

7. PRASSI NOTARILE

casi e questioni

7.1. I PROFILI DI CRITICITA' NELLA CIRCOLAZIONE DEI BENI DI PROVENIENZA DONATIVA ANCHE CON RIFERIMENTO AGLI ATTI DI LIBERALITA' INDIRETTE ALLA LUCE DI CASS. CIV. SENT. SEZ. 2, 11 FEBBRAIO 2022, N. 4523

di Antonio Testa

LE PREMESSE

Le annose problematiche che si pongono dinanzi al notaio e alle stesse parti contraenti nelle ipotesi in cui oggetto di un atto dispositivo abbia, quale titolo di provenienza, una donazione, ha probabilmente spinto il legislatore ad una revisione delle norme preposte alla tutela del legittimario che si ritenga leso dall'atto donativo posto in essere dal proprio congiunto.

In tal modo, con la legge 14 maggio 2005 n. 80, si è assistiti, non ad una "rivoluzione" che, nel contemperare le esigenze di certezza del traffico giuridico e le esigenze derivate dagli interessi dei legittimari, avrebbe dovuto condurre ad un valido effetto compromissorio tra tali contrapposte posizioni di tutela, ma ad un semplice "aggiustamento", peraltro abbastanza contorto, sia sotto il profilo linguistico, sia sotto il profilo degli effetti sostanziali, nell'ambito dei mezzi di tutela del legittimario che si esauriscono nell'azione di riduzione ed in quella di restituzione, entrambe finalizzate alla reintegrazione della quota di riserva.

La giurisprudenza, da parte sua, nel tempo trascorso tra l'introduzione della mini-riforma del 2005 ad oggi, non è mancata di conclusioni che hanno messo "alle corde" taluni *escamotage* che nella pratica venivano utilizzati per apprestare una qualche garanzia all'acquisto del terzo, in presenza di una provenienza donativa. Sul punto, si vedano, per tutte, le conclusioni cui è giunto il Tribunale di Mantova, Sezione civile che, con sentenza 24 febbraio 2011 n. 228, ha escluso la validità della prestazione di una fideiussione da parte del donante a favore del beneficiario della disposizione potenzialmente lesiva dei diritti dei legittimari.

Partendo dalla tutela del legittimario, il quadro normativo oggi in essere prevede essenzialmente tre “stadi” distinti, suscettibili, ciascuno, di essere isolati in una propria autonomia funzionale ed operativa.

In primo luogo, quale mera attività “contabile”, preventiva rispetto all’**azione di riduzione vera e propria** (contemplata dagli articoli 555 – 557 – 559 – 560 C.C.), si pone la cosiddetta “**riunione fittizia**”. Essa ha lo scopo, attraverso una verifica matematica dei valori, avente natura di mero accertamento contabile, di individuare la sussistenza delle condizioni oggettive per l’esercizio dei rimedi posti a tutela della lesione subita dal legittimario. Mediante la cd. “riunione fittizia”, si verifica se, alla luce dell’asse ereditario relitto e di ciò che il de cuius in vita ha disposto gratuitamente a favore del legittimario (salvo il caso dell’espressa esclusione dalla “imputazione ex se”) e alla luce degli eventuali atti posti in essere dal de cuius a favore di un terzo, diverso dal legittimario, si sia prodotta, o meno, una violazione della quota di spettanza del legittimario che intenda agire in riduzione a seconda che, l’atto dispositivo a titolo gratuito, effettuato a favore degli stessi legittimari e/o di terzi, abbiano, oppure no, esuberato dal valore della quota disponibile.

L’eventuale esito positivo, nel senso di un accertamento della effettiva violazione della quota di spettanza del legittimario, di questa prodromica valutazione degli effetti matematico-economici degli atti posti in essere in vita dal de cuius (atti di liberalità a favore dei legittimari e/o di terzi), consente di aprire il varco all’azione di riduzione che rappresenta il secondo “stadio” a cui si accennava poc’anzi.

L’azione di riduzione, promossa dal legittimario praeterito o, addirittura, pretermesso, è finalizzata alla riduzione, appunto, in prima battuta delle disposizioni testamentarie eccedenti la quota disponibile e poi, qualora ciò non bastasse a reintegrare la quota del legittimario leso, essa è finalizzata alla riduzione del valore delle donazioni eventualmente effettuate in vita dal de cuius che abbiano ecceduto la quota disponibile.

A questo punto, considerato che l’azione di riduzione, se esperita vittoriosamente dal legittimario leso, si ferma ancora ad una mera “*sanzione*” ideale ed astratta (la determinazione di quanto debbano ridursi le disposizioni testamentarie e/o gli effetti degli atti donativi), senza ancora determinare alcuna materiale distrazione di beni dal patrimonio di un soggetto (il beneficiario delle disposizioni lesive), a favore del patrimonio di altro soggetto (il legittimario leso), la naturale prosecuzione della procedura di tutela patrimoniale del legittimario, sfocia nella sua terza fase: **l’azione di restituzione**, idonea al materiale recupero, al patrimonio dell’agente leso nella

quota di legittima di propria spettanza, del valore di cui la propria quota di riserva sia stata illegittimamente decurtata.

Pertanto, mentre dall'azione di riduzione non derivano modificazioni patrimoniali, né del patrimonio del beneficiario della disposizione lesiva, né, tanto meno, del patrimonio del legittimario leso, assumendo, l'azione di riduzione, pertanto una mera natura "personale" e non "reale", in quanto, appunto, non incide su alcun bene che sia entrato a far parte del patrimonio di un determinato soggetto, all'inverso, l'azione di restituzione assume natura reale.

E' opportuno valutare, altresì, come, con riferimento all'azione di restituzione, questa, a sua volta, in relazione agli effetti cui potrà condurre, si distingue a seconda che il bene oggetto della donazione si trovi ancora nel patrimonio del donatario (artt. 561 – 562 C.C.) (*azione di restituzione promossa contro il beneficiario della disposizione lesiva*), oppure sia passato dal patrimonio del donatario a quello di un terzo a cui lo stesso donatario abbia alienato quanto ricevuto per donazione dal de cuius (*azione di restituzione promossa contro il terzo avente causa dal beneficiario della donazione lesiva ex art. 563 C.C.*).

Detto ciò, è opportuno ricordare due elementi che caratterizzano la possibilità di agire in riduzione e le conseguenze primarie della volontà di esperire l'azione di restituzione. In primo luogo è d'uopo ricordare che il presupposto necessario all'esperimento dell'azione cautelare è, ai sensi dell'articolo 564 C.C., l'accettazione dell'eredità, da parte del legittimario agente, con il beneficio dell'inventario. In secondo luogo, qualora il donatario della disposizione lesiva avesse alienato il bene, il cui valore ha determinato la lesione della quota di riserva, ad un terzo, il legittimario leso, potrà agire nei confronti del patrimonio del terzo alienatario del bene, ma a due condizioni: a) che abbia prima infruttuosamente escusso il patrimonio del beneficiario della disposizione lesiva (e che, pertanto, non abbia potuto reintegrare il proprio patrimonio nemmeno "per equivalente"); b) che accetti, al posto della materiale restituzione del bene da parte del terzo, alienatario a titolo oneroso del bene donato al proprio dante causa dal de cuius, la semplice restituzione del suo equivalente in denaro.

LE NOVITA' DELLA RIFORMA DEL 2005: IL TERMINE VENTENNALE DALLA TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI DONAZIONE E L'ATTO DI OPPOSIZIONE ALLA DONAZIONE

La Novella del 2005 interviene, in prima battuta, con l'introduzione di un termine, costituito dal ventennio dalla trascrizione dell'atto di donazione, decorso il quale,

secondo quanto “a contrario” si desume dal nuovo disposto del primo comma dell’articolo 563 C.C., non è più possibile esigere, da parte del legittimario leso, la restituzione del bene di provenienza donativa (o del suo valore equivalente), dal terzo al quale quel bene fosse stato ceduto dal donatario. Sicché, il decorso del termine ventennale dalla trascrizione dell’atto di donazione, rende definitivamente certo l’acquisto del terzo e l’unica tutela rimasta al legittimario, sarebbe quella di escutere fruttuosamente il patrimonio del donatario.

Tuttavia la disposizione presenta un primo problema di natura terminologica. Si riscontra, infatti, nel primo comma dell’articolo in esame, una vera e propria discrasia tra i termini tecnico-giuridici adoperati con riferimento all’acquisizione del bene al patrimonio del terzo. Se, infatti, dapprima, il testo della norma in esame utilizza il termine generico “alienazione” (“Se i donatari contro i quali è stata pronunciata la riduzione **hanno alienato a terzi** gli immobili donati [...])”, con il che sarebbe fatto salvo e definitivo l’acquisto in capo al terzo, qualunque fosse stato il titolo attributivo della titolarità del bene (è risaputo che, nel termine “alienare” si ricomprenda, sia l’acquisto effettuato a titolo gratuito, che quello effettuato a titolo oneroso), subito dopo, la medesima norma, con riferimento al terzo, attuale titolare del bene donato, fa riferimento al termine “acquirente” (“[...] il legittimario, premessa l’escussione dei beni del donatario, può chiedere **ai successivi acquirenti [...]**”).

Da una valutazione complessiva della portata della norma, se ne dovrebbe concludere che la discrasia terminologica presente nel testo letterale sia esclusivamente dovuta all’utilizzo di un linguaggio giuridico poco tecnico, restando sempre, quale finalità della nuova disposizione, la volontà di rendere definitiva e certa l’acquisizione del bene al patrimonio del terzo, una volta decorso il termine ventennale dalla trascrizione dell’atto di donazione. Infatti, ragionando “a contrario” rispetto al tenore letterale della norma (e fermi comunque restando le ulteriori conseguenze di un atto a titolo liberale posto in essere tra il primo donatario ed il terzo, ulteriore donatario, alla luce delle norme poste a tutela dei legittimari, ma – stavolta - con il solo riferimento ai legittimari del soggetto donante ulteriore), se, in mancanza del trascorrere di un termine ventennale, il legittimario che abbia agito in riduzione contro il donatario, qualora questi abbia alienato (non importa, pertanto, se a titolo gratuito od oneroso) il bene al terzo, potrà agire addirittura contro l’acquirente (e dunque contro il terzo che abbia acquistato a titolo oneroso) chiedendogli la restituzione del bene (con l’ovvia conseguenza di arrecare al terzo un doppio danno, posto che il terzo dovrà restituire al legittimario agente il bene che egli ha già pagato o il suo equivalente in denaro), è evidente come, a maggior ragione, tale restituzione potrà essere richiesta anche quando il terzo abbia avuto alienato il bene a titolo

gratuito (in tal caso essendo, il danno patito dal terzo, sensibilmente ridotto). Analogamente, pertanto, dalla lettura “a contrario” della norma, quando fossero trascorsi venti anni dalla trascrizione dell’atto di donazione, l’acquisizione effettuata dal terzo, in mancanza di specifiche e segnalate eccezioni poste dalla norma, resta ferma, sia quando egli abbia acquistato per atto a titolo oneroso, sia quando egli abbia acquisito il bene mediante trasferimento a titolo di liberalità.

In secondo luogo, sarebbe opportuno individuare la natura – prescrizione o di decadenza – del termine ventennale indicato.

Sotto questo aspetto, deve premettere che l’azione di riduzione non prevede, almeno *per tabulas*, alcun termine prescrizione. Né il nuovo termine ventennale introdotto dalla riforma, costituisce termine prescrizione per l’azione di riduzione. Esso, infatti, non incide sulla proponibilità dell’azione, ma esclusivamente su talune conseguenze che, sugli effetti restitutori, si determinano quando l’azione di restituzione fosse promossa decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione.

Secondo la prevalente dottrina, tuttavia, l’azione di riduzione rinverrebbe il proprio termine prescrizione ordinario decennale, dalla disposizione generale di cui all’articolo 2946 C.C. Il problema resta quello di stabilire quale sia il “dies a quo” dal quale far partire tale termine decennale. La S.C., investita da tale problema, ha risposto, con una Sentenza a Sezioni Unite, che tale termine prescrizione vede coincidere il proprio “dies a quo” con la data di accettazione dell’eredità da parte dei chiamati. A questo punto è importante sottolineare come tale decisione giurisprudenziale, per un verso, potrebbe allungare notevolmente il tempo a disposizione del legittimario (il quale ha dieci anni di tempo dall’apertura della successione per decidere se accettare, o meno, l’eredità) che intenda agire in riduzione, decrementando la certezza del traffico giuridico, per altro verso, potrebbe determinare l’impossibilità per il legittimario di agire, qualora l’accettazione da parte degli altri chiamati sia stata effettuata nel termine coincidente con la prescrizione del proprio diritto di agire in riduzione.

Ora, a parte la considerazione che la norma di cui all’articolo 2946 C.C. si riferisce alla prescrizione dei diritti, e non alle prescrizioni delle azioni, laddove l’Ordinamento fissa – di solito - dei termini prescrizione autonomi per la decadenza dal potere di agire, v’è da considerare un elemento che si pone ancora più a monte. Ai sensi dell’articolo 564 C.C., il legittimario che intenda agire in riduzione deve preventivamente accettare l’eredità col benefico d’inventario. Ciò significa che il vero termine (che più che di prescrizione ha il sapore di un termine di decadenza) trascorso il quale non è più possibile agire in riduzione, coincida con il termine

prescrizionale previsto per l'accettazione dell'eredità (10 anni dal giorno dell'apertura della successione, ex art. 480 C.C.).

Il corollario di quanto sostenuto è che, il decorso di dieci anni dal giorno dell'apertura della successione ereditaria del donante, senza che alcuno dei di lui legittimari abbia accettato l'eredità, rende certezza definitiva all'acquisto del donatario e/o dell'eventuale terzo a cui il donatario abbia alienato il bene proveniente dalla donazione effettuataagli.

Apparentemente, una questione difficilmente superabile si pone per il caso di una accettazione tacita dell'eredità di colui che abbia effettuato un atto di liberalità in vita. Comunemente si ritiene, infatti, che l'accettazione dell'eredità che si rinvenga in dipendenza di un fatto concludente, quale potrebbe essere un atto di disposizione avente ad oggetto un bene ereditario, determina piena efficacia anche quando effettuata oltre il termine decennale dall'apertura della successione ereditaria. Ciò, come ovvio, potrebbe generare ulteriori problematiche di incertezza "sine die" della certezza dell'acquisizione del diritto da parte del beneficiario della donazione e, peggio, da parte dell'avente causa da quest'ultimo. Invero, tuttavia, il problema che ci si pone è, in relazione a quanto affermato sopra circa il termine di decadenza per l'esperimento dell'azione di riduzione, del tutto ultroneo. L'adempimento da parte del legittimario agente in riduzione che è prodromico rispetto all'esperimento di tale azione, infatti, è – a norma dell'articolo 564 C.C. – l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Il che non può che essere un adempimento esclusivamente collegato ad una forma espressa di accettazione dell'eredità.

Altra questione che la Novella legislativa lascia priva di alcuna concreta risposta, con riferimento alla introduzione del termine ventennale dalla trascrizione dell'atto di donazione per gli effetti di cui alla seconda parte del primo comma dell'articolo 561 C.C. e per quelli di cui al primo comma dell'articolo 563 C.C., pone in essere una aperta discrasia con i principi generali dell'Ordinamento in materia di usucapione.

Se, secondo i principi codicistici, esiste una norma (art. 1158 C.C.) che sancisce l'acquisto della titolarità di un diritto reale, per effetto del possesso di tal diritto, esercitato ininterrottamente (e senza contestazioni) per un periodo ultraventennale, non si comprende come mai tale principio, alla luce delle norme sull'azione di riduzione e di restituzione, così come novellate nel 2005, possa essere conservato solo nei confronti dell'alienatario del diritto acquisito dal donatario del de cuius, ma non sortisca sostanzialmente alcun effetto nei confronti di chi subisca l'azione di riduzione e di restituzione, in qualità di donatario che conservi ancora nel proprio patrimonio il bene donatogli, contro il quale è diretta l'azione restitutoria. Ma, di più.

sembra ancora più aberrante come, alla luce della Novella, vengano del tutto cancellati gli effetti dell'usucapione abbreviata decennale (art. 1159 C.C.) consistenti nell'acquisizione della titolarità di un diritto reale, una volta trascorsi dieci anni dalla trascrizione del titolo di acquisto, in astratto valido al trasferimento del diritto, sebbene, in concreto, inefficace in quanto trasmissione derivante "a non domino", in presenza di buona fede da parte dell'acquirente. E se l'obiezione consistesse nella valutazione del termine "acquista", espresso dall'art. 1159, quale termine che indica esclusivamente un acquisto a titolo oneroso e non gratuito (rendendo, pertanto, la norma dell'art. 1159 C.C., inapplicabile a favore del beneficiario della donazione), continua ad essere incomprensibile come, la disposizione in commento, non debba trovare applicazione a favore del terzo che abbia acquistato a titolo oneroso dal beneficiario della donazione, il bene a quest'ultimo donatogli dal de cuius, quando siano ormai trascorsi dieci anni dalla trascrizione dell'atto di alienazione a favore di tale terzo.

Ma, la questione che rischia di mettere a tacere, con riguardo alla certezza dei traffici giuridici di un bene di provenienza donativa, tutto quanto sin qui asserito, lo si ritrova al quarto comma del medesimo articolo 563 C.C. Qui, infatti, è reperibile una disposizione che pone nel nulla quella relativa certezza conferita, all'acquisto del terzo, dal decorso del termine ventennale dalla avvenuta trascrizione dell'atto di donazione. Infatti il legislatore introduce, a favore del coniuge e dei parenti in linea retta del donante (e quindi, sostanzialmente a favore dei legittimari effettivi, essendo rimasti esclusi, dalla disposizione in parola, solo gli ascendenti, di norma difficilmente superstiti al donante!) il rimedio dell'**atto di opposizione alla donazione** (da trasciversi sui Registri Immobiliari e da rinnovarsi, decorsi venti anni dalla trascrizione dell'atto medesimo, pena la decadenza degli effetti dell'opposizione) col quale, nessuna altra finalità può essere perseguita, se non quella di sospendere (ad evidente danno della certezza dell'acquisto effettuato dal terzo, da potere del donatario) il decorso del termine ventennale di cui al primo comma dell'articolo 563 e del primo comma dell'articolo 561 C.C., in tal modo consentendo, al coniuge e ai discendenti in linea retta del donante, di agire in riduzione ed in restituzione anche contro l'avente causa del donatario, nonostante l'avvenuto decorso del termine ventennale dalla trascrizione dell'atto donativo.

Tuttavia, siccome lo stesso quarto comma dell'articolo 563 C.C. consente una rinuncia all'atto di opposizione alla donazione, una prima efficace tutela avverso i legittimari che possano "impugnare" l'atto di donazione e conseguire l'effetto restitutorio, anche nei confronti del terzo avente causa dal donatario, sarà quello di

trascrivere un **atto di rinuncia all'opposizione alla donazione** da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante.

Da quanto detto discende che, almeno dal punto di vista sostanziale, l'atto di opposizione alla donazione non sortisce alcun effetto, né a tutela del legittimario pretermesso, né, tanto meno, a tutela della certezza dei traffici giuridici. Non dell'uno, perché l'atto di opposizione alla donazione non costituisce una impugnazione immediata dell'atto di liberalità nocivo agli interessi del legittimario (sarebbe stata una aperta contraddizione con il divieto dei patti successori!), sortendo l'unico effetto di poter dilatare "sine die" la rilevanza del termine ventennale, dalla trascrizione della donazione, ai fini delle conseguenze previste dal novellato testo dell'articolo 563 C.C. (conseguenze, peraltro, che – come si è avuto modo di vedere prima – sono del tutto diverse da una decadenza dalla possibilità di esperire l'azione di riduzione, risolvendosi in altre inutili apparenti tutele del beneficiario della donazione e del terzo da questi avente causa). Quindi, men che meno, l'atto di opposizione alla donazione apporta realistiche forme di tutela alla certezza dei traffici giuridici.

Ma v'è di più. Posto che l'atto di opposizione alla donazione potrà essere notificato al donante e trascritto sui PP.RR.II., solo entro il termine di venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione¹, qualora sopravvenisse un legittimario dopo il decorso del termine di venti anni dalla trascrizione della donazione, questi, non solo non potrà godere del diritto di fare opposizione alla donazione, ma dovrà sopportare le limitazioni che conseguono all'azione di riduzione e all'azione restitutoria per effetto della novella legislativa (I: potrà chiedere la restituzione dei beni donati nei confronti del donatario, ma questi li restituirà gravati dalle ipoteche e dagli altri pesi di cui sono stati affettati durante l'arco di tempo in cui il donatario ha avuto la disponibilità del bene donato; II: non potrà chiedere la restituzione dei beni donati al terzo al quale il donatario li abbia ceduti).

A questo punto, vale la pena chiedersi cosa, sostanzialmente rappresenti, l'atto di rinuncia all'opposizione alla donazione. Gli effetti che da essa scaturiscono, non sono quelli che, per una seria tutela degli interessi alla certezza dei traffici giuridici, ci si sarebbe attesi. La rinuncia niente altro determina, se non il venir meno di quelle facoltà, riservate al legittimario che abbia agito opponendosi alla donazione, ovvero: il decorso incontestabile del termine ventennale dalla trascrizione dell'atto di donazione, a seguito del quale il legittimario che agisca in riduzione conserva sempre

¹ : in effetti non vi è un termine prescrizione previsto dalla legge per l'opposizione alla donazione. Ma il termine ventennale non potrà che rinvenirsi, per analogia, al termine di venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione al fine di conservare al legittimario i medesimi diritti da questi esercitabili prima della novella legislativa.

la facoltà di agire sebbene debba sopportare taluni limiti sopra evidenziati (I: potrà chiedere la restituzione dei beni donati nei confronti del donatario, ma questi li restituirà gravati dalle ipoteche e dagli altri pesi di cui sono stati affettati durante l'arco di tempo in cui il donatario ha avuto la disponibilità del bene donato; II: non potrà chiedere la restituzione dei beni donati al terzo al quale il donatario li abbia ceduti).

Pertanto, in conclusione, la rinuncia all'opposizione non ha la forza di manifestare una concreta volontà, da parte del legittimario, di evitare qualsiasi contestazione in ordine alla effettuata donazione, in quanto, dalla rinuncia suddetta, non deriva affatto l'effetto di impedire al legittimario rinunciante l'esperimento dell'azione di riduzione, determinandosi esclusivamente, dalla rinuncia all'opposizione, niente altro che un accorciamento dei termini (che restano limitati nei canonici venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione) entro i quali poter porre nel nulla gli effetti dell'atto di liberalità.

In conclusione si può affermare, sin qui, che il notaio il quale avesse a ricevere un atto dispositivo di un diritto reale su un bene immobile la cui provenienza è donativa, potrà dare sostanziale assicurazione, al terzo acquirente e all'eventuale Istituto di credito concedente il finanziamento per l'acquisto del bene, circa l'irrilevanza della provenienza donativa del bene medesimo, solo quando:

- a) Siano decorsi venti anni dalla trascrizione del titolo donativo (indipendentemente dall'avvenuta morte, o meno, del soggetto donante), ma a condizione che sia stato trascritto, prima del decorso di tale ventennio, a carico del coniuge del donante e dei di lui discendenti in linea retta, un atto di rinuncia all'opposizione alla donazione;
- b) L'atto dispositivo, a favore del terzo acquirente, sia posto in essere, non dal beneficiario del bene donato, ma da un terzo a cui il donatario aveva già alienato il bene di provenienza donativa;

O IN ALTERNATIVA, QUANDO:

- c) Siano decorsi dieci anni dall'apertura della successione ereditaria del de cuius (già donante) e nessuno dei di lui legittimari abbia accettato ancora l'eredità in maniera espressa e con il beneficio dell'inventario o non abbiano trascritto una domanda giudiziale avente ad oggetto l'azione di riduzione.

E' opportuno, infine, evidenziare che il decorso del termine ventennale dalla trascrizione dell'atto di donazione, sortisce un ulteriore effetto quando il bene, dalla cui disposizione a titolo gratuito si sia originata la lesione a danno del legittimario, si trovi ancora nel patrimonio del donatario. In tal caso, il legittimario agente in

riduzione potrà comunque richiedere la restituzione del bene nei confronti del donatario, ma, per quanto disposto dal novellato testo dell'art. 561 C.C., egli dovrà sopportare tutti i gravami dai quali il bene stesso sia stato gravato dal donatario (salvo l'obbligo, del donatario, di compensare in denaro il legittimario, in ragione della *deminutio capitis* subita per effetto del gravame che affetti ora il bene oggetto di restituzione).

LA RINUNCIA ALLA AZIONE DI RIDUZIONE E LA RINUNCIA ALL'AZIONE DI RESTITUZIONE

La riforma del 2005, per quanto si è avuto modo di verificare fin qui, non può dirsi avere condotto ad alcuna sostanziale tutela della certezza del traffico giuridico attinente un bene avente provenienza donativa. Ci si sarebbe atteso ben altro. Mentre, alla stregua delle disposizioni codicistiche superstiti nella materia di cui si parla, è evidente come l'agognata legittimazione ad una rinuncia all'azione di riduzione, effettuata dai legittimari, prima della morte del donante, continui a non avere diritto di cittadinanza nel nostro Ordinamento, ancora legato al divieto dei patti successori che, una tale rinuncia, evidentemente, violerebbe.

Se la certezza circa l'impossibilità di pervenire ad una rinuncia all'azione di riduzione, espressa durante la vita del donante, da parte dei legittimari di quest'ultimo, deriva da una fonte normativa espressa, non suscettibile di deroga, maggiori perplessità si pongono con riferimento alla **possibile rinuncia alla azione di restituzione**.

Sul punto è da segnalare una recente apertura giurisprudenziale (Trib. Torino Decr. 26 settembre 2014 n. 2298, con nota di G. Iaccarino in *Notariato* 2015, 2, 191 ss.) che è seguita da una "scia" dottrinale che ormai ha aperto notevoli varchi accademici sull'ammissibilità di una rinuncia di tal fatta, nei confronti del terzo al quale il donatario abbia ceduto il bene donato, conservando, tuttavia, un diritto di credito nei confronti del beneficiario della donazione per il caso in cui la donazione abbia dato luogo ad una lesione della quota di riserva.

Una tale rinuncia, si è detto, non violerebbe il divieto dei patti successori in quanto non impedisce al legittimario la tutela di un diritto disponibile solo ad avvenuta morte del donante, ma si limita a trasformare la tutela del legittimario, da tutela reale (avente ad oggetto il bene donato), a tutela obbligatoria (che sortisce effetto mediante il diritto di credito pecuniario che il legittimario potrà continuare a vantare nei confronti del beneficiario della donazione, una volta esperita l'azione di riduzione alla quale egli non ha rinunciato e che resta irrinunciabile, pena, questa volta sì, la

violazione del divieto dei patti successori). Un tale indirizzo si inserisce efficacemente nell'ottica di una maggiore stabilizzazione degli acquisti di provenienza donativa ma ha due limiti incontestabili.

In primo luogo non risolve il caso in cui il bene donato sia rimasto nel patrimonio del donatario (e qui non si comprende perché, se è ammessa una rinuncia all'azione restitutoria nei confronti del terzo, avente causa dal donatario, non sia consentita analoga rinuncia nei confronti dello stesso donatario, contro il quale varrebbe, a tutela del diritto del legittimario, il credito pari al valore del bene donato). In secondo luogo trova pur sempre sulla propria strada il limite contestabile per quanto si voglia, ma pur sempre letterale (e quindi non superabile con quella certezza che possa derivare da una norma esplicitamente adatta al caso) del divieto dei patti successori. In tal modo, l'eventuale atto rinunciativo all'azione di restituzione, che il legittimario richiedesse al notaio, durante la vita del donante, potrebbe esporre comunque l'atto medesimo ad una contestazione giudiziaria che è in aperto contrasto con il principio generale della funzione antiprocessuale, tra le altre, affidata al notaio stesso. Ma v'è di più: se è pacifico quanto l'azione di riduzione sia irrinunciabile durante la vita del donante, pena l'aperta violazione dei patti successori vietati, è altrettanto pacifico constatare come l'azione di restituzione sia in innegabile collegamento con l'azione di riduzione essendo, di questa, il mezzo con il quale, sostanzialmente, il legittimario riesce a colmare la quota materiale ereditaria di propria spettanza. Sicché una disposizione cogente che afferma: <<[...] E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi.>> (art. 458 C.C., seconda parte), non pare possa mettere a tacere definitivamente chiunque avesse a contestare la piena validità di un atto di rinuncia all'azione di restituzione.

Invero, con riguardo a tali conclusioni, non si può omettere di segnalare che dall'8 novembre 2016, giace in Senato un disegno di legge con il quale si prevede un ulteriore rimaneggiamento degli articoli 561 e 563 del C.C., al fine di produrre una disciplina che sia effettivamente idonea a tutelare il donatario ed il terzo da questi aventi causa, senza ledere più di tanto i diritti del legittimario. E tale disegno di legge, a quanto pare, sembra agisca nella direzione di rendere rinunciabile l'azione di restituzione da parte del legittimario, quando ancora il donante sia in vita e quando non ancora siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione.

Ciò è giustificabile, secondo quella parte della dottrina che ammette già adesso la rinunciabilità all'azione di restituzione, in quanto l'autonomia dell'azione di riduzione, rispetto a quella di restituzione, trova il proprio fondamento

“endofamiliare” e resta, pertanto, irrinunciabile, rispetto all’azione di restituzione che, invece, determina il percorso procedurale idoneo al recupero dell’immobile, in prima battuta, e poi, eventualmente, del suo controvalore in denaro. Ciò farebbe sì che, mentre la prima (l’azione di riduzione), rappresenti un diritto inviolabile del legittimario (con la conseguenza che qualunque accordo derogatorio sulla stessa, determinerebbe una aperta violazione del divieto dei patti successori) in quanto azione volta ad individuare l’effettiva lesione subita dal legittimario in modo tale da attribuirgli il diritto di essere reintegrato nella propria quota di spettanza, l’azione di restituzione rappresenti una mera azione materiale, diretta a recuperare, al patrimonio del legittimario leso, quel “quid” di cui il disponente lo abbia privato mediante la stipulazione dell’atto di liberalità posto in essere.

Ora, considerato che l’azione di restituzione è diretta al recupero del bene donato, presso il patrimonio del donatario o del terzo avente causa da quest’ultimo, secondo la dottrina notarile e talune pronunce giurisprudenziali di merito (Tribunale Torino Decr. 2298/2014; Tribunale Pescara Decreto 250/2017), essa deve porsi in correlazione con la meritevolezza di tutela dell’affidamento del terzo. Sotto tale ottica, dunque, non vi sarebbe motivo per escludere che il legittimario, il quale in altro modo e per altri canali potrebbe recuperare la lesione perpetrata nei propri confronti (per esempio attraverso un accordo patrimoniale col donante di cui egli è erede) si disponga alla rinuncia all’azione di restituzione. Tale rinuncia, secondo quanto affermato da ultimo, proprio dal Trib. Di Pescara, se resa con atto notarile idoneo alla pubblicità immobiliare, può essere annotata a margine della trascrizione dell’atto di donazione.

Il tutto, però, a prescindere dalla necessità che il notaio adoperi comunque il principio della precauzione, non convince, almeno fintantoché non si riesca ad assistere ad una effettiva ulteriore riforma legislativa sul punto.

Le ragioni addotte sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza di merito, sulla rinunziabilità all’azione di restituzione, appaiono debolmente sostenute, quanto meno, lo si vuole ribadire, alla luce dell’intero sistema successorio e, segnatamente, del sistema di tutela del legittimario, e ciò, anzitutto, perché sembrano anticipare, ad un momento al quale non è possibile fare riferimento per tutta una serie di elementi che entrano in considerazione, invece naturalmente, solo al momento dell’apertura della successione del disponente, una serie di considerazioni e di calcoli che, nel loro insieme, se non determinano una effettiva violazione dei patti successori, anticipano certamente, in un accordo tra vivi, quello che potrà essere esclusivamente il frutto di conseguenze patrimoniali determinate dalla morte di un soggetto.

E' evidente, poi, come, perfino l'ammissibilità di una ipotetica rinuncia all'azione di riduzione e a quella di restituzione, che fosse, per avvento, comunque consentita, nessun concreto effetto sortirebbe nell'ambito della certezza della circolazione dei beni donati e nessun concreto effetto in tal senso sortirebbe quando effettuata dopo la morte del donante (in quest'ultimo caso in coerenza con quanto implicitamente disposto dal secondo comma dell'art. 557 C.C.), poiché trattasi sempre di "azione personale" che limita gli effetti al singolo legittimario rinunciante ma non estende tali effetti a nessun altro. Con l'ovvia conseguenza che, potendosi palesare nel tempo, ulteriori soggetti, legittimari del disponente con atto liberale, niuna certezza possa darsi da parte del notaio circa la conservazione di diritti reali eventualmente acquisiti su un bene di provenienza donativa, né sulla conservazione effettiva di un diritto di garanzia reale su tali beni.

Da ultimo, poi, la recentissima sentenza della Corte di **Cass., Sez. 2 Civile n. 4523/2022**, pubblicata in data 11 febbraio 2022, sembra davvero tagliare la testa al toro. Le conclusioni cui sono giunti gli Ermellini riguardano, di fatto, un problema specifico (di cui appresso si dirà, con riferimento alle donazioni indirette), ma in un passaggio in cui si giustificano le ragioni della decisione, sta scritto: <<***Resta tuttavia fermo che sia l'azione di riduzione della donazione, che quella di restituzione di cui all'art. 563, primo comma, C.C., sono esperibili dal legittimario soltanto dopo l'apertura della successione del suo dante causa, poiché solo in quel momento sarà, in concreto, possibile verificare se l'atto di liberalità oggetto delle azioni, possa, o meno, rivelarsi lesivo delle aspettative ereditarie del legittimario stesso.***>>.

Ora, è importante sottolineare come il diniego espresso dalla S.C. avverso la possibilità di esperire l'azione di riduzione e quella di restituzione prima dell'apertura della successione del donante, non richiama, nella conclusione dei Togati, come da tradizione, il divieto dei patti successori e la sua paventata violazione. Il principio enunciato, piuttosto, viene giustificato attraverso il criterio dell'inutilità di tali azioni quando ancora le "ragioni matematiche" non si siano consolidate mediante la "riunione fittizia" che abbia a dimostrare l'effettiva lesione ricevuta dal legittimario. Ed è naturale corollario che tale "riunione fittizia" non possa avere alcun senso prima della morte del donante che avesse arrecato danno al suo legittimario, per effetto dell'atto di donazione compiuto.

Sicché, in buona sostanza, se un soggetto è privato attualmente, con una sorta di apposizione di un "termine iniziale", di un diritto (quello di esperire un'azione giudiziale), restando titolare esclusivamente di un'aspettativa giuridicamente tutelata (quella di acquisire il diritto all'esperimento dell'azione di riduzione e di restituzione,

ma solo dopo la morte del donante), non si comprende, al di là dei limiti espressi, derivanti dal divieto dei patti successori (sul che sarà possibile discutere in eterno), che ne sarebbe violato, come, lo stesso, possa anticipatamente rinunciare ad un diritto di cui, ancora, non dispone.

LE FORME DI TUTELA PIU' CONCRETE DISPONIBILI NELLA PRASSI

Piuttosto accettata, almeno di recente, la tutela che possa apprestarsi al terzo, avente causa dal donatario che gli abbia trasferito il bene a suo tempo oggetto dell'atto di liberalità, mediante una forma estensiva della garanzia per l'evizione appositamente congegnata attraverso una apposita clausola contrattuale che estenda, appunto, la garanzia di cui è parola all'art. 1484 C.C., anche alla specifica ipotesi in cui l'evento evizionale derivi dall'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione da parte del legittimario leso e dalla richiesta restitutoria nei confronti del terzo avente causa dal beneficiario dell'atto di liberalità che ha determinato la lesione. L'ampliamento convenzionale della garanzia, rispetto ad una applicazione tacita della ordinaria garanzia di cui all'art. 1484 C.C., è assolutamente opportuna in quanto una parte della dottrina ed alcune pronunce giurisprudenziali contestano che la garanzia in discorso possa trovare applicazione quando la causa dell'evento evizionale non sia preesistente al contratto di vendita, ma successiva (come nel caso della tutela del legittimario pretermesso). Sicché la prassi notarile ha elaborato una convenzionale estensione della garanzia per evizione che ne estenda gli effetti anche qualora la causa accidentale o volontaria dell'evento evizionale sia successiva al contratto di vendita.

Tuttavia anche questa soluzione, apparentemente proficua, presenta due criticità. In primo luogo essa non ha riscosso quello sperato successo che sia stato tale, da mettere a tacere, per un verso, le banche, in presenza di una richiesta di finanziamento garantita ipotecariamente da un bene di provenienza donativa, per altro verso, l'ulteriore acquirente, avente causa dell'avente causa del donatario. In secondo luogo è innegabile come tale garanzia, se prestata dal donatario nei confronti del proprio avente causa, di fatto, sortisce effetti abbastanza relativi. La norma di cui all'art. 563 C.C., infatti, sancisce la possibilità per il legittimario leso di richiedere la restituzione del bene in natura o il controvalore di esso in denaro, al terzo avente causa dal donatario, solo quando sia stato preventivamente ed inutilmente escusso il patrimonio del donatario medesimo. Sicché, una volta che il terzo abbia corrisposto il danno subito dal legittimario (in natura con la restituzione del bene, oppure con il suo controvalore in denaro), l'azionamento della garanzia per evizione nei confronti del

donatario è del tutto inutile, considerato che il patrimonio di quest'ultimo è già stato dimostrato essere incapiente. A questo punto, l'effettiva efficacia dell'estensione convenzionale della garanzia per evizione, inerente la tutela dal potere di esercizio dell'azione restitutoria da parte del legittimario leso, viene a rilievo solo nell'ipotesi del trasferimento del bene di origine donativa, da parte dell'avente causa dal donatario, a favore di ulteriore terzo acquirente. In tal caso, infatti, poiché la norma dell'art. 563 C.C. presuppone esclusivamente l'infruttuosa escussione del patrimonio del donatario, ai fini di richiedere la restituzione del bene all'avente causa di quest'ultimo, ma non l'infruttuosa preventiva escussione del primo avente causa dal donatario, ben potrà accadere che l'ulteriore avente causa possa esigere fruttuosamente la garanzia per l'evizione dal proprio dante causa il cui patrimonio non è stato (e non deve) essere preventivamente escusso dal legittimario al fine di azionare la garanzia restitutoria nei confronti di chi si trovi, al momento, nella titolarità del bene di provenienza donativa.

Resta, invece, da verificare se analoga garanzia per evizione, relativamente agli eventi evizionali derivanti dall'azionamento della tutela del legittimario pretermesso, possa essere prestata direttamente dal donante nei confronti del donatario. Come si sa, in materia di donazione, è anzitutto previsto che la garanzia per evizione non sia implicitamente esistente in forza di una disposizione legale (come avviene nel contratto di compravendita, salvo rinuncia dell'avente diritto), ma debba essere esplicitamente prevista. Ma è ovvio, come si è avuto modo di verificare sopra, che tale garanzia sia esclusivamente limitata a fatti evizionali la cui causa sia ascrivibile a fatti preesistenti l'atto di disposizione donativa. Mentre, l'ampliamento convenzionale della garanzia per evizione nei termini suddetti a favore del donatario, se convenuta tra donante e donatario, pone più di un problema. A parte la sintomatica possibilità che una tale clausola possa rimediare comunque gli estremi di un patto successorio vietato, a parte l'obiezione che, in tal caso, i fatti evizionali troverebbero causa in un elemento succedaneo alla stipulazione del contratto di donazione (escludendo, per ciò stesso, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza qualunque efficacia alla garanzia evizionale che si limiterebbe solo a fatti preesistenti la stipulazione del contratto), si pone un problema ancora meno risolvibile. Ai sensi dell'art. 549 C.C., infatti: ***“Il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari[...]**”*.

Ora, la garanzia per evizione convenzionalmente estesa ai fatti che derivano dall'azionamento del diritto di agire in riduzione, e quindi in restituzione, da parte del legittimario, paradossalmente imporrebbero, ai medesimi eredi, la sostituzione al de cuius nel debito derivante dalla garanzia evizionale prestata a favore del donatario. Il

che, di fatto, implica che il legittimario si troverebbe nella duplice alternativa di: a) agire in riduzione contro il donatario, altresì richiedendo la restituzione in natura del bene, ma al contempo dovendogli corrispondere il controvalore stesso del bene, per effetto dell'obbligo discendente dalla garanzia evizionale; b) non agire in riduzione ed in restituzione, in tal modo, da un lato non esponendosi agli obblighi derivanti dalla prestata garanzia evizionale da parte del de cuius, ma, al contempo, dovendo definitivamente sopportare la "*deminutio capitis*" patrimoniale sulla quota di propria spettanza. Né a tutto questo è obiettabile che il disposto dell'art. 549 C.C., appena richiamato, si riferisca esclusivamente al caso di una successione testamentaria, in quanto la norma pone un principio generale secondo il quale la quota di spettanza dei legittimari, pur in concorrenza con eredi legittimi (in presenza di una successione che si sia aperta "ab intestato"), non debba sopportare alcun peso, né alcuna condizione, anche quando pesi e condizioni derivino da fatti negoziali estranei ad una previsione testamentaria; il tutto sulla scorta della previsione del principio generalissimo che va sotto la definizione di "intangibilità della legittima".

Torna, allora, alla ribalta la soluzione dell'approntamento di una garanzia fideiussoria, con la contestuale necessità di dover superare tutte le criticità che hanno spinto la giurisprudenza di merito ad ostacolare siffatta soluzione o perché ritenuta, sostanzialmente "*contra legem*".

Sicché, sempre che ne ricorrano i presupposti di capienza patrimoniale, e sebbene si tratti di una soluzione alquanto articolata, per non dire arzigogolata, si potrebbe pensare all'ipotesi di un contratto di donazione ove: "A" doni a "B" un bene, con la contestuale previsione di una garanzia fideiussoria prestata da un terzo ("C"), diverso dai soggetti che si rappresentano quali futuri potenziali eredi-legittimari del donante, subordinata alla condizione sospensiva dell'azionamento, da parte del legittimario, e contro il beneficiario della disposizione a titolo liberale, del diritto alla restituzione del bene donato. Contestualmente, il donante dovrebbe perfezionare un testamento con il quale dispone, con legato, l'attribuzione dell'intera quota disponibile a favore di chi abbia prestato la fideiussione, accompagnando, anche a questa disposizione, il condizionamento risolutivo derivante dal fatto che il legittimario non agisca, nei termini previsti dalla legge, con l'azione di restituzione.

Tale costrutto pone in essere una situazione in cui:

- a) L'attribuzione donativa è garantita efficacemente dalla presenza della fideiussione;

- b) poiché la fideiussione non è prestata dal legittimario, ma da un terzo estraneo alla categoria dei chiamati all'eredità futura del disponente, la validità della fideiussione è salva alla stregua del disposto dell'art. 549 C.C.;
- c) il terzo che abbia prestato la fideiussione è garantito dall'attribuzione a titolo particolare con la quale allo stesso viene devoluta l'intera quota disponibile mediante legato (che esclude la sua personale esposizione per eventuali debiti ereditari); quota disponibile che potrebbe anche e verosimilmente superare il valore stesso del costo sostenuto per la fideiussione da prestarsi;
- d) sul diritto del legittimario non sono state perpetrate lesioni tra quelle previste come invalide ai sensi dell'articolo 549 C.C., sebbene il legittimario sa bene (ma ciò non determina alcuna violazione di legge!) che, qualora non intenda agire in riduzione contro il donatario, ottiene il vantaggio di recuperare a sé, non solo la quota di riserva obbligatoria, ma anche la quota disponibile la cui attribuzione a favore del terzo viene a cadere, per effetto del mancato esercizio di quell'azione che avrebbe condotto alla effettiva prestazione della garanzia fideiussoria.

IL CASO “ANOMALO” DELLA DONAZIONE INDIRETTA

Le più recenti aperture fiscali indirizzate verso una sorta di defiscalizzazione tributaria delle donazioni indirette espressamente menzionate in atto e, per converso, il tema di un doloroso recupero di imposta quando l'approntamento del denaro da parte di un soggetto, ai fini di consentire l'acquisto immobiliare di un altro soggetto, che ne è sprovvisto, sia stato tenuto all'oscuro e venga, solo successivamente, accertato dall'Erario, ha conferito un deciso impulso nella direzione di rendere palesi le cd. “donazioni indirette”.

Vale la pena ricordare come l'atto di liberalità diventa “indiretto” in tutti i casi in cui, a mente dell'articolo 809 C.C., il beneficio a favore del donatario venga attuato mediante meccanismi dispositivi atipici che non possano farsi rientrare nello schema tipico di cui all'articolo 769 C.C., colorandosi di un elemento caratterizzante che è costituito, secondo la migliore dottrina (Pugliatti, Torrente, Santoro Passarelli), dal collegamento negoziale tra due fattispecie da cui si determina un fine ulteriore rispetto a quello ordinariamente scaturente dal collegamento stesso.

Alla luce della più recente prassi notarile, è evidente che lo schema di accordo che è più preoccupante per le conseguenze derivanti da una eventuale azione di riduzione e, quindi, di restituzione, è rappresentato dalla comunissima ipotesi in cui il genitore (e, tuttavia, non necessariamente un soggetto legato da vincoli parentali di sorta) appresti

la somma di denaro, utile a consentire al figlio (o comunque ad altro soggetto terzo) di effettuare un acquisto immobiliare.

E' opportuno rammentare che, dal punto di vista sostanziale, la fattispecie si realizza solo quando il genitore (o chi per esso) paga, lui direttamente, al venditore, quanto quest'ultimo avrebbe dovuto ricevere dal proprio avente causa (l'acquirente del bene), quale corrispettivo del prezzo di cessione del bene stesso. Pertanto, affinché la fattispecie si configuri, è necessario che il pagamento venga effettuato tramite un passaggio diretto di denaro, dal patrimonio di chi appresta la pecunia necessaria al pagamento del corrispettivo per l'acquisto, al patrimonio del venditore. Diversamente, infatti, qualora la somma necessaria all'acquisto passasse dal patrimonio del terzo a quello dell'acquirente del bene, il quale ultimo, poi, girasse la medesima somma al proprio dante causa, ci troveremmo in un terreno estraneo da quello comunemente definito come "donazione indiretta", versando nella diversa fattispecie di una donazione (diretta) di denaro la quale, in quanto effettuata senza l'utilizzo del mezzo giuridico necessario a palesarla (l'atto pubblico alla presenza di due testimoni), renderebbe nullo e quindi suscettibile di ripetizione d'indebito il versamento pecuniario effettuato dal donante a beneficio del donatario; o, quanto meno, alla "visibilità" della diversa fattispecie di un finanziamento effettuato dal terzo, all'acquirente del bene, fiscalmente, epperò, rilevante.

Detto ciò, è del tutto evidente che, se effettivamente dovesse farsi rientrare nel campo "tipico" delle donazioni indirette, delineato ai sensi dell'articolo 809 C.C., anche il fenomeno sopra descritto che definisce come "donazione indiretta" il pagamento, effettuato da parte di un terzo, diverso dall'acquirente, al dante causa di quest'ultimo, del denaro necessario a perfezionare l'acquisto, anche la donazione in tal modo perfezionata, non potrebbe sfuggire *tout court* alla scure potenziale di un'azione di riduzione. Basta pensare che lo stesso tenore letterale del primo comma dell'articolo 809 C.C., estende, anche alle donazioni indirette, con le sole eccezioni di cui al secondo comma della medesima norma, tra l'altro, anche tutta la disciplina sulla riduzione e sull'azione restitutoria, riservata alla tutela del legittimario.

E, pare proprio questo, nel complesso, il principio che si legge all'interno della sopra citata sentenza della S.C. (**Cass. Sez. II Civile n. 4523 del giorno 11 febbraio 2022**) dalla quale si evince:

- a) che è possibile utilizzare (a vantaggio del legittimario) il rimedio dell'opposizione alla donazione anche con riguardo alle donazioni indirette;
- b) che il legittimario può agire (anche prima della morte dell'effettivo donante) per far valere la simulazione di un atto che dissimuli una donazione, anche

indiretta, alla sola condizione che tale azione per far valere la simulazione contrattuale, sia finalizzata, non all'esperimento dell'azione di riduzione e di restituzione (ammissibili solo dopo la morte del donante), ma al più circoscritto scopo di conseguire una pronuncia di accertamento costituente il presupposto necessario al fine di poter porre in essere e trascrivere l'atto di opposizione alla donazione;;

- c) che è possibile agire con l'azione di restituzione anche quando la donazione lesiva, sia stata una "donazione indiretta";
- d) che, in caso di donazioni (dirette o indirette) formalizzatesi prima dell'entrata in vigore della legge 14 maggio 2005 n. 80, l'atto di opposizione alla donazione e la trascrizione dello stesso, è possibile a condizione che non siano ancora decorsi venti anni dalla data dell'atto di donazione contro il quale si intenda trascrivere l'opposizione;
- e) di guisa che, l'avvenuto decorso di un termine ventennale dal perfezionamento dell'atto di donazione, senza che, nelle more sia stato trascritto, dal coniuge del donante o da un suo discendente in linea retta, un atto di opposizione alla donazione (previo eventuale accertamento della dissimulazione della stessa sotto mentite vesti contrattuali), rende la donazione definitivamente sottratta dalla sfera di una eventuale azione di riduzione e della conseguente azione di restituzione.

Ora, per quanto le conclusioni della S.C. possano, per taluni aspetti, considerarsi ineccepibili, è opportuno considerare come lo schema (meramente materiale, e non "contrattuale" in quanto affatto coperto da una tipica o atipica struttura contrattuale ed invece esclusivamente poggiato sulla rilevanza di un *motivo* a cui risulta estranea, e perfino ultronea, una vera e propria causa giuridica), mediante il quale il denaro, che un soggetto dovrebbe impiegare per l'acquisto di un bene, anziché essere reperito con ricorso alle proprie sostanze, viene apprestato da un terzo, estraneo al rapporto contrattuale di compravendita, non costituisce una vera e propria "donazione indiretta" della quale mancano i caratteri salienti, tali da consentire un assorbimento della fattispecie in discorso nella categoria dogmatica della donazione indiretta.

Sul punto è di grande aiuto quanto delineato dalla norma codicistica che sancisce la categoria delle donazioni indirette. L'articolo 809 C.C., infatti, afferma: "*Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769 [...]*". Da ciò derivano alcuni corollari. In primo luogo, come è evidente, deve essere perfezionato un atto che, pur diverso dalla donazione tipica, attui comunque una liberalità. Di guisa che, non pare potersi condividere la tesi di chi esclude l'esistenza, nelle donazioni indirette, della causa tipica della donazione diretta, ovvero l'arricchimento del donatario e l'impoverimento del donante, effettuato senza una contropartita a favore del donante medesimo. Se così fosse, infatti, saremmo

totalmente al di fuori del campo delle donazioni o, se si vuole, più genericamente degli atti di liberalità i quali si caratterizzano, appunto, per l'esistenza di questo schema causale. La richiamata norma dice altro. Afferma, in sostanza, che anche quando lo scopo liberale venisse raggiunto per il tramite di schemi diversi da quello tipico della donazione di cui all'articolo 769 C.C., la liberalità resta presente (di conseguenza anche la sua causa tipica), sebbene lo schema contrattuale adottato per il raggiungimento dello spirito liberale percorra strade diverse da quelle che caratterizzano l'atto di donazione tipico. E, se un atto debba essere perfezionato a scopo liberale, occorre che, di tale atto, siano parti, quanto meno anche, un donante ed un donatario. Tale costrutto è ravvisabile, ad esempio, nel caso della delegazione di pagamento effettuata a titolo liberale (A, delegante, conferisce a B, delegato, che accetta, l'incarico di pagare a C, delegatario, quanto questi debba avere da A, in tal modo estinguendo il debito che A ha nei confronti di C), ove l'accordo trilaterale si perfeziona con l'accettazione da parte del delegato (che è l'effettivo donante) dell'incarico conferito dal delegante (che, essendo, in ultimo, il beneficiario dell'accordo, assume le vesti sostanziali di donatario). Analogamente è a dirsi nel caso della rinuncia ad un diritto la quale, quando effettivamente unilaterale (nel senso di non coinvolgere direttamente altri nel beneficio derivante dalla rinuncia) assume le vesti di una rinuncia abdicativa, non determinando trasmissione di posizioni giuridiche, se non per effetto di *facta concludentia*; laddove rappresenta una donazione indiretta esclusivamente l'atto di rinuncia al quale corrisponda un approfittamento volontario e quindi una manifestazione volontaristica, sia del disponente (rinunciante), che, sia pure tacita, del beneficiario della rinuncia. O, ancora, è lo schema dell'accollo di debito ove l'accordo intercorre tra accollante del debito ed accollato (mentre l'intervento adesivo dell'accollatario è solo necessario alla liberazione definitiva del debitore originario) e perviene ad un duplice beneficio: la liberazione del debitore originario (accollato) la quale, in presenza di accollo perfezionato senza rapporto di provvista, determina una liberalità indiretta a favore dell'accollato (donatario indiretto), nonché l'adempimento nei confronti del creditore che pur esso trae un beneficio (diretto) dall'accordo contrattuale.

Ma la definizione di un tale costrutto normativamente previsto (un atto che, sia pure con ricorso ad uno schema diverso dalla donazione, attui una liberalità) non è ravvisabile nel fenomeno meramente materiale con il quale un terzo, estraneo al rapporto contrattuale tra venditore ed acquirente, paghi, egli direttamente, al venditore quanto quest'ultimo debba avere dall'acquirente. Come si diceva prima tale schema non prevede un trasferimento di somme, dal patrimonio del terzo, al patrimonio dell'acquirente (se così fosse, come si è detto prima, ci si troverebbe di

fronte ad una donazione nulla per difetto di forma! Non certo di fronte ad una donazione indiretta!), ma un rapporto, meramente materiale – lo si ribadisce – con il quale il terzo trasferisce una somma di denaro, dal proprio patrimonio a quello del dante causa dell'acquirente del bene. L'atto che si determina, pur privo di un proprio elemento documentale (che non sia dato dalla materiale consegna di un titolo (assegno, vaglia postale), oppure da una mera operazione bancaria con la quale venga effettuato un bonifico), comunque non determina alcun rapporto contrattuale tra disponente e beneficiario sostanziale della disposizione. Tanto meno, è possibile ravvisare la presenza di un effettivo dualismo delle parti coinvolte dall'attività liberale, nell'ambito dell'atto di acquisto nel quale, anche quando (al solo fine di evidenziare quella che volgarmente viene definita "donazione indiretta") venga coinvolta la comparsa del soggetto che ha rimediato la pecunia necessaria all'adempimento del pagamento del corrispettivo. Infatti, la presenza, in qualità di comparente, del terzo che ha apprestato il denaro necessario a consentire l'acquisto del bene rappresenta una comparsa che è finalizzata ad una esclusiva partecipazione ricognitiva delle dichiarazioni rese dall'acquirente circa la provenienza della provvista pecuniaria necessaria al pagamento. Ma, perfino quando (come normalmente si redige la relativa clausola) al terzo si faccia dichiarare l'effettiva mancanza di volontà di ripetere dall'acquirente quanto dal terzo consegnato al venditore, a titolo di adempimento del prezzo della compravendita, si è fuori dallo schema ricavabile dalla norma di cui all'articolo 809 C.C. La dichiarazione appena descritta, infatti, assume, come dire, una funzione meramente abdicativa di un diritto (quello di ripetere, dal beneficiario dell'acquisto immobiliare, quanto ricevuto dal di lui dante causa, ed apprestato dal terzo, a titolo di corrispettivo), senza, ad esempio, che a tale dichiarazione volontaristica resti in alcun modo collegata la definitività che, invece, si collega ad un atto di liberalità, per effetto dell'accettazione da parte del beneficiario (donazione diretta) o per effetto della diversa manifestazione consensuale la quale, in ogni caso, rende definitivo l'arricchimento (indiretto) del soggetto beneficiario (donazione indiretta).

Su quanto sin qui considerato è illuminante la tesi di un primario esponente della dottrina civilistica, Andrea Torrente, il quale, con notevolissima sensibilità giuridica, ha affermato come sia sistematicamente impossibile collegare una medesima causa tipica a negozi giuridici diversi e atipici. In sostanza, almeno di principio, è escluso che possano esservi negozi atipici che consentano il medesimo risultato di un negozio tipico. Con la sola eccezione, prosegue l'Autore, delle donazioni indirette di cui è detto nell'articolo 809 C.C., le quali presentano proprio la singolarità di adottare uno schema contrattuale avente una funzione economico-sociale (cioè una causa) che è

diversa da quella della donazione al fine di conseguire un risultato economico analogo a quello della donazione tipica.

Al che è possibile affermare come, ulteriore corollario discendente indirettamente (perdonate l'ossimoro) dall'articolo 809, la donazione indiretta non smette di essere donazione a tutti gli effetti (dalla quale differisce unicamente per il fatto che il fine ultimo realizzato – ovvero la liberalità - è scollegato dalla causa tipica del negozio impiegato per il suo raggiungimento) e, pertanto, ha bisogno di: a) un atto del quale sia parte un sostanziale donante ed un sostanziale donatario (anche se lo schema utilizzato determini la presenza di due parti che assumano *prima facie* un ruolo contrattuale diverso); b) la presenza di uno scopo liberale, che non sia solo manifestato dal soggetto disponente, ma al quale altresì aderisca il soggetto beneficiario.

In altri termini, davanti allo schema, meramente materiale, in cui un soggetto terzo appresti, a favore del disponente a titolo oneroso di un diritto, la somma necessaria a pagare il corrispettivo dovuto per la trasmissione di quel diritto al soggetto che lo acquista, la fattispecie: a) non prevede alcun atto intercorrente tra beneficiante e beneficiario; b) non si colora di alcuna causa liberale (nemmeno quando nella clausola che si confezioni per la dichiarazione ricognitiva della provenienza effettiva del denaro impiegato per l'acquisto, colui che tale somma abbia apprestato, dichiari di rinunciare a qualsiasi ripetizione nei confronti dell'acquirente che quella somma abbia impiegato per il perfezionamento del proprio acquisto, posto che, di tale dichiarazione, il beneficiario non abbia ancora dichiarato di volere profittare).

Pertanto, ad avvenuto decesso del terzo, fintantoché l'acquirente che abbia profittato della somma da quegli apprestata per consentire il perfezionamento del proprio acquisto, non avesse eventualmente dichiarato l'intento di accettare che la dazione di denaro da parte del terzo, con annessa dichiarazione di questi del mancato intento di richiederne la restituzione, sia accettata come liberalità, l'unica possibilità a tutela del legittimario del terzo è quella di agire, nei confronti del beneficiario, con l'azione di ripetizione di indebito la quale, come tale, non mette a repentaglio la certezza giuridica della circolazione (già avvenuta o futura) del bene acquistato dal beneficiario con denaro da altri apprestatogli, ma esclusivamente una responsabilità patrimoniale pecuniaria di quest'ultimo nei confronti degli eredi necessari del disponente la somma.

Il tutto, con l'evidente conclusione che lo schema descritto, a prescindere che si intenda condividere la tesi giurisprudenziale secondo cui oggetto della (presunta) donazione indiretta sia il denaro, oppure la tesi a lungo sostenuta dalla dottrina,

secondo cui effettivo oggetto della (presunta) donazione indiretta, sia l'immobile acquistato, non vi è spazio per l'applicazione della disciplina dell'azione di riduzione e della conseguenziale azione di restituzione. Con buona pace dei successivi acquirenti dell'immobile e degli uffici legali degli istituti di credito ai quali l'acquirente, o i suoi aventi causa, volessero richiedere un finanziamento con l'offerta di garantirlo mediante ipoteca sull'immobile acquistato con provvista pecuniaria apprestata da altri.

CONCLUSIONI

Il vero, tuttavia, è che, almeno fino a quando il legislatore non assuma il coraggio di rivedere la posizione successoria dei legittimari, escludendo la rilevanza di ciò che in vita il proprio dante causa abbia compiuto, sia a titolo oneroso, che gratuito, e lasciando che la tutela degli eredi necessari sia comunque limitata al solo patrimonio relitto, pur nel rischio concreto che tale patrimonio possa essere uguale a zero (e, del resto, l'attuale tutela del legittimario, così come congegnata, esclude che si possa concretamente parlare ancora di una vera autonomia negoziale dei soggetti che dispongano di discendenti, coniuge o ascendenti), l'atto di donazione continua a costituire un vero "buco nero" dell'Ordinamento dal cui perfezionamento, purtroppo, anche a costo di mettere in pista atti simulati, il notaio deve convincere le parti a rifuggire.

Ma ciò, come è evidente, dà un risultato che è lontanissimo da un Ordinamento che possa dirsi ancora degno di una società civile.

§§§§§§

§§§§§§

§§§§§§