prassi professionale ricordata nel testo, sono considerati da D. FEOLA, *Donazione e clausola di restituzione del bene donato*, in *Contratti*, 1996, p. 90 ss.

soddisfazione, in quanto elude il tema più radicale: la revisione del principio della cosiddetta irrevocabilità della donazione ⁽¹⁴⁾.

5. — Come sempre accade, gl'istituti giuridici sono un precipitato di regole positive e di interessi, della storia delle idee, delle ideologie di legislatori e interpreti. Per risolvere il problema della irrevocabilità della donazione è necessario, allora, tentare di dipanare il groviglio o, qui forse più modestamente, d'indicare il modo nel quale farlo.

Mi provo pertanto a sezionare quei segmenti della tradizione storica e delle elaborazioni teoriche e degli interessi che hanno condotto alla formula normativa che si legge all'art. 790 c.c.; è proprio su questi profili che occorre compiere il maggior sforzo per ripensare il principio.

Per quanto concerne le ragioni storiche, è noto che l'irrevocabilità della donazione sia frutto del principio *donner et retenir ne vaut* che, originariamente, atteneva all'esigenza della consegna della cosa donata, da cui poi, successivamente, è disceso il divieto di riservarsi un potere di disposizione sulla cosa ⁽¹⁵⁾.

La regola, tradotta nell'art. 894 *Code civil*, si giustificava storicamente — in un clima ostile alle donazioni — con la volontà di dissuadere chi intendesse disporre a titolo liberale per proteggere il patrimonio familiare: chi voleva donare doveva essere consapevole dell'impossibilità di recuperare il bene.

L'affermazione del principio va ascritta ad un contesto che, almeno nel diritto comune, non consentiva di esercitare l'azione di riduzione sulle donazioni. Ragione, quest'ultima, che oltre a giustificare la censura di eccessivo rigore dell'opzione fatta propria dal codice di Napoleone, oggi è del tutto superata proprio dalle norme che consentono di ridurre le liberalità che abbiano intaccato la quota di legittima ⁽¹⁶⁾.

Le uniche ragioni giuspolitiche che nell'ordinamento francese appaiono sorreggere la regola consistono nella scelta di sottrarre il donatario alla pressione psicologica del donante armato della revoca, nonché quella di assicurare una maggiore sicurezza nella circolazione dei beni ⁽¹⁷⁾. Tuttavia, si tratta di argomenti di non decisivo peso: il donatario, proprio per il carattere liberale dell'attribuzione, è nella posizione migliore per valutare se accettare o meno; quanto invece all'argomento che attiene alla sicurezza nella circolazione dei

⁽¹⁴⁾ In effetti, il dubbio sulla possibile frode alla legge è proposto da B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 854 ss. e ripreso da A. NATALE, *La riserva di disporre di cose determinate*, cit., p. 939, e Id., *La donazione con riserva di disporre una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 125 ss., a p. 128 s.

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. R.J. POTHIER, *Traité des donations*, nouv. éd., Paris 1845, p. 377 ss., sect. 2,2.

⁽¹⁶⁾ H. L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV, 2, *Successions, Liberalités*, 4^a ed., a cura di A. BRETON, Paris 1982, p. 702 ss.

⁽¹⁷⁾ Per queste considerazioni, v. H.L. & J. MAZEAUD, *Successions, Liberalités*, cit., p. 709 ss.

beni, esso non merita maggiore pregio rispetto a quello che può opporsi per il caso della vendita con patto di riscatto (art. 1500 e ss. c.c.), e comunque non vale nell'ordinamento italiano, tenuto conto che non pone problemi qualitativamente diversi rispetto al caso in cui la riserva operi solo su una parte del *donatum*.

Se guardiamo a come la regola di matrice francofona è effettivamente penetrata nel sistema italiano vi sono molti e decisivi argomenti per revocare in dubbio la lezione tradizionale.

Intanto, il confronto tra la disciplina vigente e quella del codice civile del 1865 induce a dubitare di quelle letture della *Relazione* al codice civile vigente, che invece propongono una continuità storica tra le due norme ⁽¹⁸⁾.

Il primo codice civile unitario all'art. 1050 c.c. — che, in questo passaggio, era una traduzione relativamente fedele dell'art. 894 del *Code civil* francese — da un lato affermava espressamente il principio dell'irrevocabilità della donazione, dall'altro, soprattutto, enunciava la regola esattamente opposta a quella che oggi leggiamo all'art. 790 c.c., prevedendo che, quando il donante si fosse riservato la facoltà di disporre e fosse morto senza aver disposto del bene, quel bene sarebbe rientrato nel patrimonio del *de cuius* e sarebbe stato attribuito agli eredi del donante.

È pacifico, quindi, che non solo manca una norma del tenore testuale pari a quella dell'art. 1050 c.c. del 1865, e così pure dell'art. 894 *Code civil*, ma anche — come s'è detto poc'anzi — l'art. 790 c.c. consente il realizzarsi di fattispecie che nel sistema francese si ritengono vietate.

Sul piano sistematico, poi, la linea evolutiva in senso consensualistico della donazione impone di considerare che limitazioni irragionevoli dell'autonomia privata possono non agevolmente giustificarsi ⁽¹⁹⁾.

Tutto ciò (*mi*) porta a dire che il principio di matrice francese dell'irrevocabilità « rinforzata » o di « secondo grado » ⁽²⁰⁾, ossia non solo quella che discende dalla « forza di legge del contratto » ⁽²¹⁾, ma anche — a differenza degli altri contratti — l'impossibilità di riservarsi la facoltà unilaterale di risolverne gli effetti, nel nostro ordinamento non è stato recepito.

D'altra parte, questa è la scelta che caratterizza il sistema tedesco dove il principio della revocabilità della donazione, pur non codificato espressamente nel BGB (come peraltro anche nel diritto svizzero), viene prevalentemente reputato valido tanto secondo la giurisprudenza teorica ⁽²²⁾ quanto nel diritto

⁽¹⁸⁾ Per una ricostruzione cfr. A. NATALE, *La riserva di disporre di cose determinate*, cit., p. 931.

⁽¹⁹⁾ Condivisibili sul punto le considerazioni di A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 466.

⁽²⁰⁾ Così in H. L. & J. MAZEAUD, *Successions, Liberalités*, cit., p. 702 ss.

⁽²¹⁾ G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, t. II, Milano 1994, p. 315 ss.

⁽²²⁾ Per un commento si v. J. KOCH, *Sub 516*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 3, *Schuldrecht — Besonderer Teil*, 6ª ed. München 2012, p. 1073 s.

giurisprudenziale ⁽²³⁾, seppure nei limiti dettati dalla liceità dell'accordo e dal vaglio giudiziale della buona fede dell'esercizio della revoca.

La storia dell'istituto e l'analisi dei sistemi giuridici mi pare giustifichi un possibile approdo teorico.

Segnatamente, l'evoluzione consensualistica della donazione e i presidi costituiti dalle regole in materia di collazione e riduzione dovrebbero indurre a relativizzare talune metaregole che governano la materia delle liberalità donative.

L'incrinarsi della saldezza del dogma dell'irrevocabilità, il constatare l'incertezza delle sue fondamenta normative, autorizza l'interprete a un'analisi e, poi, a una diversa interpretazione.

Si tratta, infatti, di constatare che un diverso principio governa la materia delle donazioni: la definitività dell'arricchimento non è un elemento coesistente della fattispecie né il suo successivo venir meno inficia la natura liberale dell'attribuzione originaria ⁽²⁴⁾. (E più d'un indizio può trarsi dalla disciplina della donazione modale, per la quale gli artt. 793, 797, n. 3, c.c. prevedono che il valore della cosa donata possa essere assorbito integralmente dall'adempimento dell'onere e che, in caso di evizione, la garanzia dovuta dal donante sia limitata alla concorrenza dell'ammontare dell'onere o delle prestazioni ricevute).

La possibilità di revocare successivamente l'attribuzione patrimoniale incide semmai sulla stabilità e definitività dell'arricchimento, dunque sul (diverso) piano degli effetti della fattispecie.

In tale logica, nell'art. 790 c.c. non può più leggersi una norma eccezionale, che deroga a una regola generale, quanto una fattispecie esemplificativa del potere che il disponente può riservarsi quanto al governo delle *vicende* della donazione; segnatamente, si tratta di un potere dispositivo dell'oggetto del contratto, non invece dei suoi effetti.

Né è senza significato che la revoca possa essere esercitata solo dal disponente e per la durata della sua vita. La norma è coerente — come può argomentarsi dalla previsione in tema di vendita con patto di riscatto (artt. 1500 ss. c.c.) — con le limitazioni alla circolazione dei beni, che sono ammissibili solo se contenute in un arco temporale definito, che non può andare oltre la vita del donatario ed è intrasmissibile ⁽²⁵⁾.

[Rdn. 13]. Sul punto v. U. HUBER, *Der Ausschluß des Personengesellschafters ohne wichtigen Grund*, in ZGR, 1980, p. 177 ss.; H. SEUTMANN, *Der Widerruf von Schenkungen unter Ehegatten*, Bielefeld 1984, p. 50 ss.; H. KOLLHOSSER, *Aktuelle Frage der vorweggenommene Erbfolge*, in Arch. civ. Pr., 94 (1994), p. 231, in part. p. 237 e per ulteriori informazioni Id., Sub 517, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 3, Schuldrecht — Besonderer Teil, 2ª ed. München 1988, p. 678 [Rdn. 687].

⁽²³⁾ RG 6 febbraio 1905, in RGZ 62, p. 386 ss., a p. 390.

⁽²⁴⁾ Nel senso che l'arricchimento non costituisca elemento essenziale della donazione si v. da ultimo G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e « riqualificazione della causa »*, in questa Rivista, 2013, I, p. 491 ss., a p. 498 s., con ulteriori indicazioni.

⁽²⁵⁾ *Contra*, invece, A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 467.

6. — La dottrina germanica, sicuramente nel panorama dei diritti continentali quella che più ha approfondito il tema insieme a quella svizzera, pone un problema ulteriore, vale a dire se e in che misura la riserva di disporre del bene donato, così come disciplinato dall'art. 790 c.c., possa afferire alla donazione di partecipazioni sociali (quote o azioni) ⁽²⁶⁾. Si tratta di una peculiare curvatura del problema che consente di analizzare un aspetto ulteriore.

La fattispecie costituisce un possibile punto di emersione d'una faglia interpretativa tra la risposta (che potremmo dire) civilistica, la quale c'indurrebbe pacificamente a rispondere in senso affermativo, e la risposta, senz'altro più problematica, che ci riviene dall'analisi delle norme imperative che governano il diritto societario, in particolare dagli artt. 2437 e ss. c.c., e segnatamente dalle norme inderogabili sulla liquidazione del valore delle quote o delle azioni, a fronte dell'esercizio del potere di riscatto.

È, infatti, evidente che la riserva di disporre delle quote o delle azioni donate importa una sorta di riscatto della partecipazione sociale senza corrispettivo in danno del socio che subisce l'ablazione ⁽²⁷⁾. Di qui il conflitto con la regola, senz'altro imperativa, che richiede in ogni caso a favore del socio il pagamento del valore determinato ai sensi della disciplina del recesso (art. 2437 *ter* c.c.) ⁽²⁸⁾.

Il conflitto tra regole incoerenti in questo caso credo possa sciogliersi sulla base del fatto che la tutela della partecipazione sociale come investimento, suscettibile allora di incremento o diminuzione di valore, mal si attaglia ai casi nei quali l'attribuzione originaria avviene a titolo gratuito (e ciò a prescindere, in ogni caso, dal fatto che l'effetto risolutivo si determina, come si diceva in apertura, *ex tunc*).

7. — Provo a sintetizzare quanto sin qui ho argomentato e a trarre due conclusioni in punto di disciplina del fatto.

Se si accetta la premessa che la definitività (e quindi la stabilità) dell'attribuzione patrimoniale non è coelemento della donazione quale fattispecie,

⁽²⁶⁾ Adesivamente v. K. SCHMIDT, *Die Schenkung von Personengesellschaftsanteilen durch Einbuchung*, in *BB*, 1990, p. 1992 ss.; J. BREMEL, *Die Schenkung von Gesellschaftsanteilen*, *Diss.*, Köln 1993, in part. p. 230 ss.; invece in senso critico, ma per ragioni che si fanno derivare dal diritto delle società, K. HEINEMANN, *Gesellschafter am seidenen Faden? Zur freien Widerruflichkeit von Schenkungsverträgen über Gesellschaftsbeteiligungen*, in *ZHR*, 145, 1991, p. 447 ss., in part. p. 449 ss., sul tema della riserva.

⁽²⁷⁾ Su questi problemi, prima della riforma del diritto societario, G.B. PORTALE, *Azioni con prestazioni accessorie e clausole di riscatto*, in *R. soc.*, 1982, p. 763 ss.; L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano 1995; nella disciplina riformata M. PALAZZO, *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva parasuccessoria*, in *R. not.*, 2007, p. 1375 ss.

⁽²⁸⁾ Per un'analisi delle implicazioni v. ad es. C. ANGELICI, *Fra « mercato » e « società »: a proposito di venture capital e drag along*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano 2011, p. 181 ss.

da questa premessa discende un'interpretazione diversa da quella tradizionalmente proposta dell'art. 790 c.c.

In particolare, ciò autorizza ad argomentare una riduzione teleologica dell'area precettiva della fattispecie « riserva di disporre » e, al contempo, a riconoscere un più ampio spazio all'autonomia privata.

Ciò mi pare induca due conclusioni che sovvertono la lettura tradizionale:

i) da un lato, come argomentato anche in una dottrina che ha studiato il tema, per quanto con un percorso argomentativo essenzialmente esegetico, è possibile riservarsi il potere di disporre dell'integralità del bene donato e non solo di una parte di esso ⁽²⁹⁾;

ii) dall'altro, si può ritenere che il riscatto non debba avvenire necessariamente disponendo nei confronti di un terzo che acquista a titolo oneroso (quindi: ottenendo indietro il corrispettivo economico del bene di cui si è originariamente disposto), ma la riserva di disporre possa sottendere anche il diritto del donante di riappropriarsi del bene.

⁽²⁹⁾ Nel senso che la riserva possa coincidere con l'interezza dell'attribuzione, purché suscettibile d'individuazione specifica v. A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 465 ss.; limitatamente al caso in cui oggetto della donazione sia un singolo bene G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 916 ss.