



Donner et retenir ne vaut: un antico principio rivisitato

NUCCIA PARODI
Ricercatore confermato
Università degli Studi di Milano
nuccia.parodi@unimi.it

ABSTRACT

L'art. 790 del Codice Civile sulla donazione con riserva del donante di disporre è stato oggetto nel nostro Paese di un dibattito molto ampio in dottrina. Il presente contributo sostiene che la donazione debba avere ad oggetto beni chiaramente determinati, attribuiti in modo sostanzialmente definitivo indicando, quindi, più chiaramente, l'oggetto della riserva del donante. Si sottolinea l'origine antica di questa interpretazione più rigorosa della norma, con riferimento al principio "*donner et retenir ne vaut*" e si dà conto dell'interpretazione di questa antica regola nel sistema francese. Si indicano anche altre soluzioni rispetto ad un semplice atto di donazione con riserva di disporre (art. 790 c.c.) come la realizzazione degli obbiettivi che le parti intendono conseguire con un affidamento fiduciario, un'operazione di fiducia "riservata" o costituendo un *trust* interno (indicando limiti e problemi) Il contributo tende ad orientare in modo più appropriato la prassi italiana sull'interpretazione dell'art. 790 c.c., esaminando il tema in prospettiva comparata.

Parole chiave: donazione con riserva di disporre



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16466>

Art. 790 of the Civil Code on donation with reservation of the donor's right to dispose has been the subject of much debate in Italy. This contribution argues that the donation must have as its object clearly determined goods, attributed in a substantially definitive manner, thus indicating more clearly the object of the donor's reservation. The ancient origin of this stricter interpretation of the rule is highlighted with reference to the principle "*donner et retenir ne vaut*" and the interpretation of this ancient rule in the French system is examined. Other solutions are also indicated with respect to a simple act of donation with reservation of disposition (art. 790 c.c.) such as the realization of the objectives that the parties intend to achieve with a trust, a trust operation "reserved" or constituting an internal trust (indicating limits and problems) The contribution tends to orient in a more appropriate way the Italian practice on the interpretation of art. 790 c.c., examining the subject in comparative perspective.

Keywords: donation with reservation of title

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

***Donner et retenir ne vaut*: un antico principio rivisitato**

SOMMARIO: 1. Interpretazione dell'art. 790 c.c.: un problema ancora aperto. – 2. La costituzione di un *trust* per realizzare una donazione con riserva di disporre. – 3. Affidamento fiduciario. – 4. Negozio fiduciario. – 5. Conclusioni.

1. Interpretazione dell'art. 790 c.c.: un problema ancora aperto

i) L'art. 790 c.c., che ammette la facoltà del donante di disporre di “qualche oggetto” compreso nella donazione o di una “determinata somma” sui beni donati, non aveva avuto, fino a qualche anno fa, se non applicazioni molto rare e di modesti contenuti. Negli ultimi anni, invece, vi è stato un rinnovato ed imprevisto interesse.

Questa norma, come è noto, deriva dall'art. 1069 del Codice Civile del 1865 che, a sua volta, era l'esatta traduzione dell'art. 946 del *Code Civil* francese tuttora vigente ⁽¹⁾.

Si noti che l'art. 946 *Code Civil* molto raramente ha trovato applicazione nella prassi e non si ha notizia di alcun precedente pubblicato ⁽²⁾.

D'altra parte, le evidenti limitazioni alla riserva del diritto di disporre, contenute nell'art. 946 *Code Civil* ⁽³⁾, erano legate al principio generale di *irrevocabilità* delle donazioni indicato con chiarezza dall'art. 894 *Code Civil* (la donazione tra vivi è un atto in forza del quale il donante si spoglia *attualmente e irrevocabilmente* dei beni

⁽¹⁾ Con l'art. 790 c.c. si era, tuttavia, parzialmente modificata la vecchia norma del Codice Civile del 1865 (art. 1069), eliminando la facoltà di subentro da parte degli eredi, se il donante non avesse esercitato in vita la facoltà di disporre. L'art. 946 *Code Civil* non è stato, invece, modificato e stabilisce ancora che, se il donante muore senza avere disposto dei diritti che si era riservato, queste “facoltà” “appartengono agli eredi del donante, nonostante ogni clausola o stipulazione contraria.

⁽²⁾ Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., Paris 2016, 269 ss. Nessuna sentenza è indicata nel *Code Civil Annoté*, fino all'ultima edizione (119^e éd., Dalloz 2020).

⁽³⁾ La riserva di un *effet* compreso nella donazione si riferisce evidentemente ad una donazione con più beni. Inoltre, *effet* è traducibile più correttamente con “bene mobile”, anche se si è poi diffusa la tesi che potesse riferirsi anche ad un immobile. Comunque la “somma fissa” sui beni donati presuppone necessariamente una proporzione non elevata tra il valore dei beni donati e l'ammontare della somma riservata. Non vi sono precedenti, ma il contesto di questa disposizione è chiaro: la parte più rilevante dei beni deve essere *definitivamente* attribuita al donatario. La “riserva di disporre” deve necessariamente rifarsi (dato il contesto storico in cui la norma è stata approvata e gli stessi termini impiegati) a beni di valore *limitato*, rispetto al valore dei beni donati. D'altra parte, come si vedrà meglio in seguito, il riferimento al principio generale “*donner et retenir ne vaut*” di cui la norma è considerata espressione, conduce chiaramente a questo risultato.

donati in favore del donatario che accetta), con la sola eccezione indicata dall'art. 953 *Code Civil* (la donazione tra vivi non potrà essere revocata che per inadempimento delle condizioni sulle quali è stata fatta, per causa di ingratitude o per sopravvenienza di figli). Si tratta quindi di una norma di stretta interpretazione.

I giuristi francesi ricordano spesso che l'irrevocabilità delle donazioni si lega al principio "*donner et retenir ne vaut*", che in Francia si ritiene tuttora valido. Si deve tenere presente che questa regola viene dall'*Ancien droit*,⁽⁴⁾ ed è ancora oggi considerata legata a principi di *ordine pubblico*, e comporta, di conseguenza, la nullità delle clausole che possono permettere al donante di riappropriarsi, *in tutto o in parte*, dei beni donati⁽⁵⁾.

Le giustificazioni che, in linea generale, erano poste a suo fondamento erano quelle di evitare una dipendenza troppo forte del donatario dalla sua famiglia, che avrebbe potuto tenerlo "*à sa merci*". L'irrevocabilità della donazione contrastava definitivamente questa tendenza.

L'art. 946 *Code Civil* doveva quindi ritenersi una norma eccezionale e di stretta interpretazione.

Anche se si era ammesso che il termine *effet* potesse riferirsi a più beni mobili e anche a beni immobili, era comunque fermo il principio che i beni riservati dovessero essere di valore limitato (così come l'ammontare della *somme fixe*) rispetto al complessivo valore dei beni donati.

Si deve anche considerare che il diritto consuetudinario francese annetteva, comunque, molta importanza al principio della conservazione dei beni nelle famiglie, "principio cui la donazione attenta. Molti preferivano, di conseguenza, non spogliarsi affatto, che spogliarsi irrevocabilmente dei propri beni"⁽⁶⁾.

(4) COUTUME DE PARIS, art. 274 (*Donner et retenir ne vaut*) e art. 278 ("*C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par luy donnée, ou qu'il demeure en possession, jusques au jour de son décès*").

(5) Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 268 ss. Si sottolinea anche il carattere *potestativo* della riserva di disporre, ricordando che le condizioni potestative sono tuttora proibite con rigore in materia di donazioni: art. 943 *Code Civil* (Nullità delle donazioni che comprendono beni futuri); art. 944 *Code Civil* (Nullità delle donazioni la cui esecuzione dipende dalla *sola volontà* del donante). La nullità delle condizioni potestative in materia successoria è molto più ampia di quella prevista in materia di contratti, sia dal vecchio art. 1170 *Code Civil* che dalla nuova versione di questa norma in vigore dal 2016. "Ogni clausola che priva della sua sostanza l'obbligazione essenziale del debitore è ritenuta *come non scritta*". Le vecchie regole degli artt. 943 e 944 *Code Civil* tuttora in vigore sono comunque ritenute più coerenti ancora oggi al principio della normale irrevocabilità delle donazioni. Si noti comunque che in materia di donazioni la clausola di irrevocabilità non si considera semplicemente come "non scritta" perché invece comporta la nullità della donazione. Questa è la differenza sostanziale.

(6) Così MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 266.

Alcuni giuristi francesi ritengono ancora oggi essenziali i principi ora indicati (7). altri ne rimproverano l'anacronismo e ritengono che debbano essere interpretati con minor rigore (8).

Tuttavia, in generale, si ritiene che questa regola abbia, ancora oggi, una funzione di rilievo e non manchino le ragioni che ne costituiscono il fondamento. Il carattere non definitivo delle donazioni e l'eventuale riserva di disporre protegge, infatti, il donante da donazioni disposte, *nella sostanza*, ancora senza una definitiva determinazione, che tuttavia il donatario può essere indotto ad accettare nella certezza di conservare, alla fine, almeno la maggior parte dei beni donati (9).

Considerando la recente tendenza in Francia verso il maggior riconoscimento della *réversibilité* delle donazioni (10). sarebbe forse stata necessaria una riflessione su una possibile conversione della regola verso una irrevocabilità che non dovrebbe essere più necessariamente garantita in natura, ma eventualmente soltanto in valore. Si ritiene *curieux* che il legislatore del 2006 non abbia considerato il dibattito in corso su questo punto (11).

D'altra parte, le ragioni che giustificavano nell'*Ancien droit* un'ampia facoltà di revoca da parte del donante si fondavano più sull'idea che il capofamiglia dovesse poter valutare, *fino all'ultimo*, l'opportunità di mantenere le donazioni già effettuate in vita, potendo contare su principi che ne ammettevano la revocabilità, nel quadro di un sistema dove il patrimonio *tramandato* era la regola nelle famiglie importanti e ne identificava lo *status* sociale. Il principio della irrevocabilità delle donazioni affermate in modo molto chiaro dal *Code Civil* (12) era ritenuto, invece, più coerente al nuovo quadro economico e sociale fondato sulla libertà di disporre, da un lato, e sulla inammissibilità di revoca totale o parziale delle donazioni ormai decise, dall'altro. L'art. 946 *Code Civil* era, comunque, visto come un'eccezione a questi principi e, di conseguenza, ne appariva giustificata una rigida interpretazione.

(7) Cfr. H. LÉCUYER, *L'irrévocabilité spéciale des donations*, Mélanges P. Catala 2001, 405.

(8) Cfr. W. DROSS, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 25.

(9) Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 268 ss. Si noti che queste considerazioni si trovavano già espresse chiaramente in R.J. POTHIER, *Des donations entre vifs*, in *Traité des obligations*, Orléans, Vol. 2, 1768. Già molto prima della codificazione del 1804, Pothier sottolineava che non si può impedire al donante di conservare i beni alla famiglia e di spogliarsi di alcuni beni solo quando lo ritenga necessario, ma a patto di esprimere, *una volta deciso*, le sue volontà in *modo definitivo*.

(10) Cfr. C. SALINIÈRE, *La réversibilité des donations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, 21. Si fa riferimento anche alla riserva di usufrutto del donante non considerata legittima un tempo e alla legittimità del quasi usufrutto, ex art. 587 *Code Civil*, per cui il donante può utilizzare i beni donati e restituirne il *valore* al termine dell'usufrutto.

(11) Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 269 ss. che cita C. BRENNER, *La succession, in 1804-2004, le Code Civil*, éd. Panthéon-Assas, 2004, n. 27, 427.

(12) Art. 894 *Code Civil*: "La donazione tra vivi è un atto con il quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta."

La scarsa consistenza dei beni, che il donante poteva riservarsi, giustificava anche l'assenza di tutela nei confronti di eventuali abusi o dei rischi connessi alla gestione dei beni donati (debiti importanti o richiesta di fallimento del donatario, azioni di creditori del donatario sui beni donati). Nessuno pensava che la riserva di disporre potesse essere resa pubblica verso i terzi (ad esempio, nella nota di trascrizione quando si trattasse di immobili). Se il donante avesse voluto maggiori garanzie avrebbe potuto cercare altre soluzioni, come la disposizione di *charges* (oneri) a carico del donatario: il mancato adempimento di *charges*, infatti, è considerato espressamente come eccezione alla regola della irrevocabilità delle donazioni (insieme all'ingratitude e alla sopravvenienza di figli) ⁽¹³⁾.

In definitiva, nel sistema che abbiamo brevemente delineato, quando si parlava di *effet compris dans la donation* si riteneva che potesse trattarsi anche di beni immobili e non solo, come si riteneva un tempo, di beni mobili determinati (arredi e corredi necessari per la dote di una figlia; quadri o mobili che il donante aveva interesse a conservare; etc.). Tuttavia, era chiaro che il valore di questi immobili doveva essere limitato, così come la *somme fixe sur les biens donnés*. La riserva di disporre serviva, nella sostanza, a garantire il donante in ordine alle necessità legate all'avanzare dell'età o anche a far fronte agli eventuali sopravvenuti problemi dei suoi figli. Per questo motivo la norma non era considerata una *sostanziale* eccezione al principio della irrevocabilità delle donazioni.

Inoltre, la riserva di disporre non era opponibile ai terzi (e non vi era, quindi, in nessun caso la possibilità di renderla nota come fosse una condizione della donazione nelle note di trascrizione). Nei confronti dei terzi i beni erano attribuiti in proprietà al donatario. Di conseguenza, il donante non disponeva di garanzie nell'ipotesi in cui il donatario non amministrasse in modo corretto i beni donati e vi fossero pretese da parte di terzi creditori sugli stessi.

La scarsa rilevanza degli interessi in gioco, così come probabilmente le rare applicazioni nella prassi, giustificava la totale mancanza di giurisprudenza su questo tema.

Anche il passaggio agli eredi dei diritti riservati poteva apparire non molto giustificato ma, in ogni caso, dato lo scarso rilievo dei beni oggetto della riserva non potevano sorgere particolari problemi verso gli altri membri della famiglia del disponente.

⁽¹³⁾ Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 279 ss. con riferimento all'art. 954 *Code Civil*. Si noti che l'inadempimento di un onere (*charge*) può portare il donatario a restituire integralmente la cosa donata: cfr. Cass. 19 dicembre 1984, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, 762, *Obs.* Patarin. D'altra parte, la possibilità di revisione dei *charges* è piuttosto limitata (legge 4 luglio 1984, art. 900/2 *Code Civil*) deve trattarsi di cambiamenti delle circostanze che rendono estremamente difficile l'adempimento degli obblighi (cfr. ancora P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 235 ss.). Anche la possibilità di ricevere una donazione indiretta è ammessa in Francia in modo abbastanza ampio specialmente se si prevede un pagamento dilazionato in una vendita (e una successiva rinuncia totale o parziale del corrispettivo) o una vendita a prezzo di favore, (cfr. ancora, P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 261).

Contenuta in questi limiti, la riserva non era considerata una clausola che avrebbe potuto comportare controversie tra il donatario e i successori del donante.

In definitiva, nel sistema francese la riserva di disporre a favore del donante era considerata legittima nella misura in cui i beni, che ne costituivano l'oggetto, fossero determinati in modo *specifico* e non fossero di rilevante *entità* rispetto al valore dei beni definitivamente donati. Anche "*la somme fixe sur les biens donnés*" non poteva essere di particolare importanza (salvo che fosse oggetto anch'essa di donazione con l'obbligo del donatario di custodirla in modo "conservativo").

In sostanza, se la "riserva di disporre" fosse stata disposta in modo ampio (col rischio, al limite, di costringere il donatario a vendere o a ipotecare in tutto o in parte i beni donati per poter adempiere) il dubbio di una violazione delle regole di fondo, e segnatamente del principio ritenuto di ordine pubblico: *donner et retenir ne vaut*, avrebbe potuto essere certamente sollevato.

La riserva di disporre doveva, in definitiva, avere uno *scarso* rilievo sul complesso dei beni donati per evitare il rischio di poter legittimare una *sostanziale* revoca della donazione.

Questo è un punto importante, a mio avviso. Certo non è facile indicare un *limite chiaro* tra donazioni con riserva di disporre di beni determinati (valide, anche se, teoricamente, in contrasto con un importante principio di ordine pubblico del sistema come la irrevocabilità delle donazioni) e donazioni che, *nella sostanza*, potevano giungere a risultati non diversi dalle ordinarie clausole a favore della famiglia diffuse nell'*Ancien droit*.

E' però chiaro che una riserva di disporre che comprendesse la maggioranza degli immobili donati (o somme di denaro pari a oltre della metà del complessivo valore dei beni donati) non potevano *in ogni caso* essere considerate legittime, perché equivalevano ad una revoca *sostanziale*, anche se non formale, della donazione, continuando, quindi, a lasciare il donatario *à la merci de la famille* (cioè proprio il risultato che le nuove norme volevano impedire).

Anche sotto il profilo *formale*, legittimare donazioni con clausole di riserva importanti, tanto da ridurre a valori inadeguati i beni definitivamente donati, era chiaramente una soluzione indifendibile a fronte di una riserva di disporre che, con riferimento all'art. 749 *Code Civil*, avrebbe dovuto limitarsi, lo ripetiamo, a "*un effet compris dans la donation*" o "*une somme fixe sur les biens donnés*".

Il carattere *limitato* di queste attribuzioni, rispetto al valore *complessivo* dei beni donati era, quindi, evidente. Attribuzioni più importanti potevano, in effetti, contrastare con un principio di ordine pubblico (*donner et retenir ne vaut*) che era stato ormai *definitivamente* consolidato dal nuovo *Code Civil*.

Una concessione limitata al *vieux régime*? Perché no? Una tutela degli interessi della famiglia del donante tali da poter giustificare cambiamenti che era coerente prendere in considerazione? Certo. Tuttavia, in nessun caso si poteva legittimare (utilizzando una clausola di contenuti limitati) una *sostanziale* revoca della donazione.

Questi principi sono sempre stati chiari nel sistema francese già nell'Ottocento e ancora oggi.

Fino a che punto, dunque, la *réserve* prevista dall'art. 946 *Code Civil* poteva essere considerata legittima in questo contesto? A tutto concedere, sottolineando che si rinunciava a valutare in modo rigoroso il significato riduttivo di termini come quelli impiegati dall'art. 946 *Code Civil*, e volendo sottolineare la definitiva certezza di attribuzione al donatario della parte più rilevante dei beni donati, si poteva forse giungere a valori anche vicini alla metà del valore complessivo dei beni donati, sottolineando che si trattava già di una interpretazione sostanzialmente a favore del donante ⁽¹⁴⁾.

Si trattava, alla fine, di un limite che non poteva (non doveva) compromettere la *stabilità* della donazione, almeno per una parte *di rilievo*. Era anche diffusa l'idea che il termine *fixe* comportasse la necessità di attribuire la somma al donatario ⁽¹⁵⁾, piuttosto che prevedere un suo obbligo futuro di pagamento. In ogni caso la riserva poteva riguardare un *effet* o una *somme fixe*; postulava, quindi, una scelta tra l'una o l'altra soluzione e non un cumulo di entrambe.

Non vi è dubbio, quindi, che *la réserve de disposer* poteva essere utile in casi limitati e questo giustifica lo scarso interesse nella prassi e la totale assenza di giurisprudenza. comunque si riteneva che il donante dovesse poter disporre della maggioranza (in valore) dei beni donati con la ragionevole certezza di poter far fronte, senza particolari problemi, ad un eventuale esercizio della riserva di disporre da parte del donante ⁽¹⁶⁾.

ii) Nel sistema italiano, durante la vigenza del vecchio codice, non risulta vi siano stati particolari approfondimenti tali da comportare un sostanziale mutamento delle regole e dei principi ormai consolidati in Francia ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Una divertente conversazione tra padre e figlio svoltasi nella seconda metà dell'Ottocento: "Ti sposi? Auguri, la ragazza mi piace molto. Alla tua età però io non ho avuto regali. Capisco, non sono più i tempi. Prenditi pure la ragazza che ti piace, dato che ci tieni tanto, ma dovrai dare qualcosa indietro perché tua sorella è ancora piccola, ma deve contare pure su qualcosa se dovesse sposarsi. Ti spiace? Ma, guarda, una somma fissa, non di rilievo, va bene? Guarda che la casa che ti regalo vale almeno il doppio, come sai bene! Guadagnerai alla fine, mi auguro, e alla peggio, potrai chiedere un finanziamento senza grossi problemi, suppongo. Potrei avere bisogno anch'io di qualcosa alla mia età, che Dio mi conservi la salute.", tratto liberamente da C. DEMOLOMBE, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 4^e éd., Vol II, Paris 1872/1873, 173 ss.

⁽¹⁵⁾ Eventualmente accantonandola in modo da garantire adeguatamente il donante.

⁽¹⁶⁾ Impostazione che favoriva anche il donante, specialmente quando la *somme fixe sur les biens donnés* fosse stata convenientemente accantonata, evitando le criticità che una condotta non corretta del donatario avrebbe potuto comportare.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ad esempio, tra i molti trattatisti che si occupavano, sia pur brevemente, di questi argomenti, G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico pratico di diritto civile, delle donazioni tra vivi e dei testaments*, Trad. it., Milano 1898, par. 26, 9 ss. Maggiori approfondimenti in A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano 1935, 141 ss., che, legando correttamente l'art. 1069 c.c. del 1865 al principio della irrevocabilità delle donazioni, riteneva nulle le donazioni disposte fuori dai ristretti limiti di questa norma. Riteneva inoltre possibile (ed anche utile) specificare le finalità della riserva (ad esempio, costituzione di una rendita; istituzione di una borsa di studio o una

Dopo l'approvazione del Codice Civile del 1942 (nonostante la soppressione della successione degli eredi nei diritti che il donante si sia riservato) non risulta vi siano stati cambiamenti di rilievo sulla *sostanziale assenza* di applicazioni nella prassi e sulla totale mancanza di giurisprudenza ⁽¹⁸⁾.

Nel quadro fin qui considerato, l'art. 790 c.c. sembrava destinato ad essere, in pratica, non applicato *anche* nella nuova versione accolta dal Codice del 1942. Invece, almeno a partire dagli anni Sessanta, l'interesse della dottrina sull'interpretazione di questa norma e sulle sue possibili applicazioni è stato inaspettatamente molto ampio e vi sono stati diversi interventi nel quadro di una casistica certamente più complessa di quella che era stata discussa in precedenza ⁽¹⁹⁾.

dote per la figlia ancora da maritare) suggerendo anche di ricorrere ad un terzo indipendente per determinare la *somme fixe* sui beni donati (con riferimento alle finalità del disponente). Questa impostazione era chiaramente in linea con la *non rilevante* entità della somma fissa rispetto al valore dei beni donati. Neanche Ascoli, però, accenna alla possibilità di ricorrere (se il donante pensava a somme di maggiore entità) ad un onere che, anche nel sistema del vecchio Codice, sarebbe stato possibile disporre senza particolari problemi.

Si noti che sotto il Codice del 1865 vi furono alcune decisioni in giurisprudenza (come ricorda M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano 2014, 298-299, che approfondisce aspetti molto importanti in relazione a questa norma, anche con riferimento al principio *donner et retenir ne vaut*). Si trattava comunque di problemi non particolarmente interessanti per le finalità qui considerate sottolineando, tuttavia, che la riserva di disporre si riferiva quasi sempre a modiche somme (Cass. Palermo 25 gennaio 1879; Cass. Napoli 31 dicembre 1896; App. Macerata, 22 agosto 1879, puntualmente ricordate da M. LUPOI *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 297 ss., alle note 50, 53 e 54). Diverso e interessante il caso deciso dall'App. Catania, 4 maggio 1917, in *Giur. cat.*, 1917, 119 che si riferiva ad una riserva di disporre dove era previsto il mutamento dell'oggetto su iniziativa del donante (cfr. ancora M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 298).

⁽¹⁸⁾ La mancanza di rilievo operativo è ancora evidente, tuttavia il problema è stato trattato ampiamente da tutti i più importanti civilisti italiani che hanno approfondito il tema delle donazioni. Cfr., *ex pluribus*, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1961, 865 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1979, 823 ss.; A. NATALE, *La donazione con riserva di disporre, una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 125 ss.; ID. *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, Vol. VI, Milano 2009, 909 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Trattato Diritto Civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano 1964, 56 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. VI, 2°, Torino 1997, 535 ss.

⁽¹⁹⁾ Per un'analisi attenta e completa dei problemi che sono stati sollevati in relazione ad una interpretazione più ampia dell'art. 790 c.c., si rinvia all'intervento molto chiaro di E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Vol. 21, 6, 2020, 609 ss. e ID., *Dalla donazione con riserva di disporre all'affidamento fiduciario (ovvero come si recupera una norma del Codice Civile)*, in *Riv. not.*, 2020, 249 ss. Di seguito si indicano solamente i contributi di alcuni dei numerosi ed importanti autori che hanno studiato il tema, che abbiamo tenuto presente, in quanto si riferiscono in modo più specifico ai problemi che stiamo trattando. Rinviamo, in particolare, a A. NATALE, *La donazione con riserva di disporre*, cit., 125 ss., e ID., *La*

Il quadro di riferimento è divenuto, quindi, così ampio che un'analisi approfondita di tutte le criticità che sono emerse nell'interpretazione dell'art. 790 c.c., penso esuli dai limiti che deve necessariamente avere questo contributo.

Sono state proposte diverse soluzioni applicative con un ampliamento molto importante dei limiti che questa disposizione aveva sempre avuto sia in Francia che nel nostro Paese per moltissimi anni ⁽²⁰⁾.

Occorre peraltro sottolineare che, nonostante gli interventi, anche recenti, da parte di numerosi giuristi italiani, sono rimaste aperte alcune importanti questioni.

Si ragionerà brevemente *solo* sui punti che riteniamo essenziali, rilevando ancora che le applicazioni nella *prassi* restano piuttosto limitate, benché vi sia stata una certa apertura favorita dall'approvazione delle nuove disposizioni sull'imposta di donazione che, come è noto, ha notevolmente alleggerito il carico fiscale delle liberalità, soprattutto a favore di figli o nipoti del donante.

D'altra parte, i limiti alla circolazione dei beni provenienti da donazioni in relazione agli artt. 561 e 563 c.c. sono stati ritenuti superabili (seppure con qualche criticità anche per i costi necessari di eventuali coperture assicurative).

Un primo punto che deve essere verificato con attenzione e che non è sempre indicato in modo sufficientemente chiaro dalla dottrina (anche la più recente) resta la necessità di contenere entro determinati *limiti* la facoltà di disporre del donante, perché la donazione possa essere considerata legittima.

Su questo aspetto non sembrano esservi particolari ragioni per discostarsi dai principi che abbiamo cercato di chiarire con riferimento al sistema francese ⁽²¹⁾.

Di conseguenza, la riserva di disporre può ancora oggi considerarsi pienamente legittima solo se si assicura il *definitivo* trasferimento al donatario della maggioranza in valore dei beni donati (mobili o immobili). Il donatario deve, infatti, poter contare, *in ogni caso*, sulla attribuzione a suo favore di una parte identificabile, in modo chiaro, dei beni donati, senza il rischio di dover affrontare problemi difficilmente superabili a fronte delle "riserve di disporre" a favore del donante.

riserva di disporre di cose determinate, cit., 929. E' stato attentamente considerato anche l'intervento di A. ZOPPINI, *La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 223 ss.; M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 285 ss.; ID., *Donazione con riserva di disporre. Modello di contratto di affidamento fiduciario*, in *Vita not.*, 2016, 1171 ss. Proposte interessanti anche in I. LONGOBUCCO, *Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto*, in *Foro nap.*, 2017, 407 ss. e in R. FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Europa e diritto privato*, 2018, 595 ss. Sempre attuali da considerare con attenzione le osservazioni di U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 535 ss.

⁽²⁰⁾ Un'analisi molto chiara e documentata delle diverse soluzioni proposte in A. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 609 ss. Per un approfondimento interessante, anche con riferimento all'art. 849 *Code Civil*, cfr. U. MORELLO, *La donazione con riserva di disporre: le regole, la prassi (un'antica norma rivisitata)*, in *Notariato*, 2015, 4, 376 ss.

⁽²¹⁾ Che resta, a nostro avviso, un importante punto di riferimento per le ragioni che abbiamo esposte in precedenza.

Si è, in effetti, osservato, correttamente, che se la riserva si riferisce a qualche “oggetto compreso nella donazione” occorrerà che si tratti di una donazione con più oggetti determinati o con unico oggetto divisibile: la riserva potrà limitarsi ad uno o più di tali oggetti o ad una parte materiale dell’oggetto divisibile (22).

Occorre sottolineare, comunque, che anche nell’attuale sistema è necessaria, in ogni caso, da un lato la determinazione dei beni oggetto della riserva e dall’altro lato, come conseguenza, la chiara identificazione dei beni (di maggior valore) che il donatario può agevolmente ritenere ormai a lui *definitivamente* attribuiti.

Qualche esempio. Se i beni immobili sono più di uno, la riserva che riguarda uno dei beni, di valore non superiore al valore della maggioranza del complesso dei beni donati, è certamente legittima. Il donatario può disporre, infatti, in modo *certo* e definitivo degli altri beni rimasti.

Se la riserva riguarda una determinata “*somma sui beni donati*” è necessario che la somma sia trasferita al donatario (che potrà accantonarla, meglio se con opportune garanzie) o sia di un importo tale da poter comunque assicurare il pagamento dovuto al donante con il reddito degli altri beni o con finanziamenti bancari ottenibili dal donatario senza particolari criticità, anche garantendoli sui beni a lui definitivamente attribuiti.

In altri termini, al donatario dovrebbe essere *assicurata comunque* la possibilità di corrispondere al donante la “*somma riservata sui beni donati*”, senza il rischio oggettivo di dover smobilizzare i beni che restano di sua proprietà.

Nel quadro considerato, il donatario ha il diritto di poter contare in modo *definitivo* su beni determinati che, in forza della donazione, possano ritenersi ormai acquisiti al suo patrimonio. Ove vi sia il rischio concreto, per l’ampiezza della riserva di disporre, di non poter contare sulla *definitiva* attribuzione di determinati beni in capo al donatario (e in modo certo e non discutibile), la donazione non può, a nostro avviso, considerarsi legittima con il rischio, quindi, di nullità della riserva.

La riserva è, infatti, ammissibile se vi è una attribuzione diretta che può ritenersi *in ogni caso* garantita al donatario.

Qualche esempio può aiutare a chiarire meglio questi aspetti. Se la donazione ha ad oggetto un appartamento del valore di 500.000 euro (che il donatario può destinare a residenza della sua famiglia) e la “*determinata somma sui beni donati*” non eccede, ad esempio il 20% del valore del bene, la possibilità di farsi finanziare sul bene donato, con costi non più alti di un normale affitto, consente al donatario di poter contare ragionevolmente sull’attribuzione “*sostanzialmente definitiva*” dell’immobile (23). Se invece la somma riservata è di rilievo (supponiamo 400.000 euro), considerati gli interessi in gioco, il rischio di dover vendere l’immobile per poter pagare la somma è molto alto: in queste condizioni (dove il superamento delle soglie di validità della riserva di disporre, secondo le linee guida che abbiamo indicato, è certa) il donatario

(22) Si rinvia, su questi punti, alle puntuali osservazioni di F. TASSINARI, *La donazione con riserva di disporre di cose determinate nell’attività notarile*, in *Atti del Convegno Insignum*, Bologna 2016, 8 ss.

(23) Cfr. l’antico esempio di cui alla nota 15.

resta, in effetti, à la merci del donante ed è proprio questo che si dovrebbe, a ben vedere, evitare.

In sostanza, la riserva di disporre non può comprendere una parte così rilevante dei beni donati da determinare il *rischio oggettivo* per il donatario di dover vendere i beni a lui attribuiti per far fronte alla restituzione delle somme “riservate” dal donante. In questo modo si dà spazio ad una *sostanziale* (ma molto chiara) possibilità di revoca della donazione.

L’attribuzione dei beni al donatario deve, in ogni caso, potersi considerare *definitiva in modo obbiettivo*, date le circostanze, e deve quindi essere di valore importante rispetto al valore complessivo dei beni donati consentendo, quindi, di poter affermare che il donatario ha oggettivamente ricevuto in modo certo e definitivo la maggior parte (in valore) dei beni donati.

Seguendo questi criteri, la donazione con riserva di disporre è certamente da considerarsi adeguata al principio generale: *donner et retener ne vaut* ⁽²⁴⁾.

Tuttavia, questa interpretazione più rigorosa dell’art. 790 c.c. non sembra quella che si è consolidata nella più recente dottrina italiana, dove si possono riscontrare addirittura discussioni in ordine alla possibilità di trasferire beni che costituiscano l’assoluta maggioranza dei beni donati, ponendosi addirittura il problema di una “frode alla legge”, quando l’espressione “qualche oggetto” si riferisca alla quasi totalità dei beni donati ⁽²⁵⁾.

Qualche esempio, invece, di donazioni con riserva di disporre che riteniamo pienamente valide.

Se sono assegnati più beni immobili, almeno uno, di valore maggiore rispetto agli altri beni donati, deve restare attribuito *definitivamente* al donatario; se si tratta di un terreno, che è frazionabile, ne deve restare, in capo al donatario, la parte maggiore che possa comunque essere amministrata e sfruttata in modo autonomo dallo stesso e tale da poter assicurare la continuazione delle attività in atto, sia pure in termini più ridotti (anche in questo caso il valore dei beni definitivamente attribuiti deve essere

⁽²⁴⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *La donazione “ha forza di legge tra le parti”*, cit., 223 ss. che propone una tesi diversa, dando molto più spazio all’autonomia privata del donante, ritenendo che vi sia la possibilità di affermare la legittimità di una riserva di disporre che possa avere ad oggetto, al limite, l’*integralità* dei beni donati e non solo una parte di essi. Si tratta di una tesi sostenuta da un autorevole giurista, che considera anche donazioni di azioni o quote di S.r.l., con un’analisi del sistema tedesco, sottolineando che in Germania (benché il principio della *revocabilità della donazione* non sia espressamente codificato nel BGB) si ritiene valida anche una riserva di disporre che possa riguardare la totalità dei beni donati. In realtà, in molti casi si tratterebbe più che di *revocabilità della donazione* di un problema relativo all’*indeterminabilità* dell’oggetto, punto questo che pone problemi complessi anche in Germania. Cfr. *infra* nota 35.

⁽²⁵⁾ I diversi orientamenti di molti civilisti italiani che hanno interpretato in modo molto ampio i diritti che il donante si può riservare, *ex art. 790 c.c.*, fino a ritenere ammissibile una riserva di disporre che possa riguardare la maggioranza dei beni donati (al limite salvo modesti importi per evitare il rischio di nullità per frode alla legge) sono riportati con esemplare chiarezza da E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 609 ss.

sostanzialmente maggiore rispetto agli altri beni oggetto di riserva). Quando si tratti di somme di denaro sarebbe preferibile un'attribuzione *specificata* che possa consentire al donatario di investire le somme senza assunzione di rischi (polizze assicurative? valori mobiliari garantiti?) in modo da poter restituire *senza problemi* le somme donate, quando il donante eserciti i diritti che si è riservato ⁽²⁶⁾.

Al donatario, comunque, deve essere sempre assicurata una *parte certa* dei beni donati e questo obiettivo può essere assicurato solo quando la riserva di disporre riguarda beni o somme il cui valore sia *contenuto*. Abbiamo indicato, come regola per assicurare la piena legittimità della riserva di disporre, l'attribuzione di beni al donatario di valore *superiore* alla maggioranza del valore totale del complesso dei beni donati.

La riserva di una "determinata somma" deve comportare la possibilità di pagamento, in definitiva, senza che il donatario debba doversi assumere rischi tali da poter perdere la maggioranza dei beni donati (se non tutti) dando luogo, *nella sostanza*, ad una donazione "revocabile".

Questi principi sono conformi ad una tradizione consolidata. L'art. 790 c.c. proviene da una norma antica e deve, quindi, essere interpretata in modo più rigoroso per i motivi sopra esposti, anche con riferimento alla tradizione che abbiamo cercato di esporre in precedenza: non sembra *appropriato* utilizzarla per le finalità più diverse col rischio, in effetti, di lasciare il donatario *à la merci* del donante.

Resta quindi fermo il principio che il donatario deve poter *contare* su una parte *definita e certa* dei beni donati, di valore *superiore* al valore dei beni riservati, per poter evitare, comunque, criticità non facilmente controllabili tali da poter comportare, alla fine, una *sostanziale revoca* della donazione.

iii) Per converso, non sembra si possano porre limiti all'esercizio dei poteri che il donante si è riservato ⁽²⁷⁾.

La motivazione delle "esigenze sopravvenute" non è richiesta e non deve essere quindi specificata nell'atto di donazione (si è fatto riferimento a volte ad esigenze dovute al termine delle attività del donante; al suo pensionamento; a malattie proprie o dei suoi parenti stretti; a sopravvenute esigenze per avviare alla professione un figlio che non abbia ricevuto in precedenza donazioni di sorta; a criticità varie).

Il donante esercita un diritto, non deve dare spiegazioni, proprio perché una *parte certa* dei beni è stata ormai attribuita al donatario ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Si noti che questi aspetti non sono stati quasi mai affrontati in modo specifico dalla dottrina, che pure è intervenuta ampiamente su questi problemi.

⁽²⁷⁾ D'altra parte, se fosse interesse del donante dare maggior peso al pagamento di somme *determinate* anche di rilievo, potrebbe essere facilmente disposta una donazione modale (art. 793 c.c.) o, addirittura, una condizione. Cfr., su questi aspetti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 553 ss.

⁽²⁸⁾ Di conseguenza, il donante può esercitare la riserva anche quando i motivi non siano "propriamente" nobili.

Se, come detto, è vero che la riserva deve fare riferimento a *criteri oggettivi*, che assicurino una parte certa dei beni donati al beneficiario, secondo le linee guida fin qui indicate, è pur vero che il donante deve poter esercitare i suoi diritti, senza bisogno di particolari giustificazioni ⁽²⁹⁾.

Non possiamo dimenticare che l'art. 790 c.c. dispone un'eccezione alla irrevocabilità della donazione e deve essere interpretato, non dico restrittivamente, ma in modo certamente attento e specifico, con riferimento agli interessi in gioco. In definitiva, il punto essenziale è la difficile ricerca dell'assicurazione di un equilibrio ragionevole tra il principio di irrevocabilità della donazione e le *raisons de famille*, che possono essere state considerate dal donante o che possano sopravvenire.

D'altro canto, sembra anche ragionevole ritenere che il donante avrà certamente considerato le problematiche legate al suo contesto personale e familiare. Le ipotesi potrebbero essere molteplici: un possibile stato di bisogno in futuro; difficoltà finanziarie allo stato non esistenti e forse neppure prevedibili; necessità di far fronte ad esigenze degli altri figli o del coniuge che si potrebbero prospettare in futuro; criticità a seguito di malattie; diminuzione di reddito per difficoltà legate alla gestione della sua impresa. Si noti tuttavia che, qualche volta, il donante non ha in mente specifici problemi futuri: la clausola è solo una cautela e non si riferisce, quindi, a particolari situazioni critiche, anche se è difficile ritenere che il disponente non abbia un programma di utilizzo dei beni che si è riservato di riottenere dal donatario. Tuttavia, la riserva è certamente un diritto potestativo, uno *ius disponendi* che non ha bisogno di particolari spiegazioni ⁽³⁰⁾.

Certo, le esigenze del donante possono essere anche specificate e questo può rendere più facile la valutazione degli effetti di un eventuale esercizio dei poteri che derivano dalla riserva ⁽³¹⁾. In ogni caso, si deve ritenere, pur sempre, che il donatario debba poter ragionevolmente contare sulla definitiva attribuzione di *beni determinati* in misura adeguata ⁽³²⁾.

Escludiamo, comunque, che a tutela del donante possa considerarsi la riserva di disporre come una condizione, che quando riguardi immobili e sia trascritta, possa essere opposta ai terzi, attribuendo efficacia reale alla riserva di disporre. Sia nella

⁽²⁹⁾ Si noti che questo aspetto non è stato sufficientemente sottolineato nella dottrina che abbiamo citato in precedenza, eppure è un punto di rilievo per l'inquadramento preciso della norma che stiamo considerando.

⁽³⁰⁾ Cfr. A. NATALE, *La riserva di disporre*, cit., 948 ss.

⁽³¹⁾ Se le preoccupazioni del donante sono specifiche e chiaramente determinabili, naturalmente la possibilità di indicare con precisione gli obblighi del donatario è sicuramente maggiore.

⁽³²⁾ Si noti che nella dottrina italiana (e in molti casi) si afferma che il donante abbia comunque la possibilità di riconsiderare i propri interessi, in base ad *esigenze sopravvenute*, anche se non vi sia una programmazione chiara dei limiti dell'atto di donazione. (Cfr. gli autori citati in modo chiaro ed esaustivo da E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 616 ss.). Questo, però, può avvenire, a nostro avviso, solo se è stabilito un *tetto massimo* alle richieste del donante che consenta, comunque, l'attribuzione di beni determinati in modo certo e definitivo al donatario, secondo i criteri che abbiamo fin qui indicato.

tradizione francese, che nella nostra, la revoca *non può* avere efficacia reale. Si tratta di una tendenza consolidata da tempo ⁽³³⁾.

iv) Alcune brevi considerazioni conclusive. Come si è detto, il sistema francese (abbiamo considerato alcuni problemi e i relativi dibattiti al par. 1. i) indica limiti di applicazione dell'art. 946 *Code Civil* molto rigorosi.

Non è tanto una questione di valori, quanto di *certezza* di un'attribuzione definitiva al donatario, specifica e chiaramente individuabile.

Il donatario deve necessariamente avere un *core* di beni su cui poter contare senza problemi, qualunque siano le sopravvenute esigenze del donante o della famiglia ⁽³⁴⁾.

Questo sembra essere il punto essenziale (molto chiaramente espresso in Francia).

In definitiva, non sembrano esservi problemi ad imporre al donatario il ritrasferimento di beni al donante, né la messa a disposizione di somme, nelle circostanze che abbiamo indicato.

Riteniamo, quindi, in conformità all'indirizzo da tempo consolidato in Francia, sia necessario assicurare al donatario, in modo definitivo, almeno la *maggioranza in valore* dei beni complessivamente donati e pensiamo anche che ciò debba necessariamente essere oggetto in concreto di obbiettiva verifica.

Una riserva di disporre *eccessiva*, come si è già detto, può portare ad una *sostanziale revoca* della donazione e non può, quindi, considerarsi legittima. L'antica regola *donner et retenir ne vaut* esprime ancora oggi un principio valido anche nel nostro sistema.

D'altra parte, come si è già evidenziato, lo stesso tenore riduttivo della norma ("*qualche oggetto*", "*una determinata somma*"), porta a queste conclusioni.

Il donatario non deve restare *à la merci* del donante e deve ricevere in modo definitivo una parte adeguata dei beni donati ⁽³⁵⁾: una riserva di disporre *eccessiva* non garantisce queste condizioni e non può quindi considerarsi legittima.

Questi principi debbono indurre i professionisti, incaricati di mettere a punto una donazione con riserva di disporre, ad indicare con chiarezza i beni che si intendono assegnare in modo definitivo e il loro valore, e i beni che sono oggetto della

⁽³³⁾ Per un'opinione favorevole cfr. invece, F. TASSINARI, *La donazione con riserva di disporre di cose determinate*, cit. par. 7. Cfr. anche F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1991, 113 ss.

⁽³⁴⁾ D'altra parte, se è vero che vi sono spesso figli ingrati, è altrettanto vero che vi sono padri con "sopravvenute esigenze" non sempre commendevoli.

⁽³⁵⁾ Un'opinione decisamente contraria a questa impostazione, come si è detto, è sostenuta da A. ZOPPINI, cfr. *retro* nota 24. Tuttavia, in linea di massima anche nel sistema tedesco, la donazione (*Schenkung*) è di fatto ritenuta irrevocabile, ed anzi, vi sono maggiori garanzie a favore del donatario, che sia obbligato ad adempiere ad un onere (*Auflage*) (par. 526 BGB). La revoca è ammessa solo in casi eccezionali come, ad esempio, la restituzione dei beni donati in caso di "impoverimento" del donante (*Verarmung*) (par. 528 BGB).

riserva di disporre ed il loro valore. Certo, non mancano le possibilità di chiarire con precisione questi punti ⁽³⁶⁾.

Non pensiamo tuttavia si possa affermare, in ogni caso, la nullità della donazione se la riserva di disporre è *manifestamente eccessiva*, perché questa soluzione comporterebbe il rischio che il donatario si convinca ad accettare, comunque, la parte che gli è stata donata, anche se obbiettivamente di minor valore rispetto ai valori oggetto della riserva di disporre, favorendo quindi l'affermarsi di una prassi scorretta, che nella sostanza, elude i principi indicati dall'art. 790 c.c.

Riteniamo che vi possa essere una proposta di riconduzione ad equità dei beni riservati ⁽³⁷⁾.

Una proposta di riduzione tale da limitare la riserva ad importi che possono considerarsi legittimi, in base alle linee guida fin qui indicate, non penso possa essere legittimamente rifiutata dal donatario ⁽³⁸⁾.

Tuttavia, se la proposta di riduzione della riserva di disporre non è accettata e la stessa può essere considerata eccessiva, in sostanziale violazione del principio (di ordine pubblico) *donnet et retener ne vaut*, dovrà affermarsene la nullità con la conseguenza che il donatario acquisirà la proprietà di tutti i beni oggetto della donazione ⁽³⁹⁾.

Osserviamo poi che se si segue l'interpretazione qui proposta e, quindi, si ritiene che una parte *chiaramente* definita dei beni e di valore adeguato, in base ai criteri che abbiamo cercato fin qui di mettere a punto, deve essere necessariamente *garantita* al donatario (nonostante la riserva di disporre a favore del donante) è più facile ricorrere a soluzioni che, partendo da questo presupposto, consentono una definizione degli interessi in gioco in modo sicuramente più efficiente per assicurare gli interessi sia della parte donante, che della parte donataria.

⁽³⁶⁾ Può essere utile, ad esempio, approvare una perizia sul valore dei beni donati e sul valore dei beni o delle somme oggetto della riserva di disporre; può anche essere utile consigliare il donatario di versare la "determinata somma" da accantonare affidandola a banche o a società di gestione di valori mobiliari, in modo da conservarla adeguatamente senza rischi e trasferirla al donante quando ne faccia richiesta.

⁽³⁷⁾ Sull'interpretazione integrativa del contratto, giustificata da un principio generale di equità, cfr. G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, 208 ss.; cfr. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Vol. II, 93 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in Convegno internazionale di *Studi in onore di Alberto Burdese*, Padova Venezia Treviso 14-15-16 giugno 2001, Vol. I, 2003, 225-256; F. GALGANO, G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare, Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Libro quarto: Obbligazioni art. 1372-1405, Bologna 1993, 66 ss., e 93 ss. Come è noto la regola che consente di ricorrere all'equità è considerata *inderogabile*, come rimedio essenziale per integrare un contratto lacunoso o con oggetto non chiaramente determinato.

⁽³⁸⁾ Specie se l'eccesso di riserva non abbia comportato problemi o danni per il bene donato.

⁽³⁹⁾ Questo rischio giustifica la messa a punto di una stima condivisa dalle parti al momento in cui la donazione è perfezionata od anche il ricorso ad una clausola di arbitraggio che consenta la valutazione dei beni da parte di un terzo secondo un equo apprezzamento ex art. 1349 c.c.

Mi riferisco alla possibilità di costituire un *trust* interno per realizzare una donazione con riserva di disporre⁽⁴⁰⁾; di attuare il programma negoziale del donante mettendo a punto un contratto di affidamento fiduciario⁽⁴¹⁾; o, più semplicemente, stipulare in *modo adeguato* un *negozio fiduciario "riservato"* tra le parti⁽⁴²⁾.

2. La costituzione di un *trust* interno per realizzare una donazione con riserva di disporre

Se partiamo dal principio che la riserva di disporre deve *necessariamente* essere consegnata in modo da assicurare al donatario una parte *certa* e di *valore adeguato* dei beni donati⁽⁴³⁾, allora la costituzione di un *trust* interno può essere una soluzione molto interessante. Non riteniamo sia questa la sede per un approfondimento attento dei problemi che la costituzione di un *trust* volto a realizzare un'attribuzione liberale con riserva di disporre può comportare. Indichiamo, tuttavia, qui di seguito alcuni punti di maggior rilievo.

Innanzitutto, si potrà prevedere l'attribuzione al *trustee* di tutti i beni donati (immobili, valori mobiliari, somme determinate) prevedendo, quindi, una prima attribuzione di determinati beni ai *beneficiaries* (la maggioranza in valore dei beni complessivamente trasferiti al *trustee*?) e una seconda attribuzione al *settlor* (che abbia esercitato la riserva di disporre) o ai *beneficiaries* (se la riserva non è stata esercitata o è venuta definitivamente meno)⁽⁴⁴⁾.

Il *trust* può contare sulla professionalità del *trustee* per una corretta verifica delle condizioni necessarie per la prima e la seconda attribuzione, insieme al sostanziale annullamento del rischio dell'esercizio di eventuali azioni da parte dei creditori del donatario, mantenendo il controllo dei beni indirettamente donati, fino all'attribuzione definitiva.

Se sono versate somme da attribuire al *settlor*, in caso di esercizio della facoltà di disporre, le somme verranno gestite dal *trustee*, che le attribuirà al *settlor* quando quest'ultimo intenda esercitare la riserva di disporre, o ai *beneficiaries*, in caso di rinuncia del *settlor*, o nel caso in cui lo stesso muoia senza aver utilizzato la riserva.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *infra* il successivo par. 2.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *infra* il successivo par. 3.

⁽⁴²⁾ Cfr. *infra* il successivo par. 4.

⁽⁴³⁾ Consideriamo, in relazione alle conclusioni indicate ai punti ii), iii) e iv) del precedente paragrafo, come punto di riferimento sicuro il *maggior valore* dei beni *definitivamente* attribuiti rispetto al valore dei beni che possono essere oggetto di una riserva di disporre.

⁽⁴⁴⁾ Come è noto, il *trustee* è tenuto a mettere in atto tutte le cautele necessarie per tenere separati i beni a lui attribuiti, come *trustee*, dai suoi beni personali (artt. 2, 11 e 12 della Convenzione dell'Aja, 1° luglio 1985). Vi sono anche ampi riferimenti in dottrina e in giurisprudenza, che non sembra qui opportuno approfondire. Il consenso sulla compatibilità di questi limiti, con riferimento ai principi che si desumono dall'art. 2740 c.c., (norma considerata di ordine pubblico) è ormai definitivo. Cfr., per tutti, A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Vol. XIX, Torino 1999, 465 ss.; A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, Padova 2020, 123 ss.

I problemi di tassazione delle donazioni (indirette) dal *trustee* ai *beneficiaries* possono essere facilmente risolti, in base alle disposizioni esistenti, col vantaggio, verosimilmente, di una tassazione *immediata* della prima attribuzione e una tassazione *rimandata nel tempo*, al momento della seconda attribuzione ⁽⁴⁵⁾.

Sottolineiamo che il nostro ordinamento tributario considera le attribuzioni al *trustee* come donazioni indirette dal *settlor* ai *beneficiaries*, quando questi ultimi siano definitivamente individuati ⁽⁴⁶⁾.

i) Strutturando così le operazioni, non pare si pongano particolari criticità con riferimento ai principi inderogabili del nostro ordinamento giuridico, anche in ordine alle imposte dovute sulla prima e sulla seconda donazione (eventuale) dal *trustee* ai *beneficiaries*. La nomina di un *protector* potrà inoltre essere prevista per controllare che le attribuzioni siano effettuate secondo le linee guida che il *settlor* abbia indicato in modo specifico.

Sulla legittimità di un *trust*, con le caratteristiche indicate, peraltro non riteniamo vi possano essere sostanziali problemi ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Come è noto, la tassazione di questa operazione, considerata nel nostro sistema tributario come una donazione indiretta dal donante (*settlor*) ai donatari (*beneficiaries*) attraverso un atto dispositivo che dovrà comunque essere stipulato dal *trustee*, verrà effettuata secondo principi da tempo consolidati. Tuttavia, è opportuno ricordare che è ancora aperto il problema relativo alla tassazione *immediata* su tutti i beni oggetto dell'attribuzione liberale, al momento della costituzione del *trust* (tesi sostenuta da tempo dell'A.F.) o la tassazione al momento della *formale attribuzione* da parte del *trustee* ai *beneficiaries*. (Cfr. su questi problemi T. TASSANI, *Consolidamento giurisprudenziale e nuove prospettive interpretative per trust e vincoli di destinazione*, in *Corriere tributario*, 2019, 865 ss.). Nel caso che consideriamo è però evidente che la tassazione immediata anche sui beni che sono oggetto della riserva di disporre, e potrebbero essere quindi non assegnati ai *beneficiaries* non penso possa considerarsi legittima.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. la precedente nota 45. Si noti anche che, se l'attribuzione è considerata una donazione indiretta dal *settlor* ai *beneficiaries*, può essere critica la tassazione corretta se si tratta di attribuire somme in contanti. D'altra parte, le donazioni *indirette* non dovrebbero essere tassate nel nostro sistema tributario. Cfr. T. TASSANI, *Consolidamento giurisprudenziale*, cit., 867 ss., e comunque, in linea generale, su questi problemi è utile il confronto con le opinioni espresse da T. TASSANI, *Le diverse tipologie di imposizione del trust in "entrata" e in "uscita"*, in *Trusts*, 2020, 361 ss. Cfr. anche M. LUPOI, T. TASSANI, *Il cd. "scioglimento consensuale" del trust: diritto civile e diritto tributario*, in *Trusts*, 2020, 5 ss. Tenuto conto delle caratteristiche fin qui definite della donazione con riserva di disporre sembra corretto ritenere che il *trustee* abbia l'obbligo di sottoporre a tassazione (come donazione ormai definita) l'attribuzione al donatario nel momento in cui abbia esercitato la riserva di disporre. Se il donante muore senza aver esercitato la riserva, l'attribuzione liberale ai donatari per i beni riservati verrà effettuata all'apertura della successione del donante.

⁽⁴⁷⁾ E' difficile, infatti, sostenere che l'art. 790 c.c. stabilisca principi di ordine pubblico interno che non consentano di effettuare indirettamente sostanziali riserve di disporre in modo non del tutto conforme ai criteri indicati dalla norma, effettuando una prima attribuzione per i beni che si ritiene possibile attribuire con certezza ai *beneficiaries* e una seconda attribuzione per i beni che eventualmente il donatario non richieda, esercitando la riserva di disporre. Costituendo un

La costituzione di un *trust* interno, nel contesto rappresentato, deve necessariamente prevedere l'indicazione di *beneficiaries* (di un beneficiario o più beneficiari) con regole specifiche per l'attribuzione dei beni a loro destinati. Non vi è dubbio che il grado di flessibilità di questo tipo di operazioni è molto maggiore degli stretti limiti stabiliti dall'art. 790 c.c. (anche se, dato il costo del *trust* interno, si dovrà trattare di beni di un certo rilievo economico). Al *trustee* potranno essere indicate linee guida, anche molto specifiche, sia con riferimento ai beni da trasferire subito ai *beneficiaries*, sia con riferimento ai tempi ed alle modalità degli eventuali ulteriori trasferimenti ⁽⁴⁸⁾.

La soluzione che stiamo esaminando comporta, in buona sostanza, un normale trasferimento diretto dei beni dal *trustee* ai *beneficiaries* (che realizza una donazione indiretta dal *settlor* ai *beneficiaries* ed è tassata di conseguenza) ⁽⁴⁹⁾ e una successiva donazione indiretta eventuale, quando il *settlor* decida di rinunciare ai *powers of appointment*, che si era riservato dando via libera al *trustee*, perché non ritiene di avere più necessità di disporre delle somme accantonate.

ii) Possibili criticità. Se con il *trust* interno il disponente si sia riservato formalmente poteri *eccessivi* (*powers of appointment*) in ordine al trasferimento dei beni da attribuire al *trustee*, perché questi, a sua volta, li possa attribuire ai *beneficiaries*, secondo le linee guida stabilite, vi potrebbe essere la possibilità di ritenere il *trust* nullo per eccesso di poteri riservati, con riferimento all'art. 790 c.c.

Inoltre, si potrebbe escludere, di fatto, il *trustee* da una amministrazione effettiva dei beni del *trust* e sottrargli le decisioni finali sugli atti che si dovrebbero compiere in relazione al suo ufficio, anche senza specifici accordi scritti ⁽⁵⁰⁾. Infatti, se il potere *effettivo* di amministrazione dovesse ritenersi attribuito in sostanza al *settlor* e non al *trustee*, in base ai *powers of appointment* che il *settlor* si sia riservato o se, di fatto, il

trust vi sarebbe un trasferimento immediato ai *beneficiaries* dei beni che il *settlor* ha intenzione di trasferire *definitivamente*, trattenendo la parte di beni che il donante potrà richiedere, esercitando la riserva di disporre.

⁽⁴⁸⁾ I beni che non sono trasferiti saranno trattenuti dal *trustee* come garanzia per l'eventuale esercizio del diritto di disporre, che il *settlor* si sia riservato. Questa soluzione favorisce chiaramente la migliore attuazione dei principi che abbiamo cercato di mettere a punto con riferimento all'interpretazione dell'art. 790 c.c., affidando definitivamente ai *beneficiaries* i beni solo quando non vi possano essere più criticità e lasciando al *trustee* il compito di controllare la congruità della riserva in base ai principi che abbiamo indicato nel testo. Ovviamente, se il *settlor* muore senza aver esercitato la riserva di disporre, o vi rinuncia, i beni che il *trustee* abbia trattenuto verranno trasferiti definitivamente ai donatari.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *retro* le note 45 e 46.

⁽⁵⁰⁾ Sull'ampiezza dei poteri del disponente cfr. A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, cit., 261 ss.; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova 2019, 97 ss. Se il *settlor* si riserva la decisione di disporre, la violazione dei principi che si desumono dall'art. 2740 c.c. appare obiettivamente fondata. Cfr. A. GAMBARO, *Trust*, cit., 465 ss.

settlor gestisce il *trust* e il *trustee* non si oppone, il *trust* potrebbe essere considerato, in relazione alla giurisprudenza che si è ormai consolidata in Inghilterra a Jersey e in altre importanti *trust countries* (Australia, Canada, New Zealand, etc.) come privo di effetto, perché qualificabile come *sham*. Questo problema non può essere certamente affrontato in questa sede, ci limitiamo quindi ad alcune brevi considerazioni.

In linea di massima, un *trust* può considerarsi *sham* (fittizio, apparente, non adeguato) quando il disponente mantiene il controllo effettivo dei beni in *trust* e ne dispone come cosa propria, riservandosi troppi poteri nell'atto istitutivo o contando sulla disponibilità del *trustee* a seguire le sue indicazioni, in base ad accordi riservati o anche soltanto in linea di fatto ⁽⁵¹⁾.

Ricordiamo, ad esempio, che nell'ordinamento di Jersey, in un caso più volte citato e ormai molto noto ⁽⁵²⁾, si conferma che se il *settlor* si riserva una *mole eccessiva* di "poteri" si viola una regola di fondo del *trust* di antica origine che addirittura i redattori della sentenza considerano di "ascendenza normanna", richiamando, in effetti, proprio il principio da cui hanno tratto origine i nostri approfondimenti: *donner et retenir ne vaut* ⁽⁵³⁾.

Il "*trust sham*" non può essere semplicisticamente qualificato come un "*trust simulato*" ⁽⁵⁴⁾. Ora, in certi casi gli *accordi tra le parti* sembrano al centro degli interessi dei giudici e questo può avvicinare la nozione di *sham trust*, sia pure in modo non del

⁽⁵¹⁾ Il *trustee* può assumere questo tipo di comportamento sia in base ad accordi non scritti, sia per l'inertia nel compiere le attività di sua competenza. Queste negligenze (*laches*) consentono al *settlor* di amministrare, di fatto, i beni nella titolarità del *trust*. Anche la *doctrine of laches* non è facile da riassumere o razionalizzare per un *civil lawyer*: si tratta di un *remedy* dell'*equity* e, come tutti i rimedi dell'*equity*, è concesso discrezionalmente dal giudice. La *doctrine of laches* è comunque particolarmente complessa anche nel sistema inglese. Cfr. su questi problemi, in linea generale, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., 32 ss. e par. 88 ss. Cfr. anche A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, cit., 265 ss.

⁽⁵²⁾ Rahman vs. Chase Bank Co. Ltd. (1981, JLR, 103).

⁽⁵³⁾ Si noti anche che la legge di Jersey è tra quelle più portate a ritenere legittime riserve di poteri in modo ampio da parte del *settlor* (art. 9 a), *Trust Jersey Law*, 1984, comma 2) ma certamente non in un caso come quello sopra considerato. Cfr. per un primo orientamento, di recente, A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, cit., 262 ss. Vd. anche sul punto, la pronuncia del Tribunale di Milano 16 giugno 2017 n. 6776, citata in *Trusts*, 2018, 2, 183 ss. secondo cui la presunta *eccessiva ingerenza* mantenuta da un disponente nella vita di un *trust*, regolata dalla legge di Jersey, non determina la nullità del *trust* in quanto tale legge non prevede l'eccesso di ingerenza del disponente, in linea generale, come motivo di validità del *trust*. Riteniamo, comunque, che per "mole eccessiva di poteri" si intenda far riferimento più al diritto del disponente di non assegnare beni al *trustee* riducendo quindi in larga misura le assegnazioni ai *beneficiaries* piuttosto che riservarsi i diversi *powers of appointment* previsti dall'art. 9 a) del *Trust Jersey Law* del 1984. Cfr. in linea generale, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trusts*, cit., 98 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. le interessanti osservazioni di A. GAMBARO, *Il trust simulato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, n. 5, 485 ss. e in particolare 491; vd. anche M. PATRONE, *Il trust "sham" e il diritto civile*, in *Trusts*, 2019, 1, 34 ss.

tutto evidente, alla nozione di simulazione propria del nostro sistema (in sostanza anche di quello francese e tedesco); in altri casi, tuttavia, i giudici tengono in considerazione, prevalentemente, il comportamento successivo alla istituzione del *trust*, sottolineando oggettivamente, la mancanza dei requisiti ritenuti essenziali per la legittimità di un *trust* (requisiti riassunti, sia pure in linea generale, dagli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja) e questa impostazione non è sostanzialmente coerente con i nostri principi sulla simulazione⁽⁵⁵⁾.

iii) Nel caso che stiamo esaminando l'attribuzione di poteri da parte del *settlor* nel determinare la parte dei beni vincolati in *trust* da attribuire ai beneficiari, secondo le modalità fin qui indicate (potere di attribuzione) può rientrare certamente nei *powers of appointment* del disponente⁽⁵⁶⁾. Il *trust* costituito per raggiungere la finalità che stiamo esaminando sarebbe legittimo anche quando sia lasciata ancora al *settlor* la facoltà di non determinare subito la parte dei beni che dovrà essere trasferita definitivamente ai *beneficiaries*, comunicando al *trustee* le sue decisioni (eventualmente dopo aver sentito anche le opinioni del *protector*, se nominato). In questo caso, il *settlor* non trasferisce questi beni al *trustee*, ma si può riservare di trasferirli in futuro, fino a che non abbia deciso se esercitare o meno la riserva di disporre.

Una breve conclusione. Riteniamo che nel quadro di altre possibili soluzioni un *trust*, che sia organizzato secondo le linee guida fin qui indicate, possa realizzare in modo efficiente un'attribuzione liberale tale da essere ritenuta coerente ai principi sviluppati in questo studio sull'interpretazione dell'art. 790 c.c., attribuendo già una parte determinata *in modo definitivo* dei beni ai *beneficiaries* e una parte di minor valore (che resta affidata al *trustee*, con poteri finali peraltro già definiti) in un quadro complessivo di regolamento degli interessi in gioco, certamente conforme all'interpretazione che abbiamo ritenuto più corretta di quel principio (*donner et retenir ne vaut*) che pensiamo debba considerarsi ancora oggi una regola sostanzialmente

⁽⁵⁵⁾ Mi sembra corretta l'impostazione data da A. BRAUN, *Su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts*, 2006, 346 ss. che, in base ad un'analisi attenta della giurisprudenza, dal caso *Snooky London and West Riding Investments Ltd.*, con l'ormai celebre *dictum* di Lord Diplock (pubblicata anche in *Trusts*, 2006, 236 ss.), ritiene che il cuore dello *sham* sia rappresentato dal fatto che il *trust document* non corrisponde alle vere intenzioni del disponente in quanto "*made to appear what it was not*"; situazione diversa da quella in cui il disponente si riserva troppi poteri nell'atto istitutivo. I giudici (e ciò vale sia per l'Inghilterra che per l'isola di Jersey) danno effettivamente rilievo al processo volitivo (vicinanza con la nozione di simulazione nei sistemi di *civil law*) oppure è il comportamento durante la vita del *trust* a costituire l'elemento realmente rilevante? In questo ultimo caso la vicinanza al nostro concetto di simulazione è più problematica. (Cfr. A. BRAUN, op. ult. cit., par. 6, *Riflessioni conclusive*.) Cfr. anche I. VALAS, "*Sham trust*": richiesta di istruzioni alla Corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che il trust è "*sham*", in *Trusts*, 2006, 239 ss. Molto chiare le osservazioni di M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts*, 2011, 5, 469 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. A. BUSANI, *Il trust*, cit., 415 ss.

operativa, anche per determinare i confini tra operazioni di donazione con riserva di disporre valide ed operazioni non valide.

3. Affidamento fiduciario

Seguendo l'impostazione che abbiamo cercato di mettere a punto al precedente par. 1, ai punti i) e ii), l'attuazione del programma negoziale del donante può essere effettuata anche con un contratto di affidamento fiduciario, seguendo le linee guida di fondo che si sono ormai consolidate nella dottrina e nella prassi italiana ⁽⁵⁷⁾.

i) Con un contratto di affidamento fiduciario i beni non sono aggredibili dai creditori del donatario (come accade invece nella donazione con riserva di disporre) e, al tempo stesso, non sono aggredibili neanche da parte dei creditori del terzo affidatario, trattandosi di beni vincolati ad uno scopo con una destinazione trascritta, quando si tratti di beni immobili ⁽⁵⁸⁾. Di conseguenza, con un contratto di affidamento fiduciario i beni verrebbero attribuiti all'affidatario, e quindi segregati ⁽⁵⁹⁾.

L'affidatario potrà trasferire ai beneficiari (come nel caso indicato in precedenza del *trust* interno) quei beni che ritiene di poter definitivamente attribuire agli stessi, senza alcuna criticità, disponendo in seguito a loro favore degli ulteriori beni, solo quando il disponente abbia rinunciato ad esercitare la riserva di disporre. Se invece la riserva è esercitata, i beni accantonati verranno trasferiti al disponente.

Anche in questo caso, come nel *trust* interno, partiamo dall'idea che un trasferimento *immediato*, con una formale riserva di disporre, farebbe venire meno le ragioni che consigliano la messa a punto dell'affidamento fiduciario stesso.

Riteniamo, invece, che sia più adeguato agli interessi in gioco trasferire *subito* i beni sui quali non si ritenga vi siano particolari criticità, anche in caso di esercizio della riserva di disporre, trattenendo gli altri che restano attribuiti all'affidatario.

⁽⁵⁷⁾ Come è noto, la definizione delle principali linee guida di questa nuova tipologia fiduciaria è stata messa a punto, in modo completo e raffinato, da M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 285 ss. e ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 734 ss. Vd. anche ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513 ss. Sono pienamente in linea con le soluzioni di seguito indicate, E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 621 ss.; e ID., *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario (ovvero come si recupera una norma del Codice Civile)*, in *Riv. not.*, 2020, 249 ss. Per interessanti spunti su questo tema, cfr. anche P. PARDOLESI, *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, 5, 503 ss.; A. VICARI, *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I Contratti*, 2018, 3, 357 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in questo senso E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 621 ss. L'applicazione dell'art. 2645-ter c.c. alle fattispecie sopradescritte, tuttavia, può destare perplessità per le considerazioni già svolte nel mio lavoro, *Le operazioni fiduciarie*, Torino 2018, al quale mi permetto di rinviare.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., specialmente 311 ss.

La definizione dei beni, che ragionevolmente, dati gli interessi in gioco, non possono essere oggetto di trasferimento immediato, può essere rimessa alla valutazione dell'affidatario, che potrà sentire le parti interessate o i loro legali (per verificare i problemi in ordine alla congruità o meno della riserva di disporre).

Questa soluzione, come anche nel caso di un *trust* interno, può essere accolta senza problemi, qualora si ritenga che una parte importante dei beni, oggetto della donazione con riserva di disporre, debba essere attribuita in modo certo e definitivo al donatario, secondo i principi che fin qui abbiamo definito.

Se *dopo* l'esercizio della riserva di disporre (secondo le linee guida che dovranno essere indicate dal donante all'affidatario) residueranno altri beni, perché l'accantonamento è stato ritenuto troppo prudentiale, l'affidatario potrà provvedere con un ulteriore trasferimento ai donatari.

In questo quadro, il contratto di affidamento fiduciario, seguendo i principi che abbiamo fin qui cercato di definire, potrebbe attuare le stesse finalità che si possono conseguire con una riserva di disporre, ma in modo più articolato e più in linea con la volontà delle parti, evitando future possibili controversie ⁽⁶⁰⁾.

Si noti ancora che il trasferimento dei beni, che debbono essere attribuiti al donante, qualora intenda esercitare la riserva di disporre, tutela, in effetti, in modo efficiente il donante da eventuali problemi che potrebbero determinarsi per rischi o criticità anche a causa di iniziative dei creditori del donatario sui beni donati ⁽⁶¹⁾.

ii) Indichiamo di seguito, in breve, alcune possibili criticità.

In primo luogo, sotto il profilo fiscale, gli atti di trasferimento, dall'affidante all'affidatario, si ritengono tassabili, nella sostanza, secondo i principi ormai consolidati con riferimento alla tassazione delle attribuzioni di beni in capo ai *beneficiaries* nel *trust* interno. Questo principio, tuttavia, non si è ancora affermato in modo definitivo, anche se più volte giustificato dalla prassi amministrativa (segnatamente con risposte ad interpelli forniti da diverse direzioni regionali dell'Agenzia delle Entrate) ⁽⁶²⁾.

Occorre anche sottolineare che la stessa ammissibilità di contratti di affidamento fiduciario, nei modi sopra indicati, pur autorevolmente sostenuta con argomentazioni, a nostro avviso ineccepibili ⁽⁶³⁾, non è ancora definitivamente consolidata.

Tuttavia, è anche vero che nell'ipotesi in cui si decidesse di organizzare un affidamento fiduciario, secondo le modalità sopra indicate, gli interessi di tutte le parti

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *retro*, par. 1 e specialmente ii).

⁽⁶¹⁾ Cfr. E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre all'affidamento fiduciario*, cit., 626 ss. Situazione simile a quella che si determina costituendo un *trust* ma certamente con minori costi e problemi.

⁽⁶²⁾ Sul punto si rinvia allo Studio n. 38-2020/T del Consiglio Nazionale del Notariato redatto da A. PISCHETOLA, *Il contratto di affidamento fiduciario e fiscalità indiretta: dalla traslatività alla funzionalità*.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 311 ss.

coinvolte nell'operazione sarebbero ampiamente tutelati con soluzioni efficienti e con costi sostanzialmente limitati rispetto agli interessi in gioco. Si tratterebbe, nel complesso, di una soluzione più efficiente e meno costosa della costituzione di un *trust* interno.

Si noti che, anche nell'ipotesi di affidamento fiduciario, un limite di fondo potrebbe essere di nuovo correlato alla violazione del principio *donner et retenir ne vaut*, quando si dovessero stipulare accordi tra affidante e affidatario, tali da poter consentire all'affidante riserve di disporre *talmente ampie* da non potersi considerare legittime, secondo quanto abbiamo indicato al precedente par. 1.

Sottolineiamo tuttavia che, ove i dubbi di carattere fiscale possano essere risolti, l'affidamento fiduciario rispetterebbe i principi che si è cercato di mettere in evidenza con riferimento all'interpretazione dell'art. 790 c.c. in modo certamente corretto e con una semplicità e flessibilità più adeguata rispetto alla costituzione di un *trust* interno, con i caratteri precedentemente indicati.

Come per il *trust* interno, se i beni che dovranno essere oggetto dell'attribuzione sono trasferiti all'affidatario, il principio della segregazione dei beni affidati ⁽⁶⁴⁾ consentirà di affermare che i beni non appartengono ancora al beneficiario finale dell'attribuzione, cioè al donatario, con la conseguenza che gli stessi non sono aggredibili dai creditori di quest'ultimo, come invece può accadere nella donazione con riserva di disporre. D'altra parte, è principio ormai consolidato, che gli stessi beni non possono essere aggrediti dai creditori dell'affidatario, trattandosi di beni ormai vincolati ad uno scopo ⁽⁶⁵⁾.

4. Negozio fiduciario

i) Non è escluso, infine, che lo stesso programma di attribuzione liberale, che è regolato dall'art. 790 c.c., possa essere attuato con un tradizionale contratto fiduciario.

La legittimità dei contratti fiduciari, definiti come "riservati" (perché destinati a non essere dichiarati ai terzi) può essere affermata senza problemi nel sistema italiano, sia con riferimento ad una giurisprudenza consolidata da oltre ottant'anni, sia con riferimento ad una importante parte della dottrina civilistica ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 303 ss.; ID., *Donazioni con riserva di disporre*, cit., 1171 ss.; ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, cit., 734 ss.

⁽⁶⁵⁾ Se si tratta di beni immobili, il trasferimento all'affidatario potrà essere trascritto applicando, per analogia, l'art. 2645-ter c.c., considerando i beni affidati come costitutivi di un vincolo di destinazione. Cfr. su questo punto ancora M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 329-332.

⁽⁶⁶⁾ Con "contratto fiduciario riservato" mi riferisco a tutte le operazioni fiduciarie che comportino l'attribuzione di beni a seguito di un incarico dato ad un fiduciario, che resta *riservato* tra le parti e non opponibile ai terzi. Questa impostazione segue la tradizione classica del negozio fiduciario ove permane, come tratto caratteristico, una possibilità di "abuso" da parte del fiduciario e l'esistenza di accordi fiduciari è mantenuta comunque riservata nei

D'altra parte, si può anche constatare che vi sia ormai una *tipizzazione* di diversi *accordi fiduciari riservati*, con particolare riferimento ad attribuzioni liberali attraverso accordi fiduciari ⁽⁶⁷⁾.

ii) Per attuare, attraverso un'operazione fiduciaria, una donazione con riserva di disporre, ex art. 790 c.c., si potranno trasferire ad un fiduciario i beni oggetto dell'incarico. Il fiduciario si obbligherà a trasferire *subito* i beni che potranno essere definitivamente attribuiti al beneficiario, secondo i criteri messi a punto fin qui. I beni che resteranno nella disponibilità del fiduciario, per far fronte a ulteriori richieste del donante, quando questi dovesse decidere di chiederne il trasferimento in base alla riserva di disporre, verranno definitivamente attribuiti al donante che dovesse esercitare la riserva o ai donatari, quando la riserva di disporre non fosse più operativa, perché il donante vi ha rinunciato o perché è mancato prima dell'esercizio dei poteri a lui riservati. Anche in questa ipotesi, la suddivisione dei beni in due lotti, uno da attribuire *subito* ai donatari, l'altro da *riservare* al fiduciario, affinché possa essere garantito l'esercizio della riserva di disporre in capo al fiduciante e possano attuarsi le decisioni di quest'ultimo, ove intenda esercitare i diritti che si è riservato, è certamente più in linea rispetto ai principi esposti ampiamente in precedenza.

D'altra parte, un'operazione così congegnata appare maggiormente conforme al principio *donner et retenir ne vaut*, perché consente di assicurare al donatario una *parte certa* dei beni (oggetto della riserva di disporre) e adeguata ai valori che abbiamo cercato di definire in precedenza, consentendo al donante l'esercizio delle sue facoltà in modo adeguato sui beni che restano ancora nella titolarità del fiduciario ⁽⁶⁸⁾.

confronti dei terzi. (Su questo tema mi sia consentito rinviare al mio contributo, *Le operazioni fiduciarie*, Torino 2018).

⁽⁶⁷⁾ Per un'analisi dei problemi e delle criticità che si possono determinare in questi casi, sottolineando che vi sono ormai accordi tra fiduciante e fiduciario, sulla cui legittimità non vi possono essere dubbi, perché si tratta di accordi consolidati da tempo nella prassi, in linea con la giurisprudenza che, nelle sue linee fondamentali, non è sostanzialmente mutata da decenni, cfr. N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, cit., cap. II, par. 2.2 ss.

⁽⁶⁸⁾ E' noto che di recente la stessa legittimità dei contratti fiduciari riservati, è stata posta in dubbio. Cfr. soprattutto M. LUPOI, *Affidamento fiduciario*, cit., 139 ss. Vd. anche P. PARDOLESI, *Trust, fiducia e contratto di affidamento*, cit., 512 ss.

La maggioranza dei giuristi, peraltro, ne ammette tuttora la validità, sia pure con limiti che non possiamo indicare e approfondire in questa sede. La giurisprudenza della Cassazione è ormai definitivamente orientata in senso positivo anche in questi ultimi anni. Cfr., ad esempio, Cass. SS.UU. 6 marzo 2020, con nota di U. MORELLO, *La ricognizione degli accordi fiduciari in Notariato*, 2020, 290 ss.

Certamente esistono alcuni problemi in ordine alla validità di accordi fiduciari che necessitano di una verifica attenta. Mi sia consentito rinviare ancora al mio lavoro, *Le operazioni fiduciarie*, cit., par. 2.1 ss. In particolare, sottolineo la perdurante illegittimità di operazioni fiduciarie con caratteristiche tali da dare luogo, nella sostanza, ad una *interposizione fittizia*; segnatamente quando il fiduciante si riserva *sostanziali* poteri di amministrazione dei beni affidati al fiduciario, che appare quindi come un mero *interposto fittizio*. Posizioni analoghe su questo punto sia in

I costi delle operazioni coneggiate nei modi sopra indicati normalmente sono inferiori a quelli che di solito occorre prevedere per mettere a punto, in modo efficiente, un *trust* interno od anche un affidamento fiduciario, secondo le linee guida indicate in precedenza. Come si è già detto, resta ovviamente, il problema delle criticità che un'operazione fiduciaria necessariamente comporta, con riferimento alla cosiddetta "possibilità di abuso del fiduciario", che può non adempiere correttamente alle obbligazioni assunte ⁽⁶⁹⁾.

Non vediamo, invece, particolari criticità con riferimento alla normativa antiriciclaggio perché il fiduciario (come l'affidatario o il *trustee*) hanno precisi obblighi di effettuare le segnalazioni dovute nel complesso sistema della normativa definita dalle direttive GATI e delle regole messe a punto dalla Banca d'Italia ⁽⁷⁰⁾.

5. Conclusioni

E' evidente che in tutti i casi che abbiamo da ultimo considerato (*trust* interno, affidamento fiduciario, negozio fiduciario riservato) la possibilità di individuare i beni che possono essere *subito* trasferibili al donatario e i beni che invece è opportuno che *restino* nella titolarità del *trustee*, dell'affidatario o del fiduciario, a garanzia dell'eventuale esercizio relativo alla riserva di disporre del donante, è un punto cruciale, che merita un'attenta valutazione e che comporta, comunque, una organizzazione degli interessi in gioco certamente più efficiente di quella che si può conseguire mediante un normale contratto di donazione con riserva di disporre, ex art. 790 c.c.

La realizzazione di una donazione con riserva di disporre (secondo le linee guida di cui sopra) può considerarsi legittima solo laddove consenta una netta separazione tra i beni *definitivamente* donati e quelli che restano ancora nella disponibilità del donante, fino a che lo stesso non decida di esercitare la riserva di disporre o di rinunziarvi (o, infine, quando si apra la sua successione, senza che la riserva sia stata esercitata). Il trasferimento di beni "riservati" al *trustee*, all'affidatario o al fiduciario attribuisce certamente maggiori garanzie sia al donante che al donatario. Al donante, perché evita le criticità che un'amministrazione inefficiente del donatario possa compromettere i beni oggetto della riserva di disporre, al donatario, perché gli assicura l'attribuzione di beni in modo definitivo, quando decida di chiederne l'attribuzione.

Francia che in Germania. (Cfr. N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, cit., cap. IV, par 4.2 ss. per l'esperienza tedesca e par. 4.6 ss. per l'esperienza francese).

⁽⁶⁹⁾ Questo problema, tuttavia, può essere risolto in modo soddisfacente con la messa a punto di garanzie che il fiduciante può ricevere dal fiduciario. Cfr. N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, cit. cap. II, par. 2.1 e 2.2.

⁽⁷⁰⁾ Come è noto, il d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231, interpretato con successive disposizioni e linee guida messe a punto dall'UIF (Unità di Informazione Finanziaria) e dal provvedimento n. 616 del 24 agosto 2010 della Banca d'Italia indica 21 punti molto chiari applicabili certamente anche alle operazioni fiduciarie riservate oltretutto, ovviamente, ai *trust* interni ed agli affidamenti fiduciari.

In sintesi e per concludere.

Abbiamo contestato la prassi che si sta consolidando nel nostro Paese, segnatamente negli ultimi decenni, di considerare legittima la riserva di disporre, ex art. 790 c.c., anche quando abbia oggetto beni di rilevante valore sul complesso dei valori donati. Riteniamo invece che la riserva di disporre debba riguardare beni di valore limitato.

Abbiamo proposto un limite empirico, indicando meno della metà del valore dei beni donati. Abbiamo sottolineato che valori più alti non possono essere ammessi senza far ritenere la riserva di disporre come una revoca *sostanziale* della donazione, superando i limiti che, eccezionalmente, l'art. 790 c.c., riprendendo un'antica tradizione, consente.

La stessa lettera della legge; la *ratio* della norma che trae le sue origini dal sistema francese di prima dell'Ottocento; l'assenza di giurisprudenza che possa dar spazio a tesi più liberali; le ragioni sostanziali che abbiamo svolto con riferimento al principio ancora attuale *donner et retenir ne vaut*; la perdurante rigidità del principio della irrevocabilità delle donazioni, ci portano a queste conclusioni.

Si è preso atto che nel nostro Paese si sta consolidando una tesi più liberale, che porta a ritenere legittime donazioni con riserva di disporre anche di rilevante entità, ma non riteniamo che questa tendenza vada incoraggiata. Ci rammarichiamo di non poter dare soluzioni *certe*, lasciando all'interprete la valutazione della sottile *linea rossa* che può far ritenere una riserva di disporre valida (perché i beni definitivamente attribuiti al donante superano almeno la metà del valore dei beni complessivi donati) e una riserva di disporre non valida (perché questo limite è obbiettivamente superato).

Abbiamo indicato in precedenza (par. 1., iv) le linee guida che possono essere applicate per recuperare la validità delle donazioni con una riserva di disporre giudicata eccessiva.

Pensiamo, tuttavia, che nella prassi non sia difficile mettere a punto soluzioni che possano dare più spazio all'autonomia privata ⁽⁷¹⁾, conseguendo finalità simili a quelle che non possono essere raggiunte, applicando in modo corretto l'art. 790 c.c. ⁽⁷²⁾.

Consideriamo la possibilità, come accade anche in Francia ⁽⁷³⁾, di ricorrere ad una donazione modale (art. 790 c.c.) con obbligazioni specifiche a carico del donatario e a favore del donante. Non vi è dubbio, crediamo, che il *modus possa essere stabilito* in termini tali da comportare sia obbligazioni in senso tecnico (artt. 1218 ss. c.c.) sia condizioni risolutive che riguardino somme o una parte dei beni donati.

⁽⁷¹⁾ Cfr. per il sistema francese la nota 10.

⁽⁷²⁾ Si pensi alla gestione di valori mobiliari affidati a società fiduciarie o a imprese di investimento mobiliare, o a polizze assicurative, all'impiego delle regole applicabili al contratto a favore di terzi, con particolare riferimento alle possibilità di revoca anche dopo la morte dello stipulante con adeguate disposizioni testamentarie.

⁽⁷³⁾ Sia pure in un contesto non del tutto simile al nostro, cfr. nota 13.

Se i beni donati sono trasferiti nel quadro di una donazione indiretta, le possibilità del donante sono di nuovo molto ampie ⁽⁷⁴⁾.

L'approfondimento di questi punti comporterebbe analisi complesse, ben oltre i limiti che ci siamo dati con questo breve contributo. Si tratta, peraltro, certamente di tematiche che meriterebbero una compiuta indagine.

Bibliografia

ASCOLI A., *Trattato delle donazioni*, Milano 1935.

AZZARITI F.S., MARTINEZ G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1979.

BALBI G., *La donazione*, in *Trattato Diritto Civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano 1964, 56 ss.

BAUDRY-LACANTINERIE G., *Trattato teorico pratico di diritto civile, delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, Trad. it., Milano 1898.

BIONDI B., *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1961, 865 ss.

BRAUN A., *Su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts*, 2006, 346 ss.

BRENNER C., *La succession, in 1804-2004, le Code Civil*, éd. Panthéon-Assas, 2004, n. 27, 427.

BUSANI A., *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, Padova 2020.

BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese*, Padova Venezia Treviso 14-15-16 giugno 2001, Vol. I, 2003, 225-256.

CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. VI, 2°, Torino 1997, 535 ss.

CIAN G., *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969.

COUTUME DE PARIS, art. 274, (*Donner et retenir ne vaut*) e art. 278 ("*C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par luy donnée, ou qu'il demeure en possession, jusques au jour de son décès*").

(74) Si pensi ai seguenti casi: Tizio vende, con prezzo dilazionato, a Caio l'immobile A (valore 1000) e l'immobile B (valore 1500), quindi rinuncia al pagamento per il bene A (perfezionando una donazione indiretta) e si riserva di chiedere il pagamento per il bene B a sua discrezione dichiarando che in caso di morte il debito è comunque rimesso.

- DEMOLOMBE C., *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 4^e éd., Vol II, Paris 1872/1873, p. 173 ss.
- DROSS W., *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 25.
- FRANCO R., *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Europa e diritto privato*, 2018, 595 ss.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Vol. II, 93 ss.
- GALGANO F., VISINTINI G., *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Libro quarto: Obbligazioni art.1372-1405, Bologna 1993, 66 ss., e 93 ss.
- GAMBARO A., *Trust (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Vol. XIX, Torino 1999, 465 ss.
- GAMBARO A., *Il trust simulato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, n. 5, 485 ss.
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Pietro Schlesinger, Milano 1991, 113 ss.
- LÉCUYER H., *L'irrévocabilité spéciale des donations*, MéL P. Catala, 2001.
- LONGOBUCCO I., *Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto*, in *Foro nap.*, 2017, 407 ss.
- LUPOI M., *Donazione con riserva di disporre. Modello di contratto di affidamento fiduciario*, in *Vita not.*, 2016, 1171 ss.
- LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano 2014.
- LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513 ss.
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova 2019.
- LUPOI M., *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts*, 2011, 5, 469 ss.
- LUPOI M., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 734 ss.
- LUPOI M., TASSANI T., *Il cd. "scioglimento consensuale" del trust: diritto civile e diritto tributario*, in *Trusts*, 2020, 5 ss.
- MALAURIE P., AYNÉS L., *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., Paris 2016.
- MORELLO U., *La donazione con riserva di disporre: le regole, la prassi (un'antica norma rivisitata)*, in *Notariato*, 2015, 4, 376 ss.
- MORELLO U., *La ricognizione degli accordi fiduciari in Notariato*, 2020, 290 ss.
- MOSCATI E., *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Vol. 21, 6, 2020, 609 ss.

MOSCATI E., *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario (ovvero come si recupera una norma del Codice Civile)*, in *Riv. not.*, 2020, 249 ss.

NATALE A., *La donazione con riserva di disporre, una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Famiglia, pers. e succ.*, 2012, 125 ss.

NATALE A., *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, Vol. VI, Milano 2009, 929 ss.

PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, 5, 503 ss.

PARODI N., *Le operazioni fiduciarie*, Torino 2018.

PATRONE M., *Il trust "sham" e il diritto civile*, in *Trusts*, 2019, 1, 34 ss.

POTHIER R.J., *Des donations entre vifs*, in *Traité des obligations*, Orléans, Vol. 2, 1768.

SALINIÈRE C., *La réversibilité des donations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, 21.

STUDIO n. 38-2020/T del Consiglio Nazionale del Notariato redatto da A. Pischetola, *Il contratto di affidamento fiduciario e fiscalità indiretta: dalla traslatività alla funzionalità*.

TASSANI T., *Consolidamento giurisprudenziale e nuove prospettive interpretative per trust e vincoli di destinazione*, in *Corriere tributario*, 2019, 865 ss.

TASSANI T., *Le diverse tipologie di imposizione del trust in "entrata" e in "uscita"*, in *Trusts*, 2020, 361 ss.

TASSINARI F., *La donazione con riserva di disporre di cose determinate nell'attività notarile*, in *Atti del Convegno Insignum*, 2016.

VALAS I., *"Sham trust": richiesta di istruzioni alla Corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che il trust è "sham"*, in *Trusts*, 2006, 239 ss.

VICARI A., *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I Contratti*, 2018, 3, 357 ss.

ZOPPINI A., *La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 223 ss.