

Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi

di VINCENZO BARBA

SOMMARIO: 1. La circolazione dei beni donativi prima e dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80. – 2. Le norme sulla trascrizione della domanda di riduzione: l'art. 2652, n. 8 e l'art. 2690, n. 5 c.c. – 3. Il decorso del ventennio dalla trascrizione. – 4. L'opposizione alla donazione. – 5. L'opposizione è un diritto personale e rinunziabile. La rinunzia preventiva all'opposizione e la rinunzia successiva all'opposizione. – 6. La rinunzia preventiva all'azione di restituzione. – 7. Le liberalità indirette e l'acquisto del terzo. – 8. Rinunzia preventiva alla restituzione e legittimari sopravvenuti. Il rischio che l'acquisto del terzo possa essere travolto nonostante la rinunzia preventiva all'azione di restituzione. – 9. Strumenti negoziali volti a stabilizzare l'acquisto del bene di provenienza donativa. Gli strumenti demolitori della donazione. – 10. *Segue*. Gli strumenti di tipo recuperatorio.

1. Le discipline dell'azione di riduzione e delle azioni di restituzioni hanno reso e rendono, tuttora, difficile la circolazione dei beni di provenienza donativa¹. Nell'ipotesi in cui la donazione ecceda la quota disponibile, l'acquisto del terzo può venire meno, dacché il legittimario, a talune condizioni, non soltanto ha diritto alla restituzione del bene, ove pure sia stato acquistato da un terzo, ma ha, anche, diritto di conseguirlo libero da ogni peso o ipoteca, di cui il donatario possa averlo, *medio tempore*, gravato. Esiste, dunque, una giustificata e giustificabile diffidenza ad acquistare un tale bene

¹ C. CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, II, 2001, p. 458, precisa che «si tratta di una problematica di ampio respiro e di immediata rilevanza pratica, che coinvolge, oltre agli interessi delle singole parti che intervengono nell'operazione, anche l'interesse generale alla circolazione della ricchezza, che a sua volta esige un sistema di adeguate garanzie per i soggetti che vi prendono parte e per tutti coloro che si rendono acquirenti dei beni offerti sul mercato».

e una ferma resistenza degli istituti di credito a concedere mutui ipotecari garantiti su tali beni².

Sebbene non esista, in teoria, alcuna limitazione giuridica o alcun ostacolo alla circolazione dei beni di provenienza donativa, in concreto essa è, sostanzialmente, paralizzata, dacché il terzo non soltanto è esposto al rischio di dover restituire il bene al legittimario, oppure di veder purgato il bene dai pesi (non soltanto diritti reali, ma anche diritti personali)³ e/o dalle ipoteche costituite a suo favore, ma non ha neppure la possibilità di misurare, preventivamente, questo rischio.

L'impossibilità di calcolare, anticipatamente, questo pericolo dipende da una pluralità di ragioni. Non è possibile stabilire se la donazione ecceda la quota disponibile prima della morte del donante, essendo ben possibile che una donazione contenuta nei limiti della disponibile al momento del suo compimento, risulti lesiva dei diritti dei legittimari al tempo della morte del donante e, viceversa, che una donazione eccedente i limiti della disponibile al momento del suo compimento, non sia lesiva dei diritti dei legittimari al tempo di apertura della successione.

Non è possibile stimare quali e quanti siano o possano essere i legittimari che abbiano titolo di agire, essendo ben possibile che

² Molto critico sul sistema italiano, F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 3 ss., il quale scrive: «nei Paesi civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia *inter vivos* sia *mortis causa*. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre *mortis causa* è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati».

³ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, XLIII, 2^a ed., Milano, 1984, p. 304: «l'espressione "pesi", sebbene preferibile il termine "debiti" impropriamente usato nei corrispondenti artt. 929 c. Nap. e 1095 c.c. 1865, non rende esattamente la portata della norma, la quale si applica non solo ai pesi in senso tecnico, quali le servitù e gli oneri reali, ma a tutti i diritti, reali o personali, di godimento o di garanzia, anche se costituiti senza la volontà del legatario donatario (ipoteca legale o giudiziale), nonché ai vincoli di indisponibilità (sequestro, pignoramento, ecc.)». G. MARINARO, *La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, VIII, 3, Napoli, 2009, p. 308 s., «col termine pesi ci si riferisce non soltanto alla costituzione di diritti aventi contenuto reale come l'ipoteca, la servitù, l'usufrutto, ecc., posti in essere non solo dal legatario o dal donatario, ma anche dall'erede (come l'antitesi, l'affitto, locazione); diritti strettamente inerenti al godimento dell'immobile ed incidenti, negativamente, non solo sul valore di tale bene quant'anche sull'ampiezza dell'esplicazione delle facoltà domenicali».

tra il tempo del compimento della donazione e quello della morte del donante muti, significativamente, il complesso dei legittimari. Ci potrebbe essere la premorte di ascendenti o di altri legittimari, lo scioglimento di un matrimonio o di un'unione civile, la costituzione di un nuovo matrimonio o di un'unione civile, la nascita di figli o l'adozione, sia di minori sia di maggiori di età, il riconoscimento di figli nati fuori del matrimonio, etc.

Sotto un diverso profilo, non è neppure certo che l'acquisto del terzo venga meno, dacché il legittimario ha titolo di chiedere la restituzione del bene ai successivi acquirenti, soltanto dopo aver, inutilmente, escusso i beni del donatario. Al momento in cui il terzo acquista il bene dal donatario, è, però, impossibile stimare quale possa essere l'esito della preventiva escussione dei suoi beni da parte del legittimario, dal momento che è ben possibile che il donatario sia titolare di un patrimonio cospicuo quando è stipulata la donazione, ma privo di un adeguato patrimonio al tempo di apertura della successione del donante e, viceversa, che il donatario che non abbia alcunché al momento del compimento della donazione sia, invece, titolare di un importante e cospicuo patrimonio al tempo di apertura della successione.

Esistono, dunque, una pluralità di ragioni che, nei fatti, hanno reso ardua la circolazione dei beni di provenienza donativa⁴. Per questa ragione il legislatore, a opera della l. 14 maggio 2005, n. 80, ha emendato e integrato la disciplina degli artt. 561 e 563 c.c., con l'aspirazione di «agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito»⁵. Per comprendere appieno il

⁴ V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012, p. 102, sembra sottovalutare le incertezze connesse al rischio di subire l'azione restitutoria, muovendo dal rilievo che la disciplina è chiara e che, perciò, i terzi sono ben consci, o dovrebbero essere ben consci, del rischio che si assumono. «Certo, è sempre possibile che i terzi acquirenti sbagliano a prevedere e valutare le concrete possibilità di verifica dell'evento temuto, ma ciò non toglie che essi assumano il rischio "a carte scoperte"». Proprio sulla base di questo rilievo, l'a. avverte che la vera esigenza di tutela non si pone rispetto all'acquirente del bene di provenienza chiaramente donativa, bensì all'acquirente di bene che occultamente (nel caso di liberalità indirette) abbia provenienza donativa. Secondo l'a. i terzi acquirenti un bene di provenienza donativa occulta debbono considerarsi, sin dal momento in cui viene compiuta la liberalità occulta, legittimati attivi a domandare l'accertamento del carattere liberale dell'atto. Proprio al fine di evitare che vi possa essere un terzo, ignaro della provenienza liberale, contro il quale non possa essere utilmente esperita l'azione di restituzione; allo scopo, cioè, di evitare che l'interesse alla stabilità dell'acquisto del terzo possa prevalere sull'interesse all'effettività di tutela dei legittimari.

⁵ Così, si legge all'art. 2, comma 4 *novies*, della l. 14 maggio 2005, n. 80.

significato di questa modifica occorre considerare la disciplina prima e dopo questo intervento legislativo.

Anteriormente a questa modifica, sembrava sussistere un regime disciplinare differente per il caso di pesi e ipoteche gravanti sull'immobile e per il caso di alienazione della proprietà del bene.

Le ipoteche o i pesi⁶ di cui il donatario o il legatario poteva aver gravato il bene sembrano, infatti, destinati a estinguersi sempre e indiscriminatamente⁷, per effetto dell'azione di restituzione. In conseguenza, il bene che fosse stato restituito al legittimario era sempre purgato da tutti i pesi (diritti reali, diritti personali) e/o dalle ipoteche.

L'acquisto della proprietà dal donatario era, invece, destinato a venire meno soltanto se l'escussione dei beni del donante avesse avuto esito negativo, con precisazione che il terzo acquirente avrebbe potuto conservare la proprietà del bene, se avesse pagato al legittimario l'equivalente in danaro (cfr. art. 564, comma 4, c.c.)⁸.

L'unica possibilità di salvezza dell'acquisto del terzo (sia il terzo acquirente della piena proprietà, sia il terzo titolare di un peso o un'ipoteca sul bene), originariamente prevista dalle norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c., era posta all'art. 2652, n. 8, c.c., a mente del quale era fatto salvo l'acquisto del terzo a titolo oneroso, purché la trascrizione della domanda di riduzione fosse eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione e successivamente alla trascrizione dell'acquisto del terzo.

Con l'ulteriore precisazione che l'acquirente del bene di provenienza donativa, ove pure avesse esercitato il possesso pieno del

⁶ V. nota n. 3.

⁷ Il testo dell'art. 561 c.c., anteriormente alla modifica apportata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, così recitava: «Gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario può averli gravati, salvo il disposto del n. 8 dell'art. 2652. La stessa disposizione si applica per i mobili iscritti in pubblici registri. I frutti sono dovuti a decorrere dal giorno della domanda giudiziale».

⁸ Il testo dell'art. 563 c.c., anteriormente alla modifica apportata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, così recitava: «Se i donatari contro i quali è stata pronunciata la riduzione hanno alienato a terzi gli immobili donati, il legittimario, premessa l'escussione dei beni del donatario, può chiedere ai successivi acquirenti, nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesimi, la restituzione degli immobili. L'azione per ottenere la restituzione deve proporsi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima. Contro i terzi acquirenti può anche essere richiesta la restituzione dei beni mobili, oggetto della donazione, salvi gli effetti del possesso di buona fede. Il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro».

bene, non avrebbe potuto eccepire al legittimario neppure l'acquisto a titolo di usucapione. La norma di cui all'art. 2935 c.c. (applicabile in quanto richiamata dall'art. 1165 c.c.) secondo cui il termine di prescrizione può farsi valere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, esclude che il terzo acquirente possa, utilmente, considerare il possesso esercitato prima dell'apertura della successione. Con la paradossale conseguenza che il terzo acquirente dal donatario era sottoposto a un trattamento peggiore non soltanto rispetto a quello riservato all'acquirente *a non domino*, ma anche a quello stabilito per il possessore di mala fede.

Allo scopo di favorire la circolazione dei beni di provenienza donativa il legislatore, con la legge del 2005, ha sostanzialmente introdotto una nuova ipotesi di salvezza dell'acquisto da parte del terzo. Le norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c., ferma la previsione di cui all'art. 2653, n. 8, c.c., stabiliscono, adesso, che il diritto acquistato dal terzo è salvo quando sia decorso un ventennio dalla trascrizione della donazione, precisando che il decorso del ventennio può essere 'sospeso' da parte del legittimario tramite un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione.

La riforma riguarda soltanto gli acquisti dal donatario, mentre non riguarda né gli acquisti dall'erede, né quelli dal legatario, sicché essa si applica, esclusivamente, a favore del terzo che abbia acquistato la proprietà del bene dal donatario e/o a favore del terzo titolare del peso o dell'ipoteca costituita sul bene di provenienza donativa.

Queste norme non soltanto risolvono soltanto in parte il problema⁹, ma, soprattutto, sollevano, come si chiarirà più avanti, numerosi problemi d'interpretazione sia in ragione della loro formulazione testuale¹⁰, sia in ragione della previsione della rinuncia alla opposizione.

In definitiva, oggi, si danno due possibilità di far salvo l'acquisto del terzo: *a*) la trascrizione della domanda di riduzione dopo un decennio dall'apertura della successione¹¹; *b*) il decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione¹².

Si tratta, come è facile comprendere, di ipotesi poco idonee a

⁹ Secondo G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 313, sarebbe stato preferibile un intervento normativo che avesse inciso o sul divieto dei patti successori rinunziativi, limitandone la portata, oppure sull'art. 557, comma 2, c.c., ridimensionando tale divieto.

¹⁰ V. nota n. 24.

¹¹ V. § 2.

¹² V. § 3.

risolvere i problemi di circolazione dei beni di provenienza donativa, dal momento che l'acquisto del terzo è, alternativamente, fatto salvo soltanto dopo che siano decorsi o 10 anni dall'apertura della successione (con intesa che questa ipotesi riguarda soltanto gli acquisti a titolo oneroso), oppure 20 anni dalla trascrizione della donazione (sempre che, *medio tempore*, non sia stata fatta opposizione da parte di un legittimario).

Senza mancare di considerare che il legislatore preferisce il legittimario non soltanto nel conflitto con il donatario, ossia con colui che abbia acquistato a titolo gratuito (si tratta di un conflitto tra due acquirenti a titolo gratuito, rispetto al quale viene preferito il legittimario, indipendentemente da ogni valutazione sulla priorità dell'acquisto), ma anche contro il terzo acquirente dal donatario, che potrebbe aver acquistato a titolo oneroso. Il legislatore accorda, infatti, preferenza al legittimario, ossia all'acquirente a titolo gratuito, anche nel conflitto di quest'ultimo con l'acquirente a titolo oneroso (terzo acquirente dal donatario, nel caso in cui il suo acquisto sia a titolo oneroso)¹³.

Inoltre la circostanza che sia prevista la possibilità di fare opposizione, ben lungi dal semplificare la circolazione del bene di provenienza donativa potrebbe, al contrario, complicarla ulteriormente, dal momento che l'esistenza di un'opposizione diventa, a prescindere dalla sua concreta rilevanza nel singolo caso, un serio indizio del rischio evizionale¹⁴, che ben lungi dal facilitare la circolazione del bene, potrebbe, sostanzialmente, comprometterla gravemente.

La circostanza che l'acquisto del terzo sia fatto salvo soltanto dopo che sia decorso un assai importante e lungo lasso di tempo dal compimento della donazione (20 anni dalla trascrizione della donazione o 10 anni dall'apertura della successione, che potrebbe essere occorsa molti anni dopo la stipulazione della donazione) in uno con la necessità che ricorrano, a seconda delle due ipotesi, altri presupposti perché vi sia la salvezza del diritto acquistato del terzo, ha reso indispensabile individuare altri strumenti, di matrice prevalentemente

¹³ In questo senso, F. GAZZONI, *Competitività e dannosità*, cit., p. 5.

¹⁴ M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 231, segnala che la disciplina sulla opposizione alla donazione rischia di avere conseguenze molto negative sulla circolazione del bene di provenienza donativa, «configurandosi da questo punto di vista, paradossalmente, una situazione ancora peggiore di quella ipotizzabile prima del 2005, poiché almeno prima le brame del legittimario, *vivente donante*, non sarebbero state visibili mediante alcuna trascrizione nei registri immobiliari».

negoziale, che potessero, in qualche misura, tutelare l'acquisto del terzo. Sicché a oggi il tema della circolazione dei beni di provenienza donativa è, principalmente, affidato a tecniche negoziali, lasciando aperto il tema, davvero centrale, della rinunzia preventiva all'azione di restituzione.

2. Le norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c. fanno salva l'ipotesi descritta all'art. 2652, n. 8, c.c., secondo il quale il diritto acquistato dal terzo a titolo oneroso¹⁵ è impregiudicato se la trascrizione della domanda di riduzione sia eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione.

La norma in parola, nonostante quanto possa apparire a una prima impressione, prevede un'ipotesi molto specifica.

In primo luogo, si tratta di una disciplina che riguarda esclusivamente gli acquisti a titolo oneroso e gli acquisti su diritti relativi a beni immobili.

Ciò significa che questa regola non consente, in alcun caso, di far salvo l'acquisto del terzo a titolo gratuito e, soprattutto, l'acquisto di diritti su beni mobili. È, invece, irrilevante che il terzo abbia acquistato il diritto in buona o in mala fede.

Al di là di queste specifiche restrizioni che concernono il tipo di acquisto (oneroso) e la natura del bene sul quale il diritto si appunta (beni immobili), è necessario, perché si possa far salvo l'acquisto del terzo che ricorrano le due seguenti condizioni: *a)* la domanda di riduzione proposta dal legittimario deve essere trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione; *b)* l'acquisto del terzo deve essere trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione.

Ai fini del decorso del decennio deve aversi riguardo alla trascrizione della domanda giudiziale e non anche all'avvio del giudizio, il quale ben potrebbe essere stato introdotto prima del decorso del decennio.

Se la domanda di riduzione proposta dal legittimario fosse tra-

¹⁵ Non si dubita che la norma si applichi sia al terzo che abbia acquistato diritti di godimento o di garanzia, sia ai terzi che hanno acquistato la proprietà. In senso diverso, si era espresso U. NATOLI, *Trascrizione*, in *Comm. cod. civ.* Natoli e Ferrucci, Torino, 1959, p. 162, nota 31, secondo cui nei confronti dei terzi acquirenti della proprietà del bene, l'azione di restituzione potrà essere trascritta non già ai sensi dell'art. 2652, n. 8 c.c., bensì ai sensi dell'art. 2653, n. 1 c.c., essendo la prima norma riservata soltanto a coloro che abbiano acquistato un diritto reale di godimento o di garanzia.

scritta entro i dieci anni dall'apertura della successione, il legittimario avrebbe titolo di agire in restituzione contro il terzo e il bene che dovesse essere restituito al legittimario sarebbe purgato da ogni peso o ipoteca di cui il donatario possa averlo, *medio tempore*, gravato. Nel caso di trascrizione della domanda di riduzione entro il decennio, il conflitto sarebbe, invece, risolto a favore del legittimario, anche se il terzo avesse trascritto il suo acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale di riduzione.

Se l'acquisto del terzo fosse trascritto dopo la trascrizione della domanda giudiziale di riduzione (ove pure detta trascrizione fosse avvenuta dopo dieci anni dall'apertura della successione), il diritto del terzo non potrebbe essere fatto salvo e il legittimario potrebbe, sempre, agire contro il terzo. In tale caso, infatti, il terzo si considererebbe acquirente di un diritto litigioso e troverebbe applicazione la norma di cui all'art. 111 c.p.c. Sotto questo profilo deve osservarsi che, nell'ipotesi appena considerata, il legislatore sembra aver derogato al principio tecnico della prevalenza dell'antioriorità della trascrizione, proprio allo scopo di consentire al legittimario di sfruttare, anche nei confronti dei terzi, il termine decennale per l'esercizio dell'azione di riduzione¹⁶.

Le norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c. richiamano espressamente la norma di cui all'art. 2652, n. 8, c.c., mentre non richiamano la norma di cui all'art. 2690, n. 5, c.c., la quale detta una disciplina analoga a quella dettata dalla prima norma, ma relativamente ai diritti su beni mobili registrati.

La norma di cui all'art. 2690, n. 5 c.c. diverge, infatti, da quella dettata all'art. 2652, n. 8, c.c., sia con riguardo ai beni ai quali si riferisce, sia con riguardo al tempo che deve trascorrere dalla trascrizione. La prima è relativa ai diritti sui beni immobili, mentre la seconda ai diritti su beni mobili registrati. La prima reclama che la domanda di riduzione sia trascritta oltre dieci anni dall'apertura della successione, mentre la seconda che la domanda sia trascritta oltre tre anni dall'apertura della successione.

Pur in assenza di un espresso richiamo testuale, non vi sono ragioni per escludere che questa disciplina possa trovare applicazione¹⁷.

In conseguenza, l'acquisto del terzo di diritti su beni mobili registrati a titolo oneroso non può essere pregiudicato dal legittimario

¹⁶ G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 315 s.

¹⁷ Non ne dubita, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 318.

se quest'ultimo abbia trascritto la domanda dopo che siano decorsi tre anni dall'apertura della successione e purché la trascrizione dell'acquisto del terzo sia anteriore alla trascrizione della domanda giudiziale.

La norma ammette, dunque, che l'acquisto del terzo su un bene mobile registrato sia fatto salvo se: a) si tratti di acquisto a titolo oneroso; b) la domanda di riduzione proposta dal legittimario sia trascritta dopo tre anni dall'apertura della successione; c) l'acquisto del terzo sia trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale.

Le norme in parola, ossia quelle di cui agli artt. 2652, n. 8, e 2690, n. 5, c.c., le quali si applicano nel caso in cui il legittimario agisca con l'azione di riduzione (artt. 554, 555 c.c.), non trovano applicazione nel caso di riduzione automatica delle quote spettanti ai successibili non legittimari nella successione intestata (art. 553 c.c.), dal momento che non si tratta di una vera e propria azione di riduzione, bensì di una riduzione automatica, che opera su semplice eccezione del legittimario. Ove pure il legittimario formulasse una domanda giudiziale, volta a ottenere la riduzione delle quote spettanti ai successibili non legittimari, l'effetto della riduzione sarebbe connesso alla mera dichiarazione del legittimario, mentre la sentenza avrebbe una natura di mero accertamento. L'eventuale domanda giudiziale potrebbe essere trascritta non già ai sensi dell'art. 2652, n. 8, c.c. (o dell'art. 2690, n. 5, c.c., in caso di diritti su beni mobili registrati), bensì ai sensi dell'art. 2652, n. 7, c.c., in caso di diritti su beni immobili, o dell'art. 2690, n. 4, c.c., in caso di diritti su beni mobili registrati¹⁸. In caso di trascrizione di una tale domanda, varrebbe la regola della priorità delle trascrizioni e dovrebbe distinguersi tra diritti su beni immobili e diritti su beni mobili registrati. Nel primo caso, la sentenza che accogliesse tale domanda non potrebbe pregiudicare i diritti (su beni immobili) acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Nel secondo caso, ferma l'applicazione delle norme sull'erede apparente, la sentenza che accogliesse la domanda non potrebbe pregiudicare i diritti (su beni mobili registrati) acquistati da terzi di buona fede se la trascrizione della domanda fosse eseguita dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto e la trascrizione dell'acquisto fosse anteriore alla trascrizione della domanda.

¹⁸ L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 320.

Rimane il caso di acquisto del terzo di bene mobile.

La norma di cui all'art. 563 c.c. fa salvi gli effetti del possesso di buona fede, sicché deve escludersi che il legittimario possa chiedere la restituzione al terzo che abbia acquistato in buona fede un bene mobile. Piuttosto è dubbio il significato con il quale si debba intendere la buona fede nell'ambito di questa disciplina. Diversamente dall'ipotesi descritta all'art. 1153 c.c., nella quale, avuto riguardo al suo ambito di applicazione, la buona fede consiste nella mera ignoranza di acquistare da un non proprietario, è plausibile che in questa ipotesi, la buona fede debba essere intesa in modo diverso. In particolare, dovrebbe escludersi la sussistenza di buona fede non già per il solo fatto che il terzo fosse a conoscenza della provenienza donativa del bene, bensì quando, avuto riguardo alla composizione familiare e patrimoniale del donante e considerando il valore del bene donato, la riducibilità della donazione si prospettava come sopravvenienza certa o altamente probabile¹⁹.

In conclusione.

L'acquisto del terzo su un bene immobile è fatto salvo se: *a*) si tratti di acquisto a titolo oneroso; *b*) la domanda di riduzione proposta dal legittimario sia trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione; *c*) l'acquisto del terzo sia trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale.

L'acquisto del terzo su un bene mobile registrato è fatto salvo se: *a*) si tratti di acquisto a titolo oneroso; *b*) la domanda di riduzione proposta dal legittimario sia trascritta dopo tre anni dall'apertura della successione; *c*) l'acquisto del terzo sia trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale.

L'acquisto del terzo su un bene mobile non registrato è fatto salvo se: *a*) il terzo sia in buona fede; *b*) il terzo abbia conseguito il possesso del bene.

Nell'ipotesi in cui l'acquisto non sia salvo e il donatario o il terzo debba restituire il bene al legittimario, quest'ultimo ha diritto anche ai frutti, percepiti o percipiendi, dal giorno in cui è stata proposta domanda di riduzione, anche se la domanda di restituzione venga formulata in un tempo successivo nell'ipotesi di azione contro il donatario, mentre dal giorno della proposizione della domanda di restituzione nell'ipotesi di azione contro il terzo avente causa²⁰.

¹⁹ L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 322.

²⁰ G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 325 s.

Va, tuttavia, precisato che il diritto ai frutti è dovuto soltanto nel caso in cui il legittimario consegua il bene in natura, mentre è escluso nell'ipotesi in cui consegua soltanto il valore, ossia quando l'obbligazione restitutoria si sia trasformata in un diritto di credito, per effetto della decisione del terzo che in luogo di restituire il bene in natura abbia scelto di pagarne l'equivalente in danaro (cfr. art. 563, comma 4, c.c.). In ogni caso, il legittimario che voglia conseguire i frutti ha l'onere di formulare una espressa e rituale domanda, autonoma rispetto all'azione di restituzione, non potendo la prima considerarsi compresa nella seconda.

3. La l. 14 maggio 2005, n. 80, ha modificato le norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c., prevedendo un ulteriore impedimento al potere del legittimario di agire in restituzione contro il terzo acquirente e la salvezza dei diritti acquistati da questi sul bene.

Fermo il potere del legittimario, nei limiti della prescrizione dell'azione, di agire nei confronti del beneficiario della disposizione lesiva (erede, legatario o donatario) con l'azione di riduzione e fermo il potere del legittimario di agire nei confronti del beneficiario della disposizione lesiva con l'azione di restituzione²¹, il nuovo testo degli artt. 561 e 563 c.c. stabilisce che il legittimario non possa più agire con l'azione di restituzione contro il terzo acquirente dal donatario e la salvezza dei diritti sul bene acquistati dal terzo se sia trascorso un ventennio dalla trascrizione della donazione.

Si stabilisce, cioè, che il diritto che il terzo ha acquistato dal donatario è salvo quando sia decorso un ventennio dalla trascrizione della donazione, prescrivendo, però, che il decorso del predetto ventennio possa essere 'sospeso' da parte del legittimario tramite un atto di opposizione alla donazione.

²¹ S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, p. 307, precisa che le modifiche apportate alle norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c. non importano «alcun mutamento della posizione giuridica del donatario in quanto legittimato passivo all'azione di riduzione: azione che rimarrà esperibile nei suoi confronti, fino alla scadenza del relativo termine prescrizione, a prescindere dal momento in cui è stato perfezionato il contratto di donazione e si è provveduto all'adempimento degli oneri pubblicitari allo stesso attinenti». Occorre aggiungere, rispetto alla considerazione svolta dall'a., che la modifica delle predette norme non incide, neppure sulla azione di restituzione contro il beneficiario della disposizione lesiva. In sostanza la modifica incide soltanto rispetto all'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dal donatario.

La norma di cui all'art. 561 c.c. stabilisce che i pesi e le ipoteche, di cui il donatario possa aver gravato il bene (immobile o mobile registrato), restano salvi se la riduzione sia domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione. In questo caso, il donatario ha l'obbligo di compensare in danaro²² i legittimari, in ragione del minor valore dei beni, purché, la domanda di riduzione sia stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione.

L'ipotesi presa in considerazione dall'art. 561 c.c. può così riassumersi. Il donatario, il quale resta nella titolarità del bene, costituisce un peso (es. un diritto reale di godimento o un diritto personale di godimento) o un'ipoteca sul bene ricevuto in donazione; il legittimario del donante, una volta che si sia aperta la successione dell'ultimo, assumendo di essere leso nella sua quota di legittima, agisce con l'azione di riduzione nei confronti del donatario; all'esito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, il legittimario agisce con l'azione di restituzione; all'esito della restituzione, il donatario restituisce il bene al legittimario. Gli è, però, che il donatario ha gravato il bene di un peso o di una ipoteca, sicché si tratta di stabilire quale sia la sorte dell'uno o dell'altro. Ebbene, l'art. 561 c.c. stabilisce che i pesi o le ipoteche, di cui il donatario possa aver gravato il bene, restano efficaci se siano decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione. Nell'ipotesi in cui i pesi e le ipoteche restassero efficaci, il donatario restituirebbe al legittimario un bene che, in ragione di tali pesi o ipoteche, ha un valore inferiore a quello che quel bene avrebbe in assenza di quei pesi o ipoteche. La legge stabilisce, allora, che il donatario debba compensare in danaro il legittimario del minor valore del bene, precisando che tale obbligo di indennizzo è dovuto soltanto se l'azione di riduzione sia proposta entro i dieci anni dall'apertura della successione. Il caso riguarda i pesi e le ipoteche che abbia costituito il donatario e non si applica quando i pesi o le ipoteche siano stati costituiti da un avente causa dal donatario. A tale caso trova, infatti, applicazione l'art. 563 c.c., dovendosi considerare un bene acquistato dal terzo.

La norma di cui all'art. 563 c.c. stabilisce che il legittimario, che abbia ottenuto una sentenza di riduzione contro il donatario e abbia, inutilmente, escusso il patrimonio di costui, può agire contro il terzo acquirente dal donatario e pretendere da costui la restituzione del

²² G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 323, chiarisce che si tratta di una obbligazione risarcitoria e che tale debito è di valore e non di valuta.

bene. La norma, precisa, però, che l'azione di restituzione del bene (immobile o mobile) non può essere chiesta contro il terzo acquirente se siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione.

L'ipotesi presa in considerazione dall'art. 563 c.c. può così riassumersi. Il donatario aliena il bene ricevuto in donazione a un terzo; il legittimario del donante, una volta che si sia aperta la successione dell'ultimo, assumendo di essere leso nella sua quota di legittima, agisce con l'azione di riduzione nei confronti del donatario; all'esito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, il legittimario non può chiedere la restituzione del bene al donatario, dal momento che egli ha alienato il bene al terzo; il legittimario procede, quindi, all'escussione dei beni del donatario; se l'escussione dei beni del donatario non dà esito positivo, ossia il legittimario non riesca a conseguire dal donatario l'equivalente in danaro del bene, agisce, direttamente, in restituzione contro il terzo acquirente²³. Ebbene, l'art. 563 c.c. stabilisce che il terzo acquirente non è tenuto né alla restituzione del bene (né ovviamente al pagamento dell'equivalente in danaro) se siano decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione.

Le norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c. hanno, sostanzialmente, introdotto un vero e proprio limite al potere del legittimario, o, più precisamente, hanno previsto un meccanismo in forza del quale l'acquisto del diritto da parte del terzo, sia che si tratti di un diritto c.d. minore (peso o ipoteca) sia che si tratti della proprietà del bene, non può essere sterilizzato da parte del legittimario.

In particolare, la c.d. stabilizzazione dell'acquisto del diritto del terzo è connessa al trascorrere del ventennio. Al riguardo occorre svolgere due precisazioni. La prima: il ventennio decorre dalla trascrizione della donazione e non anche dal suo compimento, che potrebbe essere anteriore²⁴. La seconda: entro il ventennio è necessario e

²³ G. MARINARO, *o.u.c.*, p. 329, ricorda che l'azione di restituzione contro il terzo acquirente dal donatario rinviene delle limitazioni «sia nell'onere, posto a carico del legittimario leso o pretermesso, della previa escussione dei beni del donatario (sebbene è data possibilità a quest'ultimo di impedire l'escussione soddisfacendo in danaro i diritti del legittimario), sia nella facoltà concessa al terzo di trattenere il bene pagando l'equivalente del medesimo al legittimario. Tali limitazioni, poi, operano in favore degli aventi causa dal donatario dall'erede o dal legatario a prescindere dal tempo del loro acquisto, ovvero tanto se esso sia avvenuto prima, quanto se sia avvenuto dopo l'apertura della successione del donante-*de cuius*, tenendo presente, evidentemente, come per gli aventi causa dall'erede o dal legatario, che l'acquisto possa avvenire soltanto all'indomani dell'apertura della successione».

²⁴ La questione è stata definitivamente risolta, anche da un punto di vista lettera-

sufficiente che il legittimario promuova l'azione di riduzione nei confronti del beneficiario della donazione lesiva, mentre non è, altresì, necessario che promuova, anche l'azione di restituzione nei confronti del donatario, in caso di pesi o ipoteche, o del terzo acquirente dal donatario, nel caso di restituzione del bene²⁵.

Nel complesso si tratta di innovazioni di modesto valore²⁶.

le. La l. 14 maggio 2005, n. 80, nel modificare gli artt. 561 e 563 c.c. aveva collegato il decorso del ventennio, nel primo caso al trascorrere del ventennio "dalla trascrizione della donazione" e nel secondo caso al trascorrere del ventennio "dalla donazione". Successivamente, questa apparente differenza è stata superata dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263, il cui art. 3, comma 1, lett. *a* ha così disposto: «All'articolo 563 del codice civile sono apportate le seguenti modificazioni: *a*) al primo comma, dopo le parole: "e non sono trascorsi venti anni dalla" sono inserite le seguenti: "trascrizione della"; *b*) al quarto comma, dopo le parole: "notificato e trascritto, nei confronti del donatario" sono inserite le seguenti: "e dei suoi aventi causa"». Anche prima della predetta modifica legislativa, che ha definitivamente chiarito che il termine decorre in entrambi i casi dalla trascrizione della donazione, in questo senso si era espressa la migliore dottrina. Cfr. G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa al beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1130, il quale scriveva: «l'integrazione della disposizione di cui all'art. 563 si impone, allora, quale esito, come suole dirsi, di un'interpretazione "costituzionalmente orientata", poiché la disparità di trattamento sarebbe destinata a cadere in forza di eccezione di illegittimità costituzionale, qualora si ritenesse di dover applicare alla lettera la disposizione stessa». Nello stesso senso, S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi*, cit., p. 312.

²⁵ La questione deve risolversi in questo modo, in punto di interpretazione, sebbene il testo degli artt. 561 e 563 c.c. possa, sul punto risultare equivoco. Secondo il testo dell'art. 561 c.c., ai fini della stabilizzazione dell'acquisto, è chiaro che il legittimario debba proporre entro il ventennio dalla trascrizione della donazione l'azione di riduzione. Secondo l'art. 563, commi 1 e 3, c.c. sembra che il legittimario debba promuovere l'azione di restituzione e non già la semplice azione di riduzione. In senso opposto a quello proposto nel testo, A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la legge n. 89/2005*, in *Vita not.*, 2005, p. 765, propone un'interpretazione tesa ad affermare che nell'un caso sia necessario che il legittimario proponga l'azione di riduzione, mentre nell'altro l'azione di restituzione: «se il legittimario vuole restituire gli immobili dal donatario liberi da pesi e ipoteche all'onere di agire in riduzione entro vent'anni dalla trascrizione della donazione; se, invece, vuole restituire gli immobili dagli aventi causa del donatario, ha l'onere di chiedere ad essi la restituzione entro vent'anni dalla donazione». Nello stesso senso, V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2007, p. 174, ha affermato che questa differenza non soltanto non costituiva una svista, ma una scelta di disciplina opportuna, considerando il diverso modo di operare dell'azione di cui all'art. 561 c.c. e di quella di cui all'art. 563 c.c.

²⁶ F. GAZZONI, *Competitività e dannosità*, cit., p. 5, scrive: «la montagna ha partorito un topolino, perché, nel conflitto tra terzi e legittimari, tutto resta come prima, solo che costoro adempiono all'onere di opporsi, entro un termine oltretutto lunghissimo. La novella avrebbe dovuto, pur nella logica-illogica della difesa tribale, almeno riprodurre

Occorre segnalare che la norma di cui all'art. 561 c.c. si riferisce, espressamente, ai beni immobili e ai mobili registrati, omettendo ogni riferimento ai beni mobili, mentre la norma di cui all'art. 563 c.c. si riferisce, espressamente, ai beni immobili e ai beni mobili, ma non anche ai mobili registrati.

Non credo ci siano ragioni per escludere che la disciplina di cui all'art. 563 c.c. possa trovare applicazione anche con riguardo ai beni mobili registrati. Più problematico stabilire se la disciplina dell'art. 561 c.c. possa applicarsi ai beni mobili. In caso di esito positivo, non si può dubitare che per i beni mobili ordinari il termine ventennale cominci a decorrere quando sia stata conclusa la donazione, non potendosi dare la trascrizione dell'atto²⁷.

Si discute intorno alla natura del predetto termine ventennale.

È opinabile che si tratti di un termine di prescrizione²⁸, dal momento che esso comincerebbe a decorrere prima che il diritto (inteso come esercizio dell'azione di restituzione) possa essere fatto valere. Senza dimenticare che se fosse un termine di prescrizione, sarebbe

lo schema dell'art. 2652, n. 8, c.c. e far salvo il peso o l'ipoteca o l'acquisto del terzo, se l'opposizione fosse stata trascritta dopo la trascrizione o iscrizione da parte del terzo stesso e fossero già trascorsi dieci anni dalla trascrizione della donazione. Ovviamente una vera riforma avrebbe invece abbreviato il termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione, con conseguente abbreviazione anche di quello di decadenza previsto dall'art. 2652, n. 8, c.c., e del ventennio. Se non uno, tre-cinque anni sarebbero stati più che sufficienti». Non diversamente, V. MARICONDA, *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1174 ss., secondo il quale si tratta della peggiore riforma immaginabile, con la quale il legislatore avrebbe sostanzialmente inteso risolvere il problema delle donazioni stipulate venti anni addietro.

²⁷ S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi*, cit., p. 308; G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 352. M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle LL. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1280, precisa che il problema potrebbe porsi solo con riguardo all'acquirente di bene immobile di mala fede. Nel caso di acquirente di bene mobile di buona fede l'esigenza di una opposizione mancherebbe, dal momento che, ai sensi dell'art. 563, comma 2, c.c., sono fatti salvi gli effetti del possesso di buona fede. L'opposizione sarebbe utile soltanto per gli acquirenti di bene mobile di mala fede. In senso contrario, però, potrebbe rilevarsi che un'eventuale opposizione fatta dal legittimario al donatario e al donante, potrebbe collocare il donatario nella condizione di mala fede e, in ogni caso, diventerebbe opinabile che per lui possano darsi effetti del possesso.

In senso contrario, F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 6, secondo il quale la disciplina trova applicazione solo per i beni immobili e mobili registrati.

²⁸ In questo senso, G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, p. 291 s., benché l'a. concluda nel senso che non operano le cause di sospensione e interruzione.

applicabile la disciplina sull'interruzione e la sospensione, che ne prolungherebbe irragionevolmente la durata, rendendo, perfino, l'atto di opposizione superfluo nei rapporti tra coniugi e tra genitori e figli. È opinabile, altresì, che si tratti di un termine di decadenza²⁹, non tanto per la sua lunga durata, quanto perché esso non presuppone un diritto da esercitarsi entro un certo tempo.

È da escludere che si tratti, ponendosi nella prospettiva del terzo, di usucapione, dal momento che non si tratta di un termine necessario per compiere l'acquisto da parte del terzo e, soprattutto, dal momento che si prescinde del tutto dall'eventuale possesso del terzo. Sarebbe da escludere che si tratti di usucapione occulta anche ponendosi nella prospettiva del donatario, dal momento che non varrebbe per il donatario, ma soltanto per i suoi aventi causa e che, in ogni caso, si prescinderebbe dal possesso³⁰.

Potrebbe preferirsi l'idea che si tratti di un vero e proprio termine di durata della tutela reale dei legittimari nei confronti dei terzi³¹, ossia di un termine decorso il quale, senza alcuna opposizione, il legittimario non possa più far valere la sua pretesa nei confronti del terzo, che abbia acquistato il diritto (di proprietà o il peso o l'ipoteca) dal donatario.

4. Il termine ventennale, decorso il quale restano efficaci i pesi e le ipoteche, di cui il donatario possa aver gravato il bene e/o il terzo acquirente non è tenuto alla restituzione del bene, può

²⁹ In questo senso, P. CRISCUOLI, *Prime riflessioni sulla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2005, p. 1511; E. DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla L. 14 maggio 2005 n. 80*, *ivi*, p. 1262; A. BUSANI, *L'atto di «opposizione» alla donazione (art. 563, comma 4, c.c.)*, in *Studi e materiali CNN*, Milano, 2005, p. 1115, da cui le citazioni, e in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 13 ss., secondo il quale, se si trattasse di prescrizione dovrebbe applicarsi la disciplina sulla sospensione del termine tra i coniugi, nonché la regola che fa decorrere il termine dal momento in cui il diritto può essere esercitato. G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1131; P. VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 558, 565, 570; S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi*, cit., p. 312 s.; G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., pp. 333 e 349.

³⁰ F. GAZZONI, *Competitività e dannosità*, cit., p. 7.

³¹ R. CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione*, in *Contr. impr.*, 2008, pp. 1088 e 1091, «è, piuttosto, un termine di durata, posto nell'interesse del terzo, rispondente ad esigenze proprie del mercato immobiliare che sarebbe turbato dall'incertezza derivante dalla prolungata instabilità degli acquisti di beni di provenienza donativa, e mal sopporta l'imposizione di pesi e vincoli alla proprietà senza limiti di tempo». M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280 ss.

essere “sospeso” nei confronti del coniuge, dell’unito civile e dei parenti in linea retta del donante, che abbiano notificato e trascritto verso il donatario e i suoi aventi causa un atto stragiudiziale di opposizione.

L’atto di opposizione è, dunque, lo strumento che consente al legittimario di aggredire l’acquisto del terzo, senza temere che esso possa essere fatto salvo dal decorso del ventennio decorrente dalla trascrizione della donazione.

Si potrebbe dire che prima della riforma del 2005 il diritto acquistato dal terzo era sempre in posizione recessiva rispetto al diritto del legittimario, senza necessità che l’ultimo facesse alcunché (il legittimario, salvo la norma di cui all’art. 2652, n. 8, c.c., era sempre in posizione preminente sul terzo che avesse acquistato un diritto sul bene). Successivamente alla predetta riforma, il legittimario può agire contro il diritto acquistato dal terzo (sia diritto minore, sia piena proprietà), purché promuova l’azione di riduzione (non necessariamente quella di restituzione) entro un ventennio dalla trascrizione della donazione e con intesa che qualora volesse conservare questo diritto oltre questo tempo, avrebbe l’onere di fare un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione.

Si tratta di un atto unilaterale, negoziale, recettizio, il quale deve essere fatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (in difetto non potrebbe essere trascritto e, dunque, non si potrebbe interrompere il termine ventennale), sebbene, in punto teorico, non si possa escludere che l’atto possa essere fatto per scrittura privata non autenticata, e che l’effetto di trascrizione possa essere realizzato chiedendo prima l’accertamento giudiziale dell’esistenza dell’atto di opposizione (fatto per scrittura privata non autenticata), e, successivamente, la trascrizione della sentenza di accertamento dell’intervenuta opposizione, una volta che essa sia passata in giudicato.

L’atto di opposizione alla donazione dovrebbe essere prima notificato al donatario e ai suoi aventi causa, e, successivamente³², trascritto nei registri immobiliari³³. Si discute se la trascrizione debba essere

³² G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 350.

³³ La trascrizione deve essere effettuata esclusivamente contro il donatario, mentre non deve essere fatta contro il terzo o i terzi che, *medio tempore*, possano aver acquistato il diritto. Ciò implica che colui che acquista un bene di provenienza donativa ha l’onere di verificare la trascrizione in capo al donatario, al fine di accertare se esista una eventuale opposizione, la quale risulterebbe, stante il carattere personale dei nostri registri immobiliari, esclusivamente a carico del donatario e non a carico dell’eventuale terzo acquirente.

eseguita nelle forme stabilite agli artt. 137 c.p.c. ss.³⁴, ovvero senza il rispetto di particolari formalità³⁵ e, dunque, anche tramite una raccomandata con avviso di ricevimento³⁶.

Potrebbe darsi l'ipotesi che l'atto stragiudiziale di opposizione sia prima trascritto e, successivamente, notificato³⁷. In tale caso occorre verificare se l'effetto sia connesso alla trascrizione o se esso debba considerarsi rinviato al momento in cui è stato anche notificato. Al riguardo credo che la soluzione preferibile sia di connettere l'effetto alla trascrizione dell'atto, con precisazione che in difetto della sua notificazione al donatario e ai suoi aventi causa l'atto dovrebbe considerarsi, comunque, efficace, salvo verificare se l'opponente debba risarcire il danno che abbia subito il donatario o i suoi aventi causa in ragione della mancata notificazione³⁸.

³⁴ Cosí, G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1132; R. CALVO, *L'opposizione alla donazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 352 ss.; G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione*, cit., p. 295; D. ROSSANO, *Rinunzia all'opposizione alla donazione e suoi effetti*, in *Notariato*, 2006, p. 574; M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280. M. IEVA, *La novella degli articoli 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in *Riv. not.*, 2005, p. 943 ss., scrive: «se si ritiene che la notifica serva ad evitare l'onere per il donatario di consultare periodicamente i Registri Immobiliari e la trascrizione serva invece a rendere avvertiti i terzi, potenziali acquirenti del bene, della possibilità che esso divenga oggetto di azione di restituzione, sembra plausibile ritenere che i due adempimenti debbano essere eseguiti secondo l'ordine enunciato dalla norma (in modo tale che non si trasciva un atto inefficace e che sia da tutti conoscibile la decorrenza degli effetti) che, per lo stesso motivo, la notifica debba essere eseguita tramite ufficiale giudiziario e la trascrizione debba essere effettuata in base a documento recante relata di notifica (copia autentica o ulteriore originale a seconda che si tratti di atto messo a raccolta o rilasciato)».

³⁵ A. BUSANI, *L'atto di "opposizione"*, cit., p. 1079 ss., secondo il quale non essendo disposte forme particolari per la notifica non è necessario che essa venga eseguita a opera dell'ufficiale giudiziario, atteso che tale notifica è una specie del più ampio genere della notifica intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario.

³⁶ Cosí, G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 351, «non deve necessariamente effettuarsi mediante ufficiale giudiziario, in quanto opera, in tale contesto, il principio della libertà di forma. Non sono richieste, infatti, particolari modalità, potendo la stessa eseguirsi anche con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno».

³⁷ L'ipotesi non può reputarsi peregrina quando si rifletta che la trascrizione dell'atto, specie quando l'opposizione sia fatta per atto pubblico, sarà curata direttamente dal notaio rogante, a norma dell'art. 2671 c.c., mentre la notificazione sarà affidata al notificante. Potrebbe, dunque, ben darsi che l'atto sia trascritto prima di essere notificato.

³⁸ G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla L. n. 80 del 2005*, in *Riv. not.*, 2005, p. 789 ss., secondo i quali l'atto trascritto produrrebbe i suoi effetti anche se non notificato.

Soggetti legittimati a fare opposizione alla donazione sono il coniuge, l'unito civile e i parenti in linea retta del donante. È evidente che non c'è una precisa sovrapposizione tra i soggetti che possono fare opposizione alla donazione e i legittimari, dal momento che la prima categoria è più ampia della seconda (possono fare opposizione non soltanto i figli, ma tutti i discendenti del donante).

Gli ascendenti debbono reputarsi legittimati a fare opposizione alla donazione³⁹. Nell'espressione "parenti in linea retta" non possono considerarsi compresi soltanto i figli, non essendovi alcuna ragione per escludere che il legislatore abbia inteso far riferimento sia alla linea discendente, sia alla linea ascendente. Peraltro, a ipotizzare che l'espressione "parenti in linea retta" debba far esclusivo riferimento ai discendenti, escludendo gli ascendenti, si offrirebbe un'interpretazione della norma di dubbia legittimità costituzionale. Si dovrebbe, infatti, giungere al paradossale risultato che il legislatore avrebbe previsto per i soli ascendenti un meccanismo capace di escluderli dal potere di agire in restituzione contro il terzo, senza che costoro possano fare alcunché, in guisa che la loro posizione di potenziali legittimari sarebbe irragionevolmente trattata in modo peggiore rispetto a quella degli altri. Diversamente da tutti gli altri potenziali legittimari (coniuge, unito civile, discendenti), che avrebbero la possibilità di 'sospendere' il termine ventennale, gli ascendenti sarebbero stati privati di tale facoltà.

Debbono reputarsi esclusi dal potere di proporre opposizione alla

«La notifica dell'opposizione che segua la trascrizione non ha dunque alcuna utilità concreta, essendo l'astratta conoscibilità dell'atto da parte del donatario già soddisfatta dalla trascrizione, che resta l'unico adempimento in grado di determinare l'effetto sospensivo del ventennio. La notifica, pertanto, avrebbe unicamente lo scopo di agevolare la conoscibilità dell'opposizione in capo al donatario, esentandolo da ogni indagine presso la conservatoria dei registri immobiliari, in modo da evitare che costui inconsapevolmente, magari confidando sull'utile decorso del ventennio, si determini all'alienazione del bene donato o alla costituzione su di esso di diritti reali di garanzia. Scopo, questo, veramente trascurabile rispetto a quello attribuito e svolto dalla trascrizione. Quest'ultima formalità, quindi, sembra essere sufficiente, da sola, a produrre l'effetto sospensivo di cui all'art. 563».

³⁹ Per effetto della riforma della filiazione del 2012 e del 2013 debbono certamente considerarsi legittimati a fare opposizione alla donazione anche gli ascendenti naturali, ossia quei soggetti che, anteriormente alla predetta riforma, non rivestivano la posizione di legittimari. Coloro che, prima del 2012, escludevano gli ascendenti naturali dal potere di fare opposizione giustificavano questa soluzione in ragione dell'esclusione degli ascendenti naturali dal novero dei legittimari. Per tutti, si v. S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi*, cit., p. 316.

donazione sia il coniuge divorziato o l'unito civile dopo lo scioglimento dell'unione civile, sia i figli non riconoscibili. Tale esclusione è facilmente giustificabile, quando si consideri che a favore di questi soggetti l'ordinamento non riserva una quota di patrimonio, ma soltanto un vero e proprio diritto di credito sull'eredità. Costoro, proprio in ragione del diritto che l'ordinamento ha loro riservato, non debbono mai agire con l'azione di riduzione, ma sempre con un'azione di accertamento del diritto e di adempimento.

Sulla base di questo argomento si dovrebbe escludere dal potere di proporre opposizione alla donazione anche il coniuge separato con addebito, dal momento che anche a suo favore l'ordinamento riserva un mero diritto di credito⁴⁰. È preferibile, tuttavia, ipotizzare che anche il coniuge con addebito possa fare opposizione, dal momento che la separazione potrebbe venire meno per effetto di una riconciliazione⁴¹. Per quanto, infatti, l'ipotesi possa apparire di scuola, vale la pena precisare che se la riconciliazione avvenisse dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, il coniuge non potrebbe più agire in restituzione, senza aver avuto la possibilità di conservare un tale diritto.

L'opposizione può essere, utilmente ed efficacemente, esercitata finché sia in vita il donante, sicché deve considerarsi inefficace sia l'opposizione fatta successivamente alla morte del donante, sia quella fatta prima della morte del donante, ma trascritta dopo la sua morte.

Questa considerazione consente di porre il problema rispetto ai legittimari sopravvenuti.

Il coniuge (o unito civile) o il parente in linea retta sopravvenuto rispetto alla donazione ha sempre il potere di fare opposizione alla donazione, purché non siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione. Nell'ipotesi in cui il soggetto dovesse sopravvivere dopo che siano già trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, costui non avrebbe possibilità di fare opposizione, con l'ulteriore conseguenza che non potrebbe agire con l'azione di restituzione nei confronti del terzo che avesse acquistato il diritto dal donatario. Ciò significa che, in questo particolare e singolare caso, il legittimario

⁴⁰ Così, S. DELLE MONACHE, *o.l.u.c.*; M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280. Secondo G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., p. 789 ss., il coniuge separato con addebito acquista il potere di fare opposizione alla donazione soltanto in seguito a una riconciliazione.

⁴¹ G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 343.

risulterebbe privato del potere di agire con l'azione di restituzione contro il terzo acquirente, senza che costui possa fare alcunché⁴².

Non è chiaro se in esito all'opposizione alla donazione, la quale 'sospende' il termine ventennale per domandare la restituzione, l'acquisto si debba considerare definitivamente stabilizzato, oppure continui a correre il termine originario (ventennale) che era stato sospeso, ossia il legittimario abbia un ulteriore ventennio al netto del tempo già trascorso dalla trascrizione della donazione e fino alla trascrizione dell'opposizione⁴³.

S'immagini che Tizio doni a Caio un bene immobile in data 10 gennaio 2018 e che nella stessa data trascriva il contratto di donazione. In assenza di una qualunque opposizione alla donazione, i potenziali legittimari di Tizio conservano il potere di agire in restituzione contro eventuali terzi a cui Caio possa alienare il bene per venti anni dalla trascrizione della donazione, ossia fino al 9 gennaio 2038. Se, per ipotesi, Caio avesse alienato a Sempronio il bene ricevuto in donazione, gli eventuali legittimari di Tizio potrebbero agire in restituzione contro Sempronio fino al 9 gennaio 2038. Se entro quella data dovesse aprirsi la successione di Tizio, tutti i suoi legittimari potrebbero agire in restituzione contro Sempronio. Se, la successione di Tizio dovesse aprirsi oltre quella data, i potenziali legittimari potrebbero agire con l'azione di restituzione nei confronti di Sempronio soltanto se costoro abbiano notificato e trascritto l'opposizione alla donazione. Immaginiamo che Filano, figlio di Tizio, notifichi a Caio e Sempronio opposizione alla donazione e trascriva questa opposizione in data 10 gennaio 2020. Tale opposizione vale a 'sospendere' il termine ventennale. Occorre, però, stabilire se, per effetto di questa opposizione, Filano conservi il potere di agire in restituzione contro il terzo fino al 9 gennaio 2040, salvo che prima di quella data non rinnovi l'opposizione⁴⁴, oppure se per effetto di questa opposizione,

⁴² A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, III, Milano, 2009, p. 593 s., afferma che sotto questo profilo la disciplina potrebbe essere tacciata di illegittimità costituzionale. In questo senso, anche M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280 ss., secondo il quale questa disciplina crea una «disuguaglianza irragionevole».

⁴³ Così, R. CALVO, *L'opposizione alla donazione*, cit., p. 349 ss.; G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1131; E. DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione di beni immobili provenienti da donazione*, cit., p. 1265; G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 349 s.

⁴⁴ Secondo G. MARINARO, *o.u.c.*, p. 348, trattandosi di rinnovazione non è necessario compiere un nuovo atto di opposizione. Si richiede «unicamente una nuova

Sempronio conservi il potere di agire in restituzione contro il terzo fino al 9 gennaio 2058, dacché il termine originario, sospeso per il ventennio decorrente dall'opposizione, continua il suo decorso una volta venuta meno la causa di sospensione.

Sebbene esistano molti e autorevoli consensi a favore della prima ipotesi⁴⁵, alla quale deve accedersi considerando che si tratti di un vero e proprio termine di decadenza, e sebbene la lettera della legge sembri, inequivocabilmente, orientata verso questa direzione, credo che dovrebbe preferirsi, anche avuto riguardo alla finalità di questo intervento legislativo, e nonostante le difficoltà alle quali tale ricostruzione potrebbe esporsi, la prima soluzione.

Una volta che l'opposizione alla donazione sia stata notificata e trascritta comincia a decorrere un nuovo termine ventennale, trascorso il quale, senza che sia rinnovata l'opposizione, l'acquisto del terzo deve considerarsi definitivamente stabilizzato.

La legge che ha modificato le norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c. non prevede alcuna norma transitoria, sicché è da chiedersi se essa debba applicarsi alle donazioni stipulate anteriormente nella data di

trascrizione [del precedente atto di opposizione] preceduta da un'ulteriore notifica del medesimo operata in forza del titolo originario, sia nei confronti del donatario che degli aventi causa dal medesimo, nonché degli eventuali subacquirenti».

⁴⁵ Così A. BUSANI, *L'atto di "opposizione"*, cit., p. 1079 ss., secondo il quale l'opposizione alla donazione sospende il termine di legge ventennale per ulteriori venti anni, con la conseguenza che decorso il ventennio dalla trascrizione della opposizione, continua a decorrere l'ulteriore termine di legge di venti anni, al netto del tempo già trascorso dalla trascrizione della donazione alla trascrizione della opposizione. L'a. nel paragrafo che dedica alla rinnovazione dell'opposizione propone questo esempio, dal quale risulta chiaramente questa sua idea. «Donazione di Tizio a favore di Caio il 1° febbraio 2006; atto di "opposizione" di Mevio il 1 dicembre 2008; notifica dell'atto di "opposizione" il 30 dicembre 2008 e sua trascrizione il 1 febbraio 2009. Dal 2 febbraio 2006 al 31 gennaio 2009 hanno cominciato il loro corso i termini ventennali di cui al primo comma dell'articolo 561 e di cui al primo comma dell'articolo 563 del codice civile; il 2 febbraio 2009 quei termini vengono sospesi; entro il 1 febbraio 2029 occorre effettuare (e probabilmente trascrivere, come oltre si dirà) l'atto di rinnovazione della "opposizione"; se tale rinnovazione non venga effettuata, il 2 febbraio 2029 i termini ventennali di cui al primo comma dell'articolo 561 e di cui al primo comma dell'articolo 563 del codice civile, sospesi il 2 febbraio 2009, ricominceranno il loro corso; se la rinnovazione venga invece effettuata, dal giorno della sua trascrizione (che, come oltre si vedrà, deve probabilmente intervenire entro il 1 febbraio 2029) decorrono altri venti anni; e così via». Anche G. MARINARO, *o.u.c.*, p. 347 s., «l'atto di opposizione, anche se non rinnovato, non provoca la caducazione dei termini già decorsi, sia prima che dopo l'opposizione, trattandosi di sospensione e non di interruzione». M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280 ss.

entrata in vigore della predetta legge (15 maggio 2005) e, in caso di risposta affermativa⁴⁶, quale sia il tempo a muovere dal quale comincia a decorrere il ventennio per queste donazioni⁴⁷.

Se la dottrina è sostanzialmente concorde⁴⁸ nel reputare applicabile questa disciplina anche alle donazioni trascritte anteriormente all'entrata in vigore della presente legge⁴⁹, anche in considerazione del fatto che essa incide sulla futura eventuale azione di restituzione contro il terzo acquirente e non sugli effetti della donazione in quanto tale, esistono incertezze sul momento in cui deve considerarsi decorrente il ventennio. Secondo taluni, infatti, il termine dovrebbe decorrere dal giorno dell'entrata in vigore della legge⁵⁰; secondo altri, il termine dovrebbe decorrere dal 15 maggio 2005, ma soltanto a favore del coniuge o dei discendenti in linea retta che avevano tale *status* familiare entro il ventesimo anno dalla trascrizione della donazione; secondo altri, infine, il termine dovrebbe decorrere dalla data di trascrizione della donazione, con la conseguenza che le donazioni

⁴⁶ Per quel che vale il dato letterale, una risposta di segno affermativo sembra potersi desumere anche dal testo dell'art. 2, comma 4 *novies*, lett. a, del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, poi convertito in legge, il quale, prima di introdurre le modifiche agli artt. 561 e 563 c.c., afferma che la disciplina è posta «al fine di agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito». L'aggettivo già sembrerebbe voler comprendere nell'ambito applicativo della riforma anche gli immobili che hanno già costituito oggetto di donazione.

⁴⁷ Sui problemi di diritto intertemporale, si v. L. PULITANÒ, *L'opposizione alla donazione e il diritto intertemporale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 822 ss.

⁴⁸ In senso contrario, V. MARICONDA, *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, cit., p. 1179; A.A. DOLMETTA e M.C. LUPACCHINO, *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli artt. 561 e 563 c.c.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, in *Vita not.*, 2005, p. 692. Secondo tali a. la disciplina si applicherebbe, esclusivamente, alle donazioni che siano state concluse successivamente all'entrata in vigore della legge e, dunque, alle donazioni concluse successivamente alla data del 15 maggio 2005.

⁴⁹ R. FRANCO, *Artt. 561 e 563 del Codice civile: la novella e qualche riflessione sparsa sul diritto transitorio*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1271 ss.

⁵⁰ Così, G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1135 s., secondo cui «al legittimario non può imputarsi il mancato assolvimento di un onere in un tempo in cui tale onere non era previsto: ad opinare diversamente, si darebbe delle nuove norme applicazione non già immediata, ma retroattiva; applicazione che avrebbe dovuto semmai prevedersi, opportuno o no che ciò fosse, da disposizione transitoria apposita, la quale fa invece difetto». G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., p. 789, reputano che in via prudenziale, specie per il notaio, questa debba essere la interpretazione da preferire, sebbene non escludano, anche considerando la portata e la finalità della novella, che il termine si consideri decorrente sin dal tempo della trascrizione della donazione. G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione*, cit., p. 279 ss.

che fossero state trascritte anteriormente al 15 maggio 1985 dovrebbero considerarsi stabilizzate⁵¹.

5. La norma di cui all'art. 563 c.c. stabilisce, dettando una regola che vale anche per l'art. 561 c.c., che il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile.

La personalità serve a ribadire che l'opposizione vale per il solo soggetto che l'abbia esercitata, mentre non si estende agli altri⁵². Non vale, invece, a escludere che l'azione possa essere esercitata per il tramite di un rappresentante, vieppiù se si consideri che tra i soggetti legittimati vi sono i figli e che sarebbe paradossale escludere i minori dall'esercizio del diritto di opposizione. Al riguardo deve, dunque, ammettersi che l'opposizione dei figli minori possa essere proposta dal genitore che non sia in conflitto di interessi, oppure da un curatore speciale che venga, all'uopo, nominato⁵³, con intesa che il genitore che dovesse omettere di compiere nell'interesse del minore l'atto di opposizione alla donazione, potrebbe decadere dalla responsabilità genitoriale, ai sensi dell'art. 344 c.c. Il soggetto interdetto sarà rappresentato dal tutore e, nel caso in cui quest'ultimo sia in conflitto di interessi rispetto alla donazione, dal protutore. Il minore emancipato e l'inabilitato possono fare opposizione alla donazione personalmente, dal momento che si tratta di un atto di ordinaria amministrazione, tendente alla mera conservazione e incremento del patrimonio della persona incapace. Nel caso di soggetto ammesso

⁵¹ In questo senso, F. TASSINARI, *La "provenienza" donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, in *Studi e materiali CNN*, cit., p. 1141 ss., il quale, però, ha auspicato l'introduzione di una norma transitoria del seguente tenore. «Per le donazioni anteriori al 15 maggio 2005, fermo comunque il termine generale di venti anni dalla donazione o relativa trascrizione ove lo stesso sia ancora in corso, coloro che già possedevano lo *status* di coniuge o di parente in linea retta del donante al ventennio dalla donazione, ed essi soltanto, abbiano comunque – anche se la donazione fosse anteriore di oltre venti anni – un adeguato termine, a partire dall'entrata in vigore della norma transitoria (ad es. uno o due anni), per porre in essere l'atto stragiudiziale di opposizione di cui all'art. 563 comma 4 c.c.». Anche, F. GAZZONI, *Competitività e dannosità*, cit., p. 8; V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione*, cit., p. 179; A. BUSANI, *L'atto di "opposizione"*, cit., p. 1079 ss.; R. FRANCO, *Artt. 561 e 563*, cit., p. 1282. G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 359, che pure aderisce a questo orientamento, ha cura di precisare che tale disciplina non si applica alle successioni che si siano aperte anteriormente alla data del 15 maggio 2005.

⁵² G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1133; G. MARINARO, *o.u.c.*, p. 343.

⁵³ S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi*, cit., p. 316 s.

al beneficio dell'amministrazione di sostegno, costui è legittimato a proporre personalmente opposizione, alla donazione, a meno che non si tratti di un atto che il giudice abbia espressamente stabilito che debba essere compiuto dall'amministratore di sostegno (cfr. artt. 405, comma 5, n. 3, e 409 c.c.) o con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (cfr. artt. 405, comma 5, n. 4 e 409 c.c.), oppure il giudice abbia deciso di estendere all'amministrazione di sostegno la disciplina sull'interdizione (cfr. art. 411, comma 4, c.c.).

Il riferimento alla "personalità", infine, serve a escludere che il diritto di fare opposizione possa essere trasmesso sia con atto tra vivi, sia a causa di morte⁵⁴ e serve anche a escludere dal suo esercizio i creditori del legittimario in via surrogatoria, *ex art.* 2900 c.c.⁵⁵.

Più complesso, invece, è il riferimento al concetto di rinunziabilità, ossia intendere quale sia l'oggetto della rinunzia.

In primo luogo, deve precisarsi che la rinunzia all'opposizione non ha alcuna attinenza con l'azione di riduzione⁵⁶, dacché essa può incidere soltanto sul diritto del legittimario di agire nei confronti del terzo acquirente dal beneficiario della disposizione lesiva, mentre è influente rispetto al diritto del legittimario di agire nei confronti del beneficiario della disposizione lesiva (disposizione testamentaria o donazione) sia con l'azione di riduzione, sia con quella di restituzione⁵⁷.

Ciò precisato deve intendersi il significato di rinunzia all'opposizione.

Stando alla lettera della legge, che riferisce la rinunzia al diritto

⁵⁴ G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1133, precisa che tale diritto non si trasmette agli eredi del titolare, sicché l'unica possibilità per costoro di esercitarlo è che lo abbiano acquistato a titolo originario. S'immagini che Tizia, dopo aver avuto un figlio con Caio, contragga matrimonio con Sempronio. S'immagini che Sempronio faccia una donazione. Tizia, in qualità di coniuge ha diritto di fare opposizione. Se Tizia mancasse ai vivi, senza aver fatto opposizione alla donazione, questo diritto non potrebbe essere esercitato da suo figlio. Il quale non acquisterebbe questo diritto, neppure *iure proprio*, non essendo un discendente di Sempronio. G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 344.

⁵⁵ F. GAZZONI, *Competitività e dannosità*, cit., p. 8; G. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 1132 s.

⁵⁶ G. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 1134.

⁵⁷ In senso contrario sembra orientato A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la legge n. 80/2005*, cit., p. 767, secondo cui la rinunzia all'opposizione sarebbe una sorta di rinunzia indiretta all'azione di riduzione. «Qualora, dopo la morte del donante, si evidenzia una lesione della riserva, il legittimario che agisse riduzione mostrerebbe un comportamento contraddittorio, suscettibile di essere paralizzato, in *limine litis*, da una *exceptio doli generalis*».

dell'opponente, deve ipotizzarsi che si tratti di una rinuncia preventiva⁵⁸, ossia di una rinuncia a fare opposizione alla donazione.

Il coniuge o l'unito civile o i parenti in linea retta del donante che rinunzino all'opposizione si privano, anticipatamente, del potere di fare opposizione alla donazione⁵⁹.

Trattandosi di rinuncia, ossia di atto che ha l'effetto di estinguere il potere in capo al rinunziante, ne consegue che l'opposizione fatta da parte di colui che abbia rinunziato, deve considerarsi senza effetto. La posizione giuridica del rinunziante non è quella di colui che si è obbligato a non fare opposizione, ma quella di colui che ha consumato il proprio potere. In conseguenza, l'opposizione fatta da colui che abbia preventivamente rinunziato a questo potere, non è un atto valido, che importa una sua responsabilità per violazione dell'obbligo, bensì un atto del tutto privo di effetto, proprio perché compiuto da colui che non ha lo specifico potere.

La circostanza che il rinunziante si privi del potere di fare opposizione, non dovrebbe privarlo del potere di agire in restituzione contro il terzo acquirente, nell'ipotesi in cui non sia spirato il ventennio dalla trascrizione della donazione⁶⁰. In altri termini, altro è la rinuncia all'opposizione, ossia la rinuncia a fare nel ventennio opposizione alla donazione, con la conseguenza che il rinunziante perde la possibilità di 'sospendere' questo termine, altro è la rinuncia all'azione di restituzione, ossia la rinuncia ad agire in restituzione.

Non credo che la rinuncia preventiva all'opposizione possa valere anche come rinuncia all'azione di restituzione, ossia possa impedire a colui che abbia rinunziato a fare opposizione di agire in restituzione contro il terzo acquirente, se la successione del donante dovesse aprirsi prima che sia decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione⁶¹. Affermare che la rinuncia a fare opposizione non vale a

⁵⁸ G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1133.

⁵⁹ In questo senso, A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, cit., p. 557.

⁶⁰ G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 354.

⁶¹ In senso contrario, G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., p. 789 ss., secondo cui una tale lettura sarebbe contraria alla *ratio legis*, la quale avrebbe voluto precludere al rinunziante l'azione di restituzione contro il terzo. In conclusione – secondo gli aa. – «la rinuncia al diritto di opposizione non sarebbe altro che una rinuncia alla stessa azione di restituzione verso i terzi e/o, a seconda dei casi, alla liberazione del bene dai pesi e dalle ipoteche. La prudenza che connota l'attività notarile, tuttavia, dovrebbe, in attesa di un necessario intervento chiarificatore del legislatore, indurre ad attestarsi in favore dell'interpretazione restrittiva (letterale)».

privare il rinunziante del potere di agire con l'azione di restituzione contro il terzo, qualora la successione del donante dovesse aprirsi entro il ventennio dalla trascrizione della donazione, non significa che una tale rinunzia non sia valida o efficace, ma soltanto che la rinunzia all'opposizione non può, in sé e per sé considerata, produrre anche questo tipo di effetto.

Considerando che il legislatore ha ammesso la rinunzia preventiva a fare opposizione, non credo si possa dubitare che sia ammissibile anche una rinunzia successiva all'opposizione⁶², ossia una rinunzia agli effetti di un'opposizione già esercitata, per effetto della quale il soggetto rinunzi a valersi dell'ulteriore termine decorrente dal momento in cui l'opposizione è stata trascritta.

Un esempio aiuta la comprensione dell'ipotesi. S'immagini che Tizio abbia donato a Caio un bene immobile e trascritto la donazione in data 1 febbraio 2000. Il coniuge, l'unito civile o parenti in linea retta di Tizio possono agire contro eventuali terzi acquirenti da Caio per venti anni dalla trascrizione della donazione, ossia fino al 31 gennaio 2020. Se costoro volessero conservare tale potere per un tempo ulteriore, avrebbero l'onere di fare, entro quel termine, opposizione alla donazione. Si immagini che Sempronio, figlio di Tizio, notifichi e trascriva un'opposizione a questa donazione in data 10 marzo 2018. Per effetto dell'opposizione esercitata, Sempronio sospende il termine ventennale e conserva il potere di agire contro eventuali terzi acquirenti di Caio per ulteriori venti anni a decorrere dal momento in cui l'opposizione è stata trascritta e, dunque, fino al 9 marzo 2038. Una volta che Sempronio abbia fatto opposizione alla donazione, egli può, però, rinunciare all'opposizione esercitata, ossia può decidere di non giovare degli effetti dell'opposizione già formulata. Se Sempronio rinunziasse all'opposizione esercitata, egli potrebbe agire contro eventuali terzi acquirenti di Caio fino al 31 gennaio 2020 e non più fino al 9 marzo 2038. In altri termini, per effetto della rinunzia successiva all'opposizione, Sempronio perderebbe il diritto che l'opposizione gli aveva attribuito, ossia estendere di ulteriori venti anni il potere di agire con l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti dal donatario e ritornerebbe nella stessa situazione esistente anteriormente alla rinunzia. La rinunzia successiva all'opposizione priva di effetto quella opposizione.

⁶² In questo senso, R. CALVO, *L'opposizione alla donazione*, cit., p. 352 ss.; V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione*, cit., p. 174 ss.; G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *o.u.c.*, p. 789 ss.; A. BUSANI, *L'atto di "opposizione"*, cit., p. 1079 ss.

Come nel caso di rinunzia preventiva all'opposizione, anche nel caso di rinunzia successiva a una opposizione già esercitata, credo che si possa escludere l'idoneità di questo atto a valere, in sé e per sé, quale atto di rinunzia all'azione di restituzione. La rinunzia successiva all'opposizione determina la sola rimozione dell'effetto dell'opposizione già formulata, ma non esclude il potere di agire in restituzione contro i terzi, qualora la successione del donante dovesse aprirsi entro il ventennio dalla trascrizione della donazione.

È opinabile se il soggetto che abbia fatto una rinunzia successiva possa fare una nuova opposizione, ossia se la rinunzia successiva all'opposizione abbia come unico effetto di eliminare gli effetti prodotti dalla opposizione già formulata e rinunziata, oppure abbia anche l'effetto, analogamente alla rinunzia preventiva, di privare il rinunziante del potere di fare successiva opposizione.

Sul punto, mi sentirei di affermare, salva ovviamente una valutazione del singolo caso concreto, che la rinunzia all'opposizione già esercitata serva, soltanto, a eliminare gli effetti dell'opposizione fatta, mentre non valga a privare il rinunziante del potere di fare una nuova opposizione (sempre che non sia già decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione). Sebbene sia opportuno precisare che nel singolo caso è plausibile ipotizzare che colui che faccia una rinunzia all'opposizione già formulata intenda anche privarsi del potere di fare opposizione (sicché la rinunzia successiva contenga anche una rinunzia preventiva), occorre ribadire che questo effetto è ulteriore e diverso rispetto a quello proprio di una rinunzia successiva a una opposizione già formulata. La circostanza che un tale effetto sia plausibile non esclude, però, la necessità di compiere una valutazione del singolo caso concreto e, soprattutto, nell'ipotesi in cui si vogliano evitare contenziosi che il testo della rinunzia sia particolarmente esplicito, di modo che risulti sia l'intenzione del soggetto di rinunciare all'effetto della opposizione già formulata, sia di rinunciare al potere di fare ulteriori opposizioni.

Mi pare, dunque, che la rinunzia preventiva all'opposizione e la rinunzia successiva all'opposizione siano tendenzialmente atti capaci di produrre effetti diversi. La prima consuma il potere del rinunziante di fare opposizione, ossia impedisce al rinunziante di fare, rispetto alla singola donazione, un ulteriore e successivo atto di opposizione; la seconda, viceversa, elimina l'effetto prodotto da un'opposizione già notificata e trascritta.

Sia la rinunzia preventiva all'opposizione sia la rinunzia successiva

all'opposizione sono atti suscettibili di essere trascritti⁶³. Considerando, infatti, che il nostro legislatore prevede, espressamente, la trascrivibilità dell'atto di opposizione alla donazione, per il principio di simmetria, dovrebbe ammettersi anche la trascrizione della rinuncia all'opposizione. In ogni caso, anche qualora si volesse escludere la autonoma trascrivibilità della rinuncia all'opposizione, essa dovrebbe reputarsi titolo idoneo per ottenere un'annotazione⁶⁴ o la cancellazione⁶⁵ della trascrizione dell'opposizione.

Volendo riassumere potrebbe dirsi che si tratta di atti diversi sia per oggetto sia per effetto.

La rinuncia preventiva all'opposizione è un atto con il quale il soggetto, contestualmente alla donazione o successivamente a essa, si priva del potere di fare opposizione. L'unità minima effettuale di questa rinuncia è la consumazione del potere di fare opposizione, con precisazione che una successiva opposizione sarà senza effetto. Questo atto non vale, di per sé, rinuncia all'azione di restituzione contro il terzo acquirente, e, dunque, non impedisce al rinunziante di agire con l'azione di restituzione nei confronti del terzo, qualora la successione del donante si dovesse aprire entro il ventennio dalla trascrizione della donazione.

La rinuncia successiva all'opposizione già esercitata è un atto con il quale il soggetto si priva dell'effetto favorevole a lui derivante dalla opposizione, ossia della 'sospensione' del termine ventennale entro il quale quel soggetto può agire con l'azione di restituzione contro il terzo acquirente. L'unità minima effettuale di questa rinuncia è l'eliminazione della c.d. 'sospensione' del termine, prodotta per effetto dell'opposizione, con la conseguenza che il termine ventennale (decorso il quale il soggetto non può più agire con l'azione di restituzione) si considera decorrente dalla data di trascrizione della donazione, come se l'opposizione non fosse mai stata notificata e trascritta. Considerando l'unità minima effettuale di questo atto, deve escludersi che esso, specie ove sia chiaramente formulato in termini di mera rinuncia all'opposizione già esercitata, possa anche valere quale ri-

⁶³ Secondo G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 355, si tratterebbe si una mera preferibilità, dacché, in punto di diritto, l'a. reputa che la rinuncia all'opposizione non sia un atto formale, ossia un atto per la validità del quale la legge richiede il rispetto di una forma scritta o di una forma particolare, né un atto che debba, a pena di efficacia essere trascritto.

⁶⁴ G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., p. 1133.

⁶⁵ Così, G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., p. 790.

nunzia a fare una nuova opposizione, ossia produrre un effetto tipico di una rinunzia preventiva all'opposizione. Tendenzialmente questo atto non vale a privare il rinunziante del potere di fare opposizione. Ovviamente, questo atto non priva il rinunziante, neppure, del potere di agire contro il terzo acquirente con l'azione di restituzione, qualora la successione del donante si apra entro il ventennio dalla trascrizione della donazione. Questo atto non vale, cioè, quale rinunzia all'azione di restituzione contro il terzo.

6. L'ammissibilità di una rinunzia preventiva all'opposizione e di una rinunzia successiva all'opposizione apre seriamente alla possibilità di reputare valida una rinunzia all'azione di restituzione, ossia una espressa dichiarazione con la quale il legittimario rinunzi, prima dell'apertura della successione, ad agire in restituzione contro il terzo acquirente dal donatario.

La dottrina⁶⁶ ha manifestato significative aperture e anche in giurisprudenza si sono registrate importanti pronunzie al riguardo⁶⁷.

L'ammissibilità di una tale rinunzia, verso la quale esistono considerevoli argomenti a suo sostegno, impone di superare alcuni ostacoli, storicamente connessi all'atteggiamento restrittivo della nostra letteratura e giurisprudenza. In primo luogo, occorre superare il pregiudizio che la rinunzia all'azione di restituzione integri gli estremi di un patto successorio; in secondo luogo, che tale azione sia indisponibile, siccome diritto del legittimario⁶⁸.

⁶⁶ Sono favorevoli ad ammettere la rinunzia all'azione di restituzione, tra gli altri: G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1282; G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674, nota 6; V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione*, cit., p. 175; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 139 ss. In senso favorevole anche la dottrina notarile, per la quale si consideri lo Studio n. 11 approvato il 7 aprile 2014 di A. GIANOLA e A. DI SAPIO, *La rinuncia del legittimario alla restituzione del bene immobile donato da parte del terzo acquirente dal donatario*; A. SEMPRINI, *La progressiva erosione della legittima in natura*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1054 ss. In senso contrario, M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino*, cit., p. 216 ss.

⁶⁷ Tra le prime, Trib. Torino, 25 settembre 2014, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 211 ss.

⁶⁸ Secondo R. CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati*, cit., p. 1098 s., l'unica ipotesi plausibile è un patto tra il potenziale legittimario e il terzo con il quale il primo si impegna, secondo lo schema tipico del *pactum de non petendo*, ad agire con l'azione di restituzione. «Non, dunque, una rinunzia al diritto di chiedere la restituzione, tale da determinare l'estinzione della tutela reale delle (eventuali) ragioni del (futuro) legittimario. Perché, come si è già precisato, questo effetto deriva

Muoviamo dalla prima questione.

Diversamente dal passato, la tutela del legittimario nei confronti del terzo acquirente non è più temporalmente illimitata e automaticamente discendente dalla legge, bensì temporalmente limitata e rimessa a un atto d'impulso del legittimario, il cui effetto è, peraltro, rinunziabile⁶⁹.

In questa prospettiva sembra, allora, da escludere che l'azione di restituzione possa considerarsi un diritto che spetta sulla successione futura, con l'ovvia conseguenza che un'eventuale rinunzia all'azione non potrebbe considerarsi riconducibile entro i confini dell'atto successorio rinunziativo⁷⁰. Inoltre, poiché la rinunzia all'azione di restituzione riguarda un singolo bene proveniente da una determinata donazione, il rinunziante sarebbe sempre ben consapevole del valore del bene e non vi potrebbe essere il rischio che costui non comprenda l'importanza concreta dell'atto compiuto⁷¹.

ex lege dal decorso del termine di venti anni dalla trascrizione della donazione. E la legge non sembra mettere fattispecie equipollenti. Ma soltanto un patto con il quale si conviene nei confronti dell'altra parte la inesigibilità del credito alla restituzione della cosa donata o al pagamento dell'equivalente in danaro, qualora tale credito venga ad esistenza dopo l'escussione dei beni del donatario».

⁶⁹ In questi termini, G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione*, cit., p. 1282.

⁷⁰ G. D'AMICO, *o.u.c.* p. 1295, pur escludendo che l'azione di restituzione possa considerarsi un diritto successorio, precisa che «ove si dovesse muovere dall'assunto che il "diritto" alla restituzione nei confronti del terzo costituisca un "diritto successorio" (e che, quindi, la rinunzia a esso rientri – almeno astrattamente – nel divieto di cui all'art. 458 c.c.) dovrebbe riconoscersi che il 4° comma del "nuovo" art. 563 c.c., introduce senz'altro una deroga al divieto in questione, configurando l'interesse sottostante (a poter agire anche verso il terzo) di cui è portatore il legittimario come un interesse "disponibile". E – come già evidenziato – sarebbe irragionevole ritenere che detto interesse sia "disponibile" con riferimento al periodo successivo al ventennio dalla trascrizione della donazione, e viceversa "indisponibile" con riguardo al periodo precedente». In questo senso, anche G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, p. 397, il quale ammette la rinunzia all'azione di restituzione sulla base del rilievo che la nuova disciplina avrebbe sostanzialmente posto una deroga alla disciplina sui patti successori; ID., *La rinunzia anticipata all'azione di restituzione*, *ivi*, 2015, p. 195; R. CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. not.*, 2005, V, p. 1033 s. Pur in una diversa prospettiva, anche F. PENE VIDARI e G. MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, *ivi*, 2006, III, p. 715 ss.

⁷¹ G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante*, cit., p. 406, esclude che la rinunzia all'azione di restituzione possa integrare gli estremi di un patto successorio rinunziativo per numerose ragioni. In primo luogo, il rinunziante non potrebbe commettere un atto di prodigali-

Se poi si dovesse condividere l'idea che il divieto del patto successorio è il divieto di disporre, tra vivi, della delazione⁷², sarebbe, davvero, semplice dimostrare che la rinuncia alla restituzione è ben altro dal patto successorio, non essendo un atto con il quale il legittimario dispone della delazione.

La sola circostanza che detta azione non possa essere considerata un diritto che spetta al legittimario sulla successione⁷³, e che, di conseguenza, un atto di rinuncia non possa considerarsi nullo per violazione della norma di cui all'art. 458 c.c., non basta, però, a considerare valida la rinuncia preventiva all'azione di restituzione⁷⁴.

Occorre, dunque, venire alla seconda e più significativa questione.

Sulla diversità strutturale tra azione di riduzione e azione di restituzione è facile convenire⁷⁵ e può, oggi aggiungersi che le modifiche

tà involontario, perché rinuncerebbe alla sola azione di restituzione contro un singolo bene. In secondo luogo, non commetterebbe un atto contrario all'etica comune, dal momento che il bene è già fuoriuscito dal patrimonio del futuro *de cuius*, sicché esso non può essere concluso in vista o in occasione della morte del donante. Infine, il rinunziante ha sempre il potere di agire con l'azione di riduzione. «In conclusione: il divieto di patti successori rinunciativi si fonda, a differenza di quelli istitutivi, su argomentazioni non molto persuasive (rischio di prodigalità e comportamenti immorali collegati all'evento morte) e la rinuncia alla azione di restituzione durante la vita del donante, a determinate condizioni, non contrasta con nessuna delle stesse». ID., *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, cit., p. 196 ss., aggiunge che il tenore letterale degli artt. 458, 557, 563 c.c. confermerebbe la non contrarietà al divieto di patti successori della rinuncia preventiva all'azione di restituzione.

⁷² Così, V. BARBA, *I patti successori*, cit. La norma di cui all'art. 458 c.c., limitatamente agli atti rinunciativi, ha inteso vietare quegli atti con i quali il soggetto rinunzi a divenire o ad acquistare la qualità di erede o di legatario, ovvero rinunzi alla quota, o a una minor frazione della quota, di eredità a quegli astrattamente spettante, ovvero rinunzi alla quota, o a una minor frazione della quota, di patrimonio astrattamente riservato ai legittimari, ovvero rinunzi agli altri diritti, nel senso precedentemente inteso, che la legge riserva ai legittimari. Tutto ciò con l'ovvia precisazione che quando la rinuncia all'azione di restituzione sia posta al solo scopo di rinunciare alla qualità di erede, in guisa che dall'interpretazione dell'atto di rinuncia si possa indurre questa intenzione, non v'ha dubbio che l'atto debba considerarsi vietato per contrarietà all'art. 458 c.c., ossia che questo atto vada considerato una rinuncia all'eredità.

⁷³ In senso contrario, M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino*, cit., p. 216 ss.

⁷⁴ Sul tema, da ultimo, con un'efficace e puntuale sintesi di tutte le posizioni di dottrina espresse, manifestando un'argomentata preferenza per la soluzione che nega l'ammissibilità di una rinuncia all'azione di restituzione, M. TATARANO, *o.u.c.*, p. 238 ss.

⁷⁵ F. MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 129 ss., il quale, per primo, dopo l'introduzione del nuovo co-

apportate agli artt. 561 e 563 c.c. sembrano aver, definitivamente, affrancato l'azione di restituzione dai diritti connessi alla successione, dacché tale ultima azione può perdersi anche prima dell'apertura della successione o, sotto un diverso profilo, possono occorrere circostanze impeditive dell'esercizio dell'azione medesima.

Per escludere, però, che l'azione di restituzione sia indisponibile, in ragione dell'inderogabilità che connota la disciplina di tutela dei legittimari, occorre svolgere una valutazione non soltanto strutturale, ma anche funzionale⁷⁶.

In termini strutturali è facile affermare che l'introduzione dell'atto di opposizione alla donazione e la previsione esplicita del potere di rinunciare rafforzano l'idea che sia possibile non soltanto rinunciare a esercitare l'azione di riduzione dopo i venti anni dalla trascrizione della donazione, ma anche prima del decorso del ventennio⁷⁷. Ammessa la disponibilità dell'interesse a esercitare l'azione di restituzione contro il terzo dopo il decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione, dovrebbe ammettersi anche la disponibilità di tale interesse per il tempo anteriore al decorso ventennale⁷⁸. Tale rinuncia, peraltro, sarebbe non soltanto specifica, dacché escluderebbe il ricorso all'azione di restituzione contro un bene determinato e specifico e non il ricorso, generale, all'azione di restituzione, ma, soprattutto, non intaccherebbe i diritti del legittimario, che potrebbe continuare

dice, spiega l'impossibilità di una assimilazione o *reductio ad unam* delle due azioni.

⁷⁶ Così, chiaramente, G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis*, cit., p. 674, nota 6, il quale scrive: «giova chiarire, tuttavia, che la configurabilità della rinuncia anticipata all'azione di restituzione si gioca su aspetti non soltanto strutturali, come talvolta si è proposto, ma soprattutto funzionali. [...] per valutare la «disponibilità» di una situazione soggettiva, e degli interessi a essa sottesi, non è possibile limitarsi formalisticamente ad analisi meramente strutturali del diritto oggetto di rinuncia. Al contrario, occorre anche esaminare gli aspetti funzionali, ossia la relazione intercorrente tra l'azione di riduzione (senz'altro indisponibile prima dell'apertura della successione) e l'azione di restituzione. In altre parole occorre anche dimostrare se l'azione di restituzione sia funzionale all'azione di riduzione, al fine di valutare se sia o no necessario un medesimo trattamento tra i due «rimedi» per evitare l'eventuale deroga di interessi indisponibili».

⁷⁷ In questo senso, per tutti, G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione*, cit., p. 1293.

⁷⁸ G. D'AMICO, *o.l.u.c.*: «se la tutela del legittimario nei confronti del terzo è stata resa «disponibile» (sancendo la «rinunciabilità» dell'opposizione alla donazione) per il periodo successivo al ventennio dalla trascrizione della donazione, appare plausibile assumere che lo stesso debba/possa valere anche con riferimento alla tutela del medesimo interesse relativamente al periodo del primo ventennio dalla trascrizione della donazione».

ad agire contro il donatario, nei confronti del quale conserverebbe l'azione di riduzione e il diritto a pretendere il valore del bene⁷⁹.

Più difficile l'indagine in termini funzionali. Al riguardo, può, tuttavia, escludersi, anche alla luce della riforma degli artt. 561 e 563 c.c. una relazione di necessaria funzionalità dell'azione di restituzione rispetto alla tutela dei legittimari⁸⁰. Quest'ultima, infatti, al di là della possibilità che l'azione di restituzione possa essere perduta anche prima dell'apertura della successione, è garantita dalla sola azione di riduzione, ossia dall'azione che consente al legittimario di accertare la lesione subita ed, eventualmente, nel caso in cui questi sia stato pretermesso o diseredato, la sua qualità di erede, nonché di recuperare il (diritto sul) bene in capo al destinatario della liberalità o, nel caso in cui l'ultimo ne abbia perduto la disponibilità, di escutere il patrimonio personale di quello, per conseguirne il valore.

Ciò soltanto basta per soddisfare il diritto del legittimario, che non è, come insegna, da sempre, la dottrina⁸¹, proteso a una certa porzione qualitativa del bene, ma a una determinata quota di patrimonio, ossia a una certa quantità. La realizzazione della quale può considerarsi soddisfatta anche mercé il conseguimento dell'equivalente, come dimostra non soltanto la disciplina sulla preventiva escussione del patrimonio del donatario rispetto all'azione di restituzione, ma anche la disciplina sul perimento del bene donato⁸².

Sotto un diverso profilo non credo si possa escludere l'ammissibilità di una rinuncia all'azione di restituzione, assumendo che la tutela dei legittimari debba considerarsi prevalente rispetto all'interesse alla circolazione immobiliare o alla tutela della proprietà⁸³, in guisa da dover concludere che il legislatore avrebbe ammesso una sorta di rinuncia differita, ma non anche una rinuncia immediata

⁷⁹ V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione*, cit., p. 173; F. PENE VIDARI e G. MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari*, cit., p. 715 s.

⁸⁰ Così, G. PERLINGIERI, *Il «discorso preliminare» di Portalis*, cit., p. 674 s., nota 6.

⁸¹ Per tutti, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4^a ed., Milano, 2000; G. AMADIO, *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 666; G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, IV, p. 824 s.

⁸² In senso contrario M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280 ss., secondo cui l'azione di restituzione è strettamente funzionale all'azione di riduzione, con la conseguenza che una rinuncia preventiva all'azione di restituzione non sarebbe ammissibile, sia perché impingerebbe nel divieto di patti successori, sia perché incontrerebbe il divieto posto nell'art. 557, comma 2, c.c.

⁸³ In questo senso, M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino*, cit., p. 239 s.

all'azione di restituzione⁸⁴. La prevalenza dell'interesse dei legittimari sull'interesse del *de cuius* o dei terzi mi sembra, infatti, una vera e propria petizione di principio che, peraltro, non mi sembra capace di offrire un adeguato quadro dei principi e valori normativi della nostra contemporaneità. Senza tralasciare di considerare che la rinuncia all'azione di restituzione contro un determinato bene non comporta una definitiva eliminazione della tutela del legittimario, il quale è certamente tutelato sia dall'azione di riduzione, sia dall'azione di restituzione contro il donatario, nei confronti del quale continua a conservare una tutela di tipo obbligatorio.

Credo, in definitiva, che negare l'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione costituisca l'estremo tentativo di conservare ai legittimari una tutela reale, con un atteggiamento che non soltanto non può più trovare una adeguata giustificazione nel quadro dei principi e i valori vigenti nel nostro sistema ordinamentale⁸⁵, ma, soprattutto, che non è più in sintonia con le linee normative dell'oggi, che sembrano segnate proprio dal tentativo di superare, seppure in parte, la tutela reale. Per avvedersene basti pensare non soltanto alla disciplina sul patto di famiglia⁸⁶, non soltanto alla disciplina che consente, pur entro certi e ristretti limiti, l'esclusione dalla successione del genitore⁸⁷, non soltanto al dibattito sulla riducibilità delle donazioni indirette⁸⁸, ma anche a tutte le importanti innovazioni che ci provengono

⁸⁴ M. TATARANO, *o.u.c.*, p. 245: «insomma, nell'attuale considerazione legislativa degli interessi in gioco, quello del legittimario resta prevalente anche in presenza del terzo acquirente, con l'unica differenza che tale ultima circostanza, per così dire, ammorbidisce l'indisponibilità dei diritti successori prima della morte del donante rispetto all'art. 557, comma 2, c.c., ma solo nel limitato senso di stabilirne un'automatizzata degradazione a tutela obbligatoria dopo venti anni, ovviamente in assenza di opposizione. Per concludere, se è vero che, anche *in subiecta materia*, l'attuale sistema della successione necessaria si mostra estremamente rigido, è pur vero che sembra sul punto doversi attendere un più deciso intervento normativo, di sicuro auspicabile, per poter concludere diversamente in relazione a quanto qui di interesse».

⁸⁵ Si v. V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.; G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss.

⁸⁶ Cfr. artt. 768 *quater*, commi 3 e 4, 768 *sexies* c.c.

⁸⁷ Cfr. art. 448 *bis* c.c.

⁸⁸ Questo principio è stato affermato con decisione da Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, p. 508, con nota di G. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni sono sicuri*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 1238, con nota di A. TODESCHINI PREMUDA, *Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima*

dal Regolamento europeo 650 del 2012, il quale, a talune condizioni, legittima non soltanto patti successori e testamenti congiuntivi⁸⁹, ma anche che una certa successione possa essere regolata da una legge, che non garantisce a favore dei legittimari un livello di tutela equivalente a quello che è stabilito nella nostra legge nazionale.

È opinione largamente condivisa che il principio di tutela dei legittimari non costituisca un principio di ordine pubblico internazionale e, dunque, non costituisca un limite all'applicazione della legge straniera. Questo indirizzo è, da tempo, affermato dalla nostra giurisprudenza⁹⁰ e ribadito in una sentenza della Cassazione del 2014⁹¹, che ha trattato il caso dei diritti successori di una cittadina cubana, coniugata con un cittadino italiano.

come diritto di credito; in *Fam. dir.*, 2011, p. 348, con nota di A. MARI e G. RIDELLA, *Gli effetti dell'azione di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative, secondo la Corte di Cassazione*; in *Trust*, 2011, p. 128, con nota di M. DI PAOLO, *La riduzione delle liberalità indirette*; in *Imm. prop.*, 2012, p. 105, con nota di R. SCUCCIMARRA, *L'azione di riduzione nelle donazioni indirette, secondo la quale «alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 Cod. civ.)*; con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 Cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano dalla circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito». Si v., V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 49 ss., e *ivi* altri riferimenti di letteratura e giurisprudenza. S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 113; ID., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Familia*, 2006, p. 684 ss.; U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 143 s.; ID., *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 729; G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (Sulla legittima «per equivalente»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 709; A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 787.

⁸⁹ V. BARBA, *I patti successori*, cit., p. 189 ss.

⁹⁰ Trib. Termini Imerese, 15 luglio 1965, in *Giur. sicil.*, 1965, p. 784; App. Milano, 4 dicembre 1992, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 821; Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 164, con nota critica di E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*.

⁹¹ Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 567 ss., con nota critica di E. CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*.

Sebbene nel nostro ordinamento la tutela del legittimario sia presidiata da norme che la rendono inderogabile, tuttavia non può affermarsi che una sua limitazione importi una compressione o una limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo.

In altri termini, la tutela del legittimario costituisce una materia rispetto alla quale il nostro legislatore nazionale ha, certamente, esercitato la sua discrezionalità; tuttavia non è espressione di un principio tale che al nostro legislatore sarebbe precluso introdurre una diversa norma, analoga a quella straniera, per incompatibilità con i principi irrinunziabili a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e a tutela della dignità umana.

Mi pare, in definitiva, che si diano seri argomenti a sostegno della validità ed efficacia di una rinuncia preventiva all'azione di restituzione⁹².

⁹² Secondo G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione*, cit., p. 1295 s., come sarebbe possibile una rinuncia preventiva all'azione di restituzione, dovrebbero reputarsi ammissibili anche accordi «tra il legittimario e il terzo acquirente o anche tra il legittimario e il donatario (con beneficiario il terzo acquirente, attuale o potenziale), con i quali il primo di tali soggetti si impegna a non esercitare nei confronti del terzo acquirente l'azione di restituzione di cui all'art. 563 c.c.. Tali accordi potranno essere conclusi anche *a titolo oneroso*, ossia prevedendo un compenso per il legittimario». In questa direzione si era già espresso R. CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati*, cit., p. 1096 s., il quale ammette la validità di tali accordi tra il legittimario potenziale e il terzo, con intesa che detto accordo «non riguarderà i diritti che potranno spettare al futuro legittimario su una successione non ancora aperta. Ma avrà ad oggetto il diritto eventualmente esercitabile dal legittimario nei confronti del terzo in conseguenza dell'avvenuta circolazione giuridica del bene donato. E non infrangerà quindi i divieti posti dagli artt. 458 e 557, comma 2, c.c.». Dal mio punto di vista vale la pena di precisare che tali accordi non dovrebbero limitarsi a prevedere un mero impegno a non esercitare l'azione di restituzione contro il terzo, ma, più esattamente, la rinuncia all'esercizio dell'azione. Per quanto possa apparire formale, altro è un accordo per effetto del quale il soggetto si obbliga a non agire con l'azione di restituzione, altro è l'accordo per effetto del quale il soggetto rinuncia all'azione di restituzione. La differenza si apprezza da un punto di vista pratico. Nel primo caso se il legittimario agisse con l'azione di restituzione, dovrebbe dirsi che l'azione può essere efficacemente esercitata, ma che costui è obbligato a risarcire il danno che abbia cagionato al soggetto nei confronti del quale aveva assunto l'obbligo violato. Nel secondo caso, invece, se il legittimario agisse con l'azione di restituzione, il giudice dovrebbe dichiarare l'inammissibilità della domanda, perché il soggetto non avrebbe la legittimazione di compierla, avendovi rinunciato. In altri termini, occorre distinguere il caso in cui l'effetto dell'accordo sia il mero obbligo a non intraprendere l'azione di restituzione (obbligo che in caso di violazione comporta la sola responsabilità per inadempimento) oppure la rinuncia al potere di agire con l'azione di restituzione (che impedirebbe di promuovere l'azione, e in caso di avvio dell'azione, porterebbe a una sentenza di inammissibilità).

Affermata l'ammissibilità di una tale rinunzia, occorre verificare se essa sia soggetta a qualche forma di pubblicità.

La presunta esistenza del principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione, lascerebbe intendere che questo atto non possa essere autonomamente trascritto, con la conseguenza che l'unica possibilità di darne notizia sarebbe per il tramite di un'annotazione a margine della trascrizione dell'atto di donazione. Tale soluzione è sostenuta in dottrina⁹³ e ha trovato anche alcuni consensi nella giurisprudenza⁹⁴. Qualora, però, in una prospettiva funzionale, il principio di c.d. tassatività della trascrizione fosse riferito agli effetti e non agli atti, non credo possibile escludere con assoluta definitività che la rinunzia anticipata all'azione di restituzione possa essere suscettibile di autonoma trascrizione.

L'ammissibilità di una rinunzia preventiva all'azione di restituzione non può, ovviamente, importare alcuna deroga al criterio di riduzione delle donazioni e il legittimario è, sempre, tenuto a chiedere la riduzione ed eventualmente, la restituzione cominciando dall'ultima donazione in ordine di tempo e risalendo, via via, a quelle anteriori, senza limiti di tempo⁹⁵.

Tale criterio non può essere derogato dall'esistenza di una rinunzia anticipata, sicché il legittimario che avesse rinunciato ad agire in restituzione contro l'ultima donazione, non potrebbe, perciò, soltanto, agire in riduzione e in restituzione contro una donazione anteriore. L'osservazione, sotto un certo punto di vista, è pure pleonastica, quando si consideri che l'azione di restituzione contro il terzo presuppone l'esistenza di una sentenza di riduzione. Una volta che il legittimario del donante abbia agito in riduzione, costui dovrà rivalersi sul donatario. Poiché quest'ultimo ha alienato il bene e non può restituirlo, è tenuto al pagamento del valore. Se l'escussione dei beni del donatario non dia esito, il legittimario potrebbe agire con l'azione di restituzio-

⁹³ G. IACCARINO, *La rinunzia anticipata all'azione di restituzione*, cit., p. 205.

⁹⁴ Trib. Torino, 25 settembre 2014, cit., p. 211 ss.

⁹⁵ Precisa G. MARINARO, *La successione necessaria*, cit., p. 336 s., che gli aventi causa dal donatario soccombono nello stesso identico ordine nel quale soccomberebbero i loro danti causa, ossia i donatari, indipendentemente dalla natura onerosa o gratuita del loro acquisto e indipendentemente dal tempo del loro acquisto. Immaginando che ci siano due donazioni, una del 2009 fatta a Tizio e una del 2012 fatta a Sempronio, immaginando che Sempronio venda nel 2012 a Filano e Tizio a Mevio nel 2011, non v'ha dubbio che il primo a soccombere sarà Mevio, ancorché il suo acquisto sia anteriore rispetto a quello di Filano. Ciò che rileva ai fini della riduzione e della restituzione nell'ambito della successione del donante è il tempo della donazione.

ne contro il terzo. Considerando, però, che costui ha rinunciato a una tale azione e che non può promuovere tale azione (in ragione della rinuncia, che renderebbe la proposizione dell'azione inammissibile) egli dovrà imputare il valore della donazione, ancorché non abbia percepito alcunché, a quota di legittima, con la conseguenza che potrà agire in riduzione e in restituzione contro altri donatari anteriori, solo se permanga la sua lesione, una volta che abbia computato nella sua quota il valore della donazione ridotta⁹⁶.

Un esempio può aiutare la comprensione. Immaginiamo che Tizio abbia donato nel 2010 un bene del valore di 200 a Caia e nel 2012 un bene di 100 a Sempronio. Ipotizziamo che nel 2013 il figlio di Tizio, Mevio, rinunci all'azione di restituzione relativamente alla donazione fatta dal padre a favore di Caia. Immaginiamo che Tizio muoia nel 2017, *ab intestato*, lasciando un solo figlio, Mevio, nessun debito e un *relictum* pari a 20. Mevio in quanto unico erede del padre Tizio consegue l'intero *relictum* pari a 20. In qualità di legittimario, Mevio aveva diritto a conseguire beni per un valore pari a 160, ossia pari alla metà (art. 537, comma 1, c.c.) della massa fittizia (*relictum-debitum+donatum*:

⁹⁶ In senso parzialmente contrario, G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., p. 787; S. LANDINI, *Modifiche in tema di riduzione delle donazioni introdotte dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, IV, 2005, c. 152, secondo i quali in caso di insolvenza del donatario dovrebbe trovare applicazione la norma di cui all'art. 562 c.c., a mente della quale il valore della donazione che non si può recuperare dal donatario si detrae dalla massa ereditaria, mentre restano impregiudicate le ragioni di credito del legittimario e dei donatari antecedenti contro il donatario insolvente. Al riguardo, va tuttavia precisato che applicando questa norma si finirebbe, seppure in via limitata per intaccare le donazioni anteriori, con la conseguenza che in caso di rinuncia preventiva all'azione di restituzione, potrebbe, seppure soltanto in parte, alterarsi il ritmo della riduzione delle donazioni. Ciò è chiaramente avvertito anche dagli aa., i quali precisano: «la detrazione del valore della massa ereditaria produce la diminuzione sia della quota disponibile che di quella indisponibile dell'eredità, con la conseguenza che la donazione precedente, in ipotesi interamente gravante all'origine sulla disponibile, potrebbe essere aggredita, in tutto o in parte». Secondo gli aa. questo risultato sarebbe inevitabile, in via di interpretazione, e reclamerebbe un intervento legislativo. Nel testo ho provato ad avanzare, in via di interpretazione una soluzione che mi pare idonea a superare questa criticità. La soluzione proposta nel testo, infatti, vuole far gravare l'insolvenza del donante nei soli confronti del legittimario che abbia rinunciato preventivamente all'azione di restituzione. Se il legittimario non avesse rinunciato all'azione di restituzione, in caso di negativa escussione dei beni del donante, avrebbe potuto recuperare il bene dal terzo. Ciò mi induce a reputare che, ove pure non possa recuperare il bene, deve imputare alla propria quota l'intero valore di quella donazione che, dunque, non deve essere detratta dalla massa, ma imputata, seppure soltanto idealmente, alla quota del legittimario.

20-0+300). Mevio che aveva diritto di conseguire beni per 160 e che ha, concretamente, conseguito beni per un valore pari a 20, è leso per 140. Mevio dovrà agire in riduzione contro le donazioni. In primo luogo, agirà in riduzione contro l'ultima donazione, ossia la donazione del 2012 fatta a favore di Sempronio. Otterrà una sentenza di riduzione. Ipotizzando che Sempronio abbia alienato il bene a Filano e considerando che Mevio ha rinunciato preventivamente ad agire in restituzione, quest'ultimo dovrà escutere i beni personali di Sempronio e, pur in caso di mancata soddisfazione, non potrà agire in restituzione contro Filano. Ipotizziamo che l'escussione dei beni di Sempronio non gli consenta di conseguire alcunché. A questo punto Mevio può agire in riduzione contro la donazione fatta a Caia. Gli è però, che potrà chiedere non già la riduzione di quella donazione per 140, ma soltanto per 40, dal momento che Mevio ha astrattamente (benché in concreto non abbia conseguito alcunché) realizzato 100 dalla riduzione della donazione fatta a Sempronio. Se non ragionassimo in questi termini e consentissimo a Mevio di aggredire la donazione fatta a Caia per 140, l'azione di rinuncia alla restituzione avrebbe determinato una vera e propria alterazione del criterio di riduzione delle donazioni. In sostanza, la rinuncia all'azione di restituzione consentirebbe di aggredire una donazione anteriore che, in assenza di quella rinuncia non sarebbe stata aggredibile.

Al fine di evitare questo risultato, deve sempre imputarsi alla quota del legittimario che agisce in riduzione il valore della donazione ridotta, ancorché il legittimario, in concreto, non riesca a conseguire alcunché, in ragione della infruttuosità dell'escussione dei beni del donatario e dell'inammissibilità di un'azione di restituzione contro il terzo acquirente per rinuncia all'azione di restituzione.

7. Se si muove dal presupposto che il titolo in forza del quale il legittimario acquista il bene non è la sentenza di riduzione, bensì la sua qualità di erede⁹⁷, in quanto la sentenza ha il solo effetto di accertare

⁹⁷ Non può, però, trascurarsi di considerare la posizione di V. CANTELMO, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Napoli, 1972, secondo il quale il legittimario preterito che agisce in riduzione non acquista la qualità di erede, ma soltanto il diritto a un credito corrispondente alla *pars bonorum* attribuita dalla legge. Si dice, infatti, che l'azione di riduzione non consente di considerare il legittimario esposto al pagamento dei debiti, né titolare di eventuali sopravvenienze (es. vincita di un biglietto della lotteria). Gli eredi rimarrebbero i soli soggetti vocati per testamento, mentre il legittimario non acquisterebbe, per effetto dell'azione il titolo di erede. Ciò consentirebbe di reputare l'azione di riduzione una mera azione creditoria, realizzata mediante l'attribuzione di beni ereditari, ove possibile.

la lesione e rendere inefficace la liberalità, con la conseguenza di far ritornare il bene, oggetto di liberalità, nel patrimonio ereditario e, di lì, consentirne l'acquisto al legittimario, in forza della sua accertata qualità di erede, ne viene che questo meccanismo è destinato all'inoperatività quando l'azione abbia a oggetto una liberalità indiretta.

Ove si postulasse, infatti, l'inefficacia dell'atto, il bene tornerebbe non già nel patrimonio del disponente e, dunque, nella massa ereditaria, bensì nel patrimonio del gerente, senza che ciò apporti un utile risultato al legittimario⁹⁸, a meno di non voler ipotizzare, come autorevolmente è stato fatto, che debba considerarsi esistente un superiore accordo di liberalità tra disponente e beneficiario oggetto di riduzione⁹⁹, oppure che l'azione di riduzione faccia venire meno la causa dell'attribuzione a favore del beneficiario, con la conseguenza che l'ultimo sarebbe tenuto a ri-trasferire al legittimario il bene determinato¹⁰⁰.

⁹⁸ Così, G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 691, «l'ostacolo costruttivo è dato non tanto, o non solo, dalla non provenienza del bene, che il beneficiario acquista, dal patrimonio del *de cuius*, quanto dal fatto che tale circostanza preclude concettualmente e giuridicamente il suo acquisto *iure hereditatis* da parte del legittimario vittorioso in riduzione, in forza della vocazione necessaria. Se questo, come s'è detto, è il titolo che consente il recupero dei beni oggetto delle liberalità lesive, è ovvio che esso possa operare solo quando quei beni possano considerarsi, nei confronti del legittimario, come tuttora facenti parte del patrimonio ereditario».

⁹⁹ È la tesi sostenuta da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 230 ss. Ma, anche, S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 113, «una volta tolta efficacia ad un tale accordo [l'accordo tra donante e donatario indiretto da cui risulta la *causa donandi*], ne deriverà il sorgere, in capo al donatario, di un'obbligazione *ex lege* relativa alla restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto, in quanto oramai non più sorretto da alcuna giustificazione causale»; ID., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, cit., p. 684 ss.

¹⁰⁰ È la tesi di U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette*, cit., p. 143 s., «la sentenza di riduzione opera piuttosto una retrocessione del bene stesso dal donatario al legittimario, il quale di conseguenza può chiederne la restituzione. Il legittimario è un avente causa dal donatario, e non già un avente causa dal defunto; perciò egli è esposto a tutte le conseguenze che possono inficiare il titolo di acquisto del donatario indiretto. In altri termini, il diritto potestativo di ridurre le liberalità indirette attribuito al legittimario leso opera – per il tramite della sentenza costitutiva di riduzione – il trasferimento, totale o parziale del bene dal donatario al legittimario»; ID., *Donazioni indirette e successione necessaria*, cit., p. 729, secondo il quale «è necessario ritenere che per effetto del «rinvio» disposto dall'art. 809, 1° co., c.c. alle norme in tema di azione di riduzione la sentenza, oltre a dichiarare relativamente inefficace l'atto lesivo, costituisca un'obbligazione in capo al donatario di restituire al legittimario la liberalità indirettamente ricevuta». In senso contrario, può tuttavia

Se si prescinde dalle ultime due ricostruzioni, le quali non mi pare che riescano a cogliere l'essenza del fenomeno, deve concludersi che l'azione di riduzione contro una liberalità indiretta, diversamente dall'azione di riduzione contro una donazione, pone una deroga alla regola sulla tutela della legittima in natura. Quando il legittimario del disponente agisce in riduzione contro il beneficiario finale, ossia contro la liberalità indiretta, la sentenza che accoglie la domanda può limitarsi ad accertare la lesione e condannare il beneficiario finale al pagamento di un equivalente. In altri termini, occorre assumere consapevolezza che la tutela del legittimario contro una liberalità indiretta non può realizzarsi in natura, ma sempre per equivalente¹⁰¹, anche fuori dal caso indicato dall'art. 560, comma 2, c.c.

Il problema circolatorio non si pone, dunque, per le liberalità indirette, in quanto non è ammissibile un'azione di restituzione contro il terzo. Il fattore impeditivo di una tutela reale del legittimario non si lega alla distonia tra impoverimento del disponente e arricchimento del beneficiario, bensì all'inesistenza di un titolo di acquisto tra disponente e beneficiario, che possa essere oggetto d'impugnazione.

La non coincidenza tra impoverimento (bene di cui si è spogliato il disponente) e arricchimento (bene che ha accresciuto il patrimonio del beneficiario) è tema che attiene, prevalentemente, all'individuazione dell'oggetto della liberalità indiretta, ossia alla determinazione di quale sia il bene oggetto della liberalità. Connesso a questo tema è, ovviamente, quello della collazione e della imputazione, dacché il legittimario deve imputare alla propria quota e, eventualmente,

osservarsi che ad ammettere che la sentenza di riduzione produca un trasferimento del bene dal donatario al legittimario non soltanto si attribuisce alla sentenza una capacità di effetto ben oltre di quella consentita dalla legge, ma soprattutto non si giustifica adeguatamente il titolo in forza del quale il legittimario acquista il bene. Detto titolo, infatti, non può più essere la sua vocazione ereditaria.

¹⁰¹ Così, di recente Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, cit.; in *Nuova giur. civ. comm.*, cit.; in *Fam. dir.*, cit.; in *Trust*, cit., p. 128; in *Imm. prop.*, cit., p. 105. Ha aderito a questa soluzione, Trib. Roma, 30 maggio 2011, n. 11645, in *Giur. merito*, 2012, p. 381, con nota di R. CIMMINO, *Il commento*, nella cui motivazione si legge: «Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito».

conferire in collazione ciò che ha costituito oggetto della liberalità indiretta ricevuta.

Tale tema, tuttavia ha, a mio credere, scarsa o, addirittura, nessuna rilevanza rispetto al problema dell'azione di riduzione, in ordine al quale occorre porsi un mero problema di titoli. L'azione di riduzione serve per accertare la lesione del legittimario e per rendere inefficace l'atto compiuto dal disponente, che lede il diritto del legittimario. È stato chiarito, infatti, che il legittimario acquista il (diritto sul) bene oggetto della disposizione testamentaria o della donazione, non già in forza della sentenza, bensì in forza della propria vocazione ereditaria.

Se, però, si assiste a una scissione formale tra parte dell'atto liberale e parte del rapporto liberale, perché la liberalità è realizzata per il tramite dell'atto giuridico di un terzo, allora il meccanismo della riduzione, come strumento di tutela reale del legittimario, non può più funzionare¹⁰².

Si vuole dire che, indipendentemente dall'individuazione dell'oggetto dell'atto liberale, la tutela del legittimario è destinata a trasformarsi in tutela meramente creditoria, ogni qual volta la liberalità sia realizzata mercé un atto che non importi un immediato trasferimento del (diritto sul) bene dal disponente al beneficiario, ovvero ogni qual volta vi sia la mediazione di un atto giuridico del terzo. Il quale rende l'atto giuridico non più aggredibile, facendo retrocedere la tutela del legittimario da reale a personale; sol perché la tutela reale, a meno di non voler immaginare un obbligo del beneficiario di trasferire il (diritto sul) bene al legittimario¹⁰³, ovvero di ipotizzare l'esistenza di un superiore accordo di liberalità tra disponente e beneficiario¹⁰⁴, non è tecnicamente realizzabile, perché l'inefficacia dell'atto non consente che il (diritto sul) bene si consideri mai fuoriuscito dal patrimonio del *de cuius*.

L'impossibilità che si possa agire con l'azione di restituzione quando la donazione sia indiretta esclude, sostanzialmente, l'opportunità o la necessità di fare opposizione, con la conseguenza che l'acquisto del terzo deve considerarsi salvo a prescindere dal decorso del ventennio e da un'eventuale opposizione.

Vale la pena di precisare che totalmente differente dal tema delle

¹⁰² U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette*, cit., p. 137, «nelle liberalità indirette non sussiste alcun rapporto negoziale diretto tra l'autore della liberalità e il gratificato».

¹⁰³ È la tesi di Ugo Carnevali, per cui v. nota 100.

¹⁰⁴ È la tesi di Luigi Mengoni, per cui v. nota 99.

donazioni indirette è quello delle donazioni dissimulate, ossia i casi nei quali esiste un contratto oneroso che dissimula una donazione.

Fin tanto che non sia accertata la simulazione e, dunque, fin tanto che l'atto si consideri oneroso, è indubbio che non è possibile fare opposizione. La circostanza che non si possa fare opposizione non esclude, però, l'interesse del coniuge o del parente in linea retta di far accertare la simulazione anche prima della morte del disponente. Tale esigenza non si pone tanto rispetto all'esercizio dell'azione di riduzione, il cui termine decorrerebbe dal momento dell'apertura della successione, ma nei casi in cui la liberalità, pur non importando una lesione della quota di legittima, sia rilevante o ai fini della collazione o ai fini della formazione della massa fittizia e, dunque, ai fini del calcolo della quota spettante a ciascun legittimario. In questa prospettiva credo che meriti di essere salutato con favore l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione¹⁰⁵, confermato anche da qualche Corte di merito¹⁰⁶, di ammettere il coniuge, l'unito civile e i discendenti in linea retta del disponente ad agire per far accertare il carattere simulato dell'atto. Sebbene questo nuovo orientamento sia giustificato proprio facendo riferimento alle nuove norme di cui agli artt. 561 e 563 c.c. e non, come pure dal mio punto di vista sarebbe

¹⁰⁵ Cass., 9 maggio 2013, n. 11012 (ined.), nella cui motivazione si legge: «non può omettersi di rilevare che, per poter proporre l'opposizione, il coniuge o i parenti in linea retta del simulato alienante debbono previamente aver esperito con successo l'azione di simulazione relativa, onde far accertare che le parti abbiano effettivamente inteso realizzare una donazione, nei cui confronti è unicamente previsto l'atto di opposizione: sotto tale profilo è innegabile, alla luce delle recenti modifiche degli artt. 561 e 563 c.c., nei termini sopra indicati, la proponibilità dell'azione di simulazione ancor prima dell'apertura della successione dell'alienante».

¹⁰⁶ App. Roma, 13 giugno 2017 (ined.), la quale, però, riconosce l'interesse ad agire per l'accertamento della natura simulata dell'atto in capo ai parenti in linea retta proprio alla luce della nuova formulazione degli artt. 561 e 563 c.c. Si legge nella motivazione «invero in presenza di donazione dissimulata, è da considerare coerente con la *ratio* della novella introdotta con la legge del 2005, ai fini di una maggiore tutela dei legittimari, non solo il riconoscimento della legittimazione degli stessi ad agire in simulazione *ante mortem* del disponente, ma anche, a seguito di trascrizione della domanda di simulazione, prevedere la possibilità che gli stessi possano trascrivere atto di opposizione stragiudiziale ai sensi dell'art. 563 comma 4 c.c., in quanto sarebbe illogico attribuire ai futuri legittimari la facoltà di opposizione ad atti di liberalità prima dell'apertura della successione, salvo poi negare agli stessi la legittimazione ad esperire le azioni che si rivelano propedeutiche e strumentali all'esercizio del diritto stesso, lasciando aperto il rischio di poter decadere da tale diritto per decorrenza del termine derivante da causa non imputabile al legittimario, vale a dire in ragione dei tempi del giudizio di simulazione che sono sottratti alla sfera di disponibilità del legittimario che agisce in simulazione».

stato sufficiente e necessario, allo scopo di far accertare il carattere liberale dell'atto ai fini della collazione e, soprattutto, ai fini della formazione della massa fittizia.

8. Non può, di certo, ignorarsi che la nuova disciplina degli artt. 561 e 563 c.c. individui un meccanismo per stabilizzare l'acquisto del bene di provenienza donativa, vieppiù se si riesca, come ho provato di fare, ad argomentare la validità ed efficacia di una rinunzia preventiva all'azione di restituzione.

Non può, però, neppure sottacersi che il meccanismo della rinunzia preventiva all'azione di restituzione, che pure può essere un importante espediente, non consente di rendere l'acquisto del terzo del tutto esente da rischi e che una sicurezza di tale acquisto possa realmente realizzarsi soltanto dopo che siano decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione. Ciò dipende dalla circostanza che possono, sempre, sopravvenire altri e nuovi potenziali legittimari successivamente alla stipulazione del contratto di donazione e alla rinunzia preventiva all'azione di restituzione.

Un caso, assai semplice, può aiutare la comprensione dell'ipotesi considerata.

S'immagini che Tizio, vedovo e con due soli figli, doni un bene immobile all'amico Calpurnio, con atto trascritto in data 20 maggio 2018. S'ipotizzi che contestualmente alla donazione fatta a Calpurnio, i due figli di Tizio rinunzino preventivamente all'azione di restituzione. S'ipotizzi, a questo punto, che Calpurnio venda, in data 10 settembre 2018, il bene immobile a Mevio.

Postulando la validità della rinunzia anticipata all'azione di restituzione, dovrebbe ipotizzarsi che l'acquisto di Mevio sia, in ogni caso, fatto salvo, dal momento che i figli di Tizio, ove pure fossero lesi nella quota di legittima, potrebbero agire in riduzione contro Calpurnio, ma non potrebbero agire in restituzione contro Mevio. Gli è, però, che se successivamente al compimento della donazione sopravvenga un legittimario, costui avrebbe diritto di opporsi alla donazione e, soprattutto, avrebbe diritto, qualora la successione dovesse aprirsi entro il ventennio dalla trascrizione della donazione, di agire in restituzione contro il terzo acquirente, ossia contro Mevio.

Se Tizio contraesse matrimonio o unione civile, successivamente al compimento della donazione, il nuovo coniuge o il nuovo unito civile (lo stesso discorso dovrebbe valere per un figlio che, dopo la stipulazione della donazione, sopravvenisse, oppure fosse riconosciuto, oppure fosse adottato) non soltanto avrebbe il potere di fare oppo-

sizione alla donazione, ma avrebbe anche, a prescindere dall'opposizione, tempo fino al 19 maggio 2038 per agire in restituzione. Con la conseguenza che se la successione di Tizio dovesse aprirsi prima di quella data, il coniuge (o unito) sopravvenuto (o i figli sopravvenuti) potrebbe agire con l'azione di restituzione contro Mevio.

L'acquisto di Mevio potrebbe essere messo a repentaglio, dal momento che il coniuge (o unito civile o parente in linea retta) sopravvenuto potrebbe fare opposizione alla donazione e, in ogni caso, anche a prescindere dall'opposizione, avrebbe tempo fino a venti anni dalla trascrizione della donazione per agire in restituzione contro il terzo acquirente. A ciò si aggiunga che la rinuncia preventiva all'azione di restituzione sembra escludere il rischio che il legittimario possa agire con l'azione di restituzione contro il terzo, ossia che venga fatto salvo l'acquisto in piena proprietà del bene di provenienza donativa, mentre non pare che possa consentire un analogo risultato per ciò che concerne i diritti minori (pesi e ipoteche) costituiti sul bene quando esso sia ancora nella titolarità del donatario¹⁰⁷. In altri termini, la rinuncia preventiva all'azione di restituzione può essere efficiente rispetto alle ipotesi descritte all'art. 563 c.c., mentre non è egualmente utile rispetto all'ipotesi descritta all'art. 561 c.c.

A prescindere, poi, dalla sopravvenienza di un legittimario che potrebbe mettere a repentaglio l'acquisto del terzo, nell'ipotesi in cui costui dovesse sopravvenire entro i venti anni dalla trascrizione della donazione, facendo divenire attuale il rischio di un'azione di restituzione, non può sottacersi che l'atto di rinuncia preventivo all'azione di restituzione è, comunque, un atto negoziale.

Ciò significa che la sua idoneità a rendere inammissibile una domanda di restituzione dipende dalla sussistenza di tutti i requisiti di validità ed efficacia dell'atto. Sarebbe a dire, che l'atto potrebbe venire meno se uno dei suoi autori dovesse provare che la sua volontà

¹⁰⁷ A. SEMPRINI, *La progressiva erosione*, cit., p. 1057 ss., «sembra, dunque, inammissibile una rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del donatario. Il decorso del ventennio di cui all'art. 561 cod. civ. infatti non determina per il legittimario l'impossibilità di recuperare il bene e, analogamente, tale diritto ad agire non risulta disponibile e quindi non rinunziabile senza incorrere nel divieto dei patti successori. Nell'art. 561 c.c., il decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione determina semplicemente la salvezza di coloro che abbiano qualche diritto o ipoteca sopra quel bene che sia stato oggetto di donazione. In altri termini, decorso tale ventennio, i suddetti diritti prevarranno anche sulle ragioni dei legittimari i quali, qualora recuperino in natura il bene dal donatario, lo possiederanno gravato dai medesimi e dovranno essere eventualmente compensati dai donatari per il minor valore dei beni».

sia stata viziata da un errore, o estorta con violenza, o carpitata con dolo, oppure qualora dovesse provare che era incapace di intendere o di volere al tempo in cui ha compiuto l'atto di rinuncia, e via discorrendo. A ciò deve aggiungersi che la rinuncia potrebbe essere posta in essere nell'ambito di un negozio più ampio, di cui essa stessa costituisca una prestazione. In tale caso, v'ha il rischio che possa essere nullo o annullabile l'accordo, con evidenti conseguenze anche sulla rinuncia posta in esecuzione di esso o, più semplicemente, che l'accordo possa essere risolto, per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta di una eventuale controprestazione, oppure per eccessiva onerosità, oppure per diffida ad adempiere, o per clausola risolutiva espressa, o per termine essenziale, o rescisso perché concluso in stato di bisogno. In altri termini, a prescindere dalla sopravvenienza del legittimario, non può trascurarsi che la stabilità dell'acquisto del terzo dipende dall'atto di rinuncia e che tale atto, in ragione del suo carattere negoziale, è esposto ai rischi di validità e di efficacia propri di qualunque atto d'impulso.

In definitiva, deve concludersi che anche la rinuncia preventiva all'azione di restituzione, per quanto si stia discorrendo di ipotesi limite, non può dirsi uno strumento capace di offrire al terzo acquirente dal donatario una sicurezza matematica della salvezza del suo acquisto. Ci sono, infatti, le ipotesi limite che ho indicato (sopravvenienza del legittimario; invalidità della rinuncia, invalidità o scioglimento dell'accordo di cui la rinuncia costituisce una singola prestazione), nelle quali il terzo può essere esposto al rischio di subire l'azione di restituzione, nonostante l'esistenza di una rinuncia preventiva all'azione di restituzione compiuta da tutti i soggetti che, a quel tempo, sarebbero potuti essere legittimari del donante.

Ne viene, quindi, che, attualmente, una sicurezza matematica che l'acquisto del terzo sia fatto salvo può aversi o se siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, senza che alcuno abbia fatto opposizione; oppure se l'azione di riduzione sia trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione.

Il terzo può subire l'azione di restituzione, soltanto dopo che il legittimario leso abbia infruttuosamente escusso il patrimonio del donatario (del solo donatario e non, nell'ipotesi in cui il bene abbia circolato, di altri eventuali danti causa del terzo che sia 'proprietario' e possessore del bene al tempo in cui il legittimario agisce con l'azione di restituzione). Inoltre il terzo che fosse tenuto a restituire il bene ha la possibilità di evitare la restituzione in natura, mercé il pagamento al legittimario dell'equivalente in danaro.

Il rischio concreto al quale è esposto il terzo non è, dunque, al pari del rischio tipico del donatario o del beneficiario della disposizione testamentaria lesiva, quello di dover restituire il bene in natura, ben potendo scegliere, a propria discrezione, se restituire il bene in natura, oppure trattenere il bene e pagare l'equivalente.

Questa specifica previsione lascia intendere che il terzo acquirente potrebbe essere, adeguatamente tutelato se si riuscisse a far venire meno l'atto liberale della catena (sebbene si tratti di ipotesi assai complessa e dubbia), oppure se riuscisse a individuare un meccanismo capace di tenere indenne o manlevare il terzo acquirente dall'obbligo di pagare l'equivalente in danaro.

La nostra letteratura e, specialmente, la prassi, specie prima della modifica degli artt. 561 e 563 c.c. e, dunque, prima che fosse assai plausibile sostenere la validità e l'efficacia di una rinuncia anticipata all'azione di restituzione, ha provato a individuare strumenti negoziali, e no, tesi a realizzare la stabilizzazione dell'acquisto.

9. Gli strumenti negoziali che sono stati pensati per offrire tutela al terzo acquirente si muovono lungo due direzioni alternative: o far venire meno l'atto di donazione, in modo da eliminare in radice la matrice del problema, oppure tenere indenne o manlevare il terzo acquirente dall'obbligo di pagare l'equivalente in danaro.

Potrebbe, dunque, affermarsi che gli strumenti pensati per offrire tutela al terzo sono ora di natura demolitoria della donazione, ora di tipo prettamente creditorio.

In linea di massima, mi pare che gli strumenti del secondo tipo siano, certamente, da preferire agli strumenti del primo tipo, soprattutto se consideriamo quanto possa essere difficile eliminare un atto giuridico che è stato compiuto e che, inevitabilmente, è destinato a lasciare tracce di sé, e che una tutela di tipo creditorio è assai efficace, quando si consideri che l'ordinamento giuridico consente al terzo di liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate, pagando l'equivalente in danaro (art. 563, comma 3, c.c.).

Tra gli strumenti di tipo demolitorio è possibile considerare: la risoluzione consensuale della donazione e, in particolare, la risoluzione per mutuo consenso; la risoluzione per inadempimento dell'onere; la riserva del donante di disporre di alcune cose donate; la novazione o la riqualificazione della causa del contratto di donazione¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Si v. A.A. CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 752 ss.

Ciascuno di questi strumenti non si presta, dal mio punto di vista, a offrire una soluzione che sia davvero efficace, pur dovendosi precisare che, tra questi, quello preferibile è, forse, lo scioglimento della donazione per mutuo consenso, mentre quello meno consigliabile la riqualificazione della causa.

Occorre considerare ciascuno di essi, evidenziandone anche le possibili criticità.

La risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere¹⁰⁹ presuppone che la donazione preveda un onere e che colleghi, espressamente, la risoluzione all'inadempimento di questo onere. Tale soluzione, al di là del rilievo che impone la previsione di un onere e la collaborazione del donante e del donatario, affinché l'onere resti inadempito, si espone al rischio di dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza che pronunzi la risoluzione della donazione. Il terzo dovrebbe, infatti, attendere la risoluzione del contratto per poter acquistare il diritto e, dunque, dovrebbe attendere un tempo che non necessariamente è compatibile con una rapida circolazione del bene¹¹⁰.

La riserva del donante di disporre della cosa donata, di cui all'art. 790 c.c., potrebbe rappresentare un utile strumento, con precisazione che tale riserva non dovrebbe riguardare l'intera donazione, ma soltanto "qualche oggetto compreso" nella donazione.

Poco convincente è la teoria sulla novazione causale della donazione¹¹¹. Secondo tale ricostruzione, il donante e donatario potrebbero stipulare un accordo per effetto del quale verrebbe novata la causa

¹⁰⁹ M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 408 ss. e in *Riv. not.*, 1998, p. 1129 ss., da cui le citazioni.

¹¹⁰ M. IEVA, *o.u.c.*, p. 1129 s.

¹¹¹ F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 947 ss. Adesivo G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, in *Notariato*, 2001, p. 646 ss. Secondo F. ANGELONI, *Una nuova cautela successoria per il terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1014 ss., sarebbe possibile escludere, anticipatamente, un legittimario dalla successione, quando quest'ultimo sia consenziente, attraverso un farraginoso meccanismo. Il futuro ereditando si fa concedere a mutuo dal legittimario un'importante somma di danaro (tendenzialmente prossima al valore della quota di patrimonio riservata al legittimario). Stipulato il contratto di mutuo e sorto l'obbligo del futuro ereditando di restituire la somma mutuata al legittimario, le parti con atto notarile stipulano un contratto con il quale novano l'obbligazione *ex mutuo* in obbligazione *donandi causa*. Il meccanismo non soltanto non convince da un punto di vista tecnico, ma si palesa anche privo di sostanziale utilità e di difficile applicazione pratica.

della donazione. L'attribuzione patrimoniale dal donante al donatario resterebbe ferma, ma la sua causa sarebbe modificata: non sarebbe più lo spirito di liberalità, bensì lo scambio. Tale novazione sarebbe possibile in quanto essa sia compatibile con gli effetti già prodotti dal contratto novato¹¹². Si tratterebbe di una vera e propria novazione contrattuale¹¹³, che può essere realizzata dal donante e dal donatario o dai loro eredi, con avvertenza che tale negozio sarebbe esso stesso a titolo oneroso, dal momento che tutti i soggetti sopporterebbero un sacrificio. Infine, sarebbe possibile pattuire già nel contratto di donazione una vera e propria opzione di novazione, per effetto della quale il donante attribuisce al donatario il diritto di perfezionare, con una propria dichiarazione, il negozio novativo della donazione.

Questa ricostruzione, per quanto interessante e affascinosa, è difficile da condividere, dandosi una pluralità di argomenti capaci di minarne, seriamente, la tenuta¹¹⁴. Se si trattasse, realmente, di novazione, dovrebbe dirsi che il vecchio contratto viene estinto e che, in suo luogo, se ne costituisce uno nuovo e diverso. In altri termini, la novazione presuppone proprio il realizzarsi di una doppia vicenda estintivo-constitutiva che, invece, la tesi della novazione del contratto intende proprio negare. Se la tesi intende assumere che il donatario non riceve una nuova titolarità, ma conserva quella preesistente, mutata nella sua causa giustificativa, allora deve negarsi che si tratti di un fenomeno novativo e affermare che si tratti di un mero negozio modificativo. Ma anche tale ricostruzione non è plausibile, dal momento che il negozio modificativo è ammissibile nei limiti in cui

¹¹² F. ANGELONI, *Nuove cautele*, cit., p. 958 ss., «l'ammissibilità della novazione contrattuale diretta a sostituire la causa di un precedente contratto con una nuova causa, a nostro avviso, trova inoltre una inequivocabile conferma nella previsione, da parte dell'art. 1230 c.c., della cosiddetta "novazione causale", con la quale le parti estinguono l'obbligazione sostituendo all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con *titolo diverso*. Ora, se è ammessa la novazione causale relativamente ad un'obbligazione derivante da un contratto ad effetti solo obbligatori, deve anche ammettersi la novazione causale in relazione ad un contratto ad effetti anche reali, e ciò per la fondamentale considerazione che l'effetto reale di cui all'art. 1376 c.c., che si verifica in virtù del principio consensualistico, non è altro che il risultato di una lunga evoluzione normativa che trae le sue origini dal contratto con effetti obbligatori».

¹¹³ Secondo F. ANGELONI, *o.l.u.c.*, questa ipotesi sarebbe già ammessa dalla nostra giurisprudenza. Per verità va segnalato che le sentenze, ancorché discorrono di novazione del contratto, fanno riferimento alla novazione del rapporto obbligatorio nascente da contratto e non a una novazione del rapporto contrattuale o del contratto.

¹¹⁴ Per tutti, G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 508 ss.

il rapporto originario non sia trasformato nella sua struttura e configurazione originaria. Senza tacere che le parti hanno, senz'altro, un potere dispositivo, ma non anche un potere di qualificazione. In definitiva, mi pare che la c.d. novazione del rapporto contrattuale, tesa a realizzare una sorta di riqualificazione della donazione, è di difficile configurazione¹¹⁵, potendosi al più dare una risoluzione del precedente rapporto e contestuale costituzione di uno nuovo che prenda il luogo del precedente.

Preferibile, rispetto a quelli appena indagati, è il mutuo dissenso¹¹⁶, a condizione, però, che si assuma la plausibilità di un mutuo dissenso di un contratto a effetto traslativo e, in specie, di una donazione¹¹⁷ reale e a condizione che si affermi l'idoneità del mutuo dissenso a produrre un effetto eliminativo, ossia la sua idoneità a eliminare, retroattivamente, gli effetti del contratto risoluto, ripristinando la situazione giuridica esistente anteriormente alla stipulazione della donazione.

L'ammissibilità del mutuo dissenso, quale strumento demolitorio della donazione, si interseca, così, con le ricostruzioni concettuali di tale difficile istituto e impone di aderire a una sua precisa ricostruzione concettuale, risultando tutte le altre inadeguate a realizzare tale esito.

Non potrebbe aderirsi all'idea che il mutuo dissenso sia da considerare un *contrarius actus*¹¹⁸, ossia all'idea secondo cui il mutuo dissenso è un contratto avente una causa uguale e opposta a quella del contratto che si vuole sciogliere, incapace di restaurare la realtà giuridica preesistente e, dunque, idoneo a produrre una contro-vi-

¹¹⁵ G. AMADIO, *o.u.c.*, p. 513, «la provenienza donativa non può venire meno, senza il venir meno dell'acquisito (cioè senza il risolversi dell'effetto su cui esso si fonda) [...]. È dunque possibile cancellare l'effetto di una donazione (eliminando così la provenienza donativa dell'immobile), ma ciò potrà avvenire: o risolvendone gli effetti (e riattribuendo la proprietà – così recuperata dal donante – attraverso una compravendita); o facendo emergere la divergenza del dichiarato dal voluto, attraverso una ripetizione dell'accordo simulatorio in forma idonea alla trascrizione».

¹¹⁶ In tema si v. M. D'AMBROSIO, *Riflessioni in tema di mutuo dissenso e circolazione dei beni di provenienza donativa*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 414 ss.

¹¹⁷ In senso contrario, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1961, p. 518 s., il quale esclude, anche avuto riguardo alla disciplina speciale sulla revocazione e alla impossibilità di applicare la disciplina della risoluzione, che la donazione non tollerebbe né il patto di recesso unilaterale, né il mutuo dissenso.

¹¹⁸ In questo senso, G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 89 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, 2^a ed., Milano, 1962, p. 1024; F. CARRESI, *Il contratto*, II, *ivi*, 1987, p. 871.

cenda, che opererebbe non già retroattivamente, bensì per l'avvenire. Secondo questa ricostruzione gli effetti negoziali non possono essere eliminati se non attraverso un atto uguale e contrario rispetto a quello precedente. Non si tratterebbe di eliminare, in senso vero e proprio, gli effetti già prodotti dalla donazione, ma di produrre un contro-effetto¹¹⁹, ossia un trasferimento del diritto dal donatario al donante¹²⁰.

Neppure potrebbe aderirsi a quella ricostruzione, pur minoritaria, secondo cui il mutuo dissenso produce un mero effetto risolutorio,

¹¹⁹ Di recente, questa tesi è stata riproposta, pur con significative varianti che danno conto di obiezioni che a essa erano state mosse, da G. ORLANDO, *Mutuo dissenso. Contributo per una teoria della causa di «neutralizzazione» degli atti giuridici*, Napoli, 2016, p. 125 ss. L'a. esclude che il mutuo dissenso possa produrre una eliminazione retroattiva degli effetti, sicché sarebbe opportuno passare da una concezione della retroattività *ex tunc* a una concezione di retroattività *ex hypothesi*. La funzione del mutuo dissenso non sarebbe né il ripristino della situazione anteriore, né la eliminazione o l'annientamento degli effetti già prodotti, ma piuttosto la neutralizzazione degli effetti. Ciò significa che il mutuo dissenso sarebbe capace di una pluralità di effetti innovativi (costituzione, modificazione, estinzione) cangianti a seconda della natura (reale o obbligatoria) e dello stato (effetti già realizzati o non ancora realizzati o realizzati soltanto in parte) degli effetti già prodotti dal precedente contratto. In questa prospettiva il mutuo dissenso di una donazione reale sarebbe «un contronegozio dispositivo giustificato da un'autonoma causa di "neutralizzazione" delle conseguenze economiche, giuridiche, sociali o personali che, secondo ragionevole giudizio ipotetico, si integrano e potrebbero integrarsi in virtù dell'atto presupposto» (p. 369). Secondo questa prospettiva il mutuo dissenso di una donazione rimarrebbe, pur sempre, un atto che ha la funzione di neutralizzare l'effetto della donazione, con intesa che tale neutralizzazione passa attraverso un ri-trasferimento del diritto dal donante al donatario, senza possibilità di considerare questo atto una retro-donazione, dacché la sua funzione sarebbe pur sempre la sola neutralizzazione dell'effetto, con tutte le conseguenze, anche in termini di tassazione indiretta e di pubblicità (l'atto dovrebbe essere trascritto ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. e non meramente annotato ai sensi dell'art. 2655 c.c.) che da ciò conseguono. Questa tesi finisce tuttavia per escludere che il mutuo dissenso della donazione possa essere un efficace e utile strumento per superare i problemi connessi alla circolazione del bene donativo.

¹²⁰ M. CEOLIN, *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione*, in Studio n. 52-2014/C del CNN, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 4 aprile 2014, p. 2, così riassume i più importanti corollari della tesi in parola: «a) il negozio ha un contenuto uguale e contrario a quello che scioglie (es. contro-vendita, contro-donazione); b) la causa è sempre quella del contro-negozio (es. *causa venditionis*, *causa donationis*); c) lo schema è lo stesso del negozio che si elimina, solo a ruoli invertiti (ed è per questo che le parti ottengono indietro quanto precedentemente dato); d) non si incide direttamente sul negozio originario ma solo sui suoi effetti; e) la forma è identica a quella dell'atto presupposto, essendone identica la natura giuridica; f) la pubblicità è quella che riguarda il tipo di negozio posto in essere; g) necessitano tutte le formalità del tipo negoziale posto in essere (es. menzioni urbanistiche)».

con la conseguenza che l'eventuale ri-trasferimento del diritto richiederebbe il compimento di un negozio di trasferimento *solutionis causa*, ossia un c.d. pagamento traslativo¹²¹.

Per sostenere che il mutuo dissenso della donazione possa essere un utile strumento atto a evitare le insidie connesse alla circolazione del bene di provenienza donativa, dovrebbe, dunque, ammetterne l'ammissibilità rispetto a un contratto che abbia già esaurito i suoi effetti¹²², ma, soprattutto, dovrebbe affermarsi che esso sia un *contrarius consensus*.

Secondo tale ricostruzione, che è condivisa, oggi, dalla maggioranza della nostra dottrina¹²³ e che ha ricevuto un importante riconoscimento anche nella nostra giurisprudenza di legittimità¹²⁴, il mutuo dissenso costituisce un contratto risolutorio a efficacia estintiva, con precisazione che se il contratto da risolvere ha già prodotto i suoi

¹²¹ Cosí, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 1988, p. 417.

¹²² In questo senso, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. Utet*, 3ª ed., Torino, 1980, p. 290.

¹²³ Cosí, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 256 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 735; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO e G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 18 s.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1997, p. 217; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 2002, p. 49 ss.

¹²⁴ Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Notariato*, 2013, p. 138, con nota di F. MAGLIULO, *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, secondo la quale: «il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o un accordo risolutorio), espressione dell'autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, anche indipendentemente dall'esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute, impeditivi o modificativi dell'attuazione dell'originario regolamento di interessi, dando luogo ad un effetto ripristinatorio con carattere retroattivo, anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reale». Su questa sentenza si v. G. GENNARI, *L'osservatorio delle Corti Superiori*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 144 ss.; S. VILLAROSA, *La risoluzione del contratto per mutuo consenso*, in *Contratti*, 2014, p. 982 ss.; M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1181 ss.; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso e contratti integralmente eseguiti*, in *Contratti*, 2012, p. 478 ss.; C. SGOBBO, *Il mutuo dissenso, la sua natura ed i contratti ad effetti reali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1790 ss.; P. CRISCUOLI, *Mutuo dissenso, la Cassazione aderisce alla tesi della risoluzione retroattiva*, in *Imm. propr.*, 2012, p. 635 ss.; A. ALAMANNI, *Retroattività del mutuo dissenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 552 ss.; D. CORONELLA, *Il mutuo dissenso quale atto di risoluzione convenzionale. Forma*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2043 ss.; S. OLIVIERI, *Scioglimento del contratto per mutuo consenso*, in *Studium iuris*, 2012, p. 469 ss.; M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 181 ss.

effetti, essi vengono estinti e, così, ripristinata la situazione *quo ante*; se, viceversa, il contratto non ha ancora prodotto i suoi effetti, allora il mutuo dissenso impedisce che essi si producano. Perché il mutuo dissenso possa essere considerato un utile strumento, atto a superare i problemi della circolazione del bene di provenienza donativa, non basta aderire all'idea che si tratti di un *contrarius consensus*, dacché serve anche aderire all'idea che l'eliminazione degli effetti avvenga con efficacia retroattiva¹²⁵.

In sintesi: se, si considerasse il mutuo dissenso un *contrarius actus*, ossia un negozio a contro-vicenda, che produce una vicenda di rapporto giuridico eguale e contraria a quella prodotta dal contratto che s'intende sciogliere, allora il rimedio sarebbe anche peggiore del male, perché vi sarebbe un ulteriore trasferimento, con l'ulteriore aggravante che all'originario titolo donativo, per effetto del quale la titolarità del bene si era trasferita dal donante al donatario, se ne aggiungerebbe un altro, per effetto del quale la titolarità del bene si trasferisce dal donatario al donante. Se, viceversa, si considerasse il mutuo dissenso un *contrarius consensus*, ossia un negozio eliminativo, che determina la rimozione retroattiva¹²⁶ dell'effetto traslativo già prodotto dal contratto di donazione, ripristinando la situazione anteriore al tempo della donazione, come se la donazione non fosse mai stata stipulata, allora il donante ritornerebbe nella titolarità del diritto e potrebbe trasferire il bene al terzo¹²⁷.

Quest'ultima tesi, proprio nell'ambito di uno studio sulla circolazione dei beni di provenienza donativa, è stata proposta da una dottrina¹²⁸ che si è provata anche a replicare agli argomenti che sono

¹²⁵ In questo senso, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 234 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 735; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 18 s.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 26 ss.; M. GIROLAMI, *o.u.c.*, p. 216.

In senso contrario, esclude la retroattività degli effetti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 217; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, p. 507 ss.

¹²⁶ Resta inteso che la retroattività non potrebbe pregiudicare eventuali diritti dei terzi. Si v. M. GIROLAMI, *o.u.c.*, p. 221.

¹²⁷ Per le due ricostruzioni, si v. F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, in Studio n. 435-2012/C del CNN, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 17 gennaio 2013, p. 1 ss.; M. CEOLIN, *Sul mutuo dissenso in generale*, cit., p. 1 ss.

¹²⁸ V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, cit., p. 74 ss. V. anche la recensione di V. BARBA, *Recensione*, in *Foro nap.*, 2014, p. 713 ss. A. MAGNANI, *La «risoluzione per mutuo dissenso» totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent'anni*, in *Riv. not.*, 2017, p. 397 ss.; M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, cit., p. 1181 ss.

stati spesi per affermare la tesi contraria. Si è detto che non resiste l'argomento storico, il quale vorrebbe la risoluzione consensuale soltanto nel caso di *res adhuc integra*, in quanto tale requisito si spiega «con ragioni d'ordine sistematico *estranee* al diritto vivente ed esclusivamente proprie del diritto romano»¹²⁹; non resiste la tesi fondata sul principio di tipicità dei diritti reali e sul presunto principio di tipicità dei contratti idonei a trasferirli, perché potrebbe escludersi che il mutuo dissenso sia atipico e, soprattutto, perché è da escludere che esista un principio di tipicità dei contratti traslativi dei diritti reali; non resiste la tesi fondata sull'esigenza logica compendiata nel brocardo *quod factum est infectum fieri nequit*, perché «tale supposta esigenza è palesemente smentita dall'esistenza di fatti o atti che producono effetti retroattivi per espressa previsione di legge»¹³⁰, senza considerare che detto argomento è influenzato da una visione materialistica e non condivisibile dell'effetto giuridico; non resisterebbe, infine, neppure la tesi che vuole escludere detta possibilità in ragione del principio di tutela dei terzi, in quanto, la reale efficacia retroattiva del mutuo dissenso pur potendosi apprezzare esclusivamente *inter partes*, non esclude che possa acquisire rilevanza anche nei confronti dei terzi, se resa opponibile con le prescritte modalità di legge. A ciò deve aggiungersi che la norma di cui all'art. 768 *septies* sembrerebbe confermare l'efficacia eliminativa del mutuo dissenso e, dunque, la sua capacità di ripristinare la situazione giuridica esistente prima del compimento dell'atto che viene risolto¹³¹.

Per quanto si possano dare numerosi argomenti a sostegno di questa tesi¹³², e per quanto essa risulti ben argomentata e convincente, mi pare che, da un punto di vista concreto, non possa essere efficacemente suggerita allo scopo di consentire al terzo un acquisto non esposto al rischio della provenienza donativa. Non tanto per il rischio che il mutuo dissenso venga considerato un negozio produttivo di

¹²⁹ V. VERDICCHIO, *o.l.u.c.*

¹³⁰ V. VERDICCHIO, *o.u.c.*, p. 75.

¹³¹ V. VERDICCHIO, *o.u.c.*, p. 83.

¹³² Secondo M. DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratti con effetti reali*, cit., p. 1181 s., alla luce della sentenza che ha riconosciuto la configurabilità del mutuo dissenso come contratto a effetti eliminativi, conclude che «l'unica, se non la più sicura soluzione al problema della pratica incommerciabilità degli atti provenienti da donazione, sia costituita dall'atto di risoluzione convenzionale della donazione stessa, stipulato dal donatario e dal donante se ancora in vita, con il che il bene (soprattutto immobile e) e (alienato), non trasferito ma tornato nella titolarità del donante stesso, potrà essere da questi alienato all'acquirente senza problemi».

una contro-vicenda, quanto perché, anche a considerarlo un contratto a effetti eliminativi, rimarrebbe il rischio che il mutuo dissenso di donazione sia, esso stesso, una liberalità indiretta¹³³.

In assenza di uno specifico corrispettivo, la cui previsione potrebbe impedire di considerare tale operazione riducibile al mutuo dissenso¹³⁴, è difficile escludere che esso abbia natura liberale, ossia che determini un vantaggio patrimoniale per l'originario donante e un corrispondente svantaggio per il donatario¹³⁵. Il mutuo dissenso di donazione, pur potendosi ragionevolmente considerare un *contrarius consensus*, ossia un contratto capace di eliminare, retroattivamente, gli effetti della donazione, ripristinando la situazione anteriore, credo che si debba considerare un atto gratuito produttivo di un effetto liberale, con tutte le conseguenze che a ciò possono connettersi, rendendo questo strumento di non indubbia efficacia.

10. Gli strumenti di tipo recuperatorio oscillano dalla fideiussione, che potrebbe essere prestata sia dal donante sia dai legittimari non donatari, alla disciplina sull'evizione, per giungere a quella che mi sembra la soluzione preferibile della polizza assicurativa.

¹³³ Chiaramente, D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, Napoli, 2013, p. 136 s., il quale chiarisce: «qualificando il mutuo dissenso di donazione come liberalità indiretta si finirebbe per precludere una qualche utilità al meccanismo in esame, visto che agli eredi del donatario rimarrebbe la possibilità di pretendere il controvalore della liberalità indiretta, vale a dire del mutuo dissenso di donazione».

¹³⁴ D. ACHILLE, *o.u.c.*, p. 139, «un'eventuale controprestazione direttamente collegata alla risoluzione consensuale del precedente rapporto darebbe origine ad un diverso contratto rispetto a quello che sa, in quanto la relativa causa sarebbe diversa rispetto a quella che caratterizza il mutuo dissenso».

¹³⁵ In senso contrario, F. MAGLIULO, *La natura del mutuo dissenso*, cit., p. 146 ss., spec. p. 150, secondo il quale non sarebbe configurabile alcun impoverimento del donatario e alcun arricchimento del donante. «Tale impoverimento presuppone necessariamente (e coincide con) il precedente arricchimento del donatario, onde, laddove il precedente arricchimento sia rimosso con effetto retroattivo, non può dirsi, *in termini tecnico giuridici*, che il donatario, nel risolvere la donazione in suo favore, si impoverisca». In conseguenza gli effetti risolutivi del mutuo dissenso non sarebbero inquadrabili nella tradizionale alternativa onerosità-gratuità. Così anche M. GIROLAMI, *Risoluzione*, cit., p. 224 s., «se pure l'ipotesi è possibile, sarà difficile ravvisare in concreto un intento di liberalità in colui che accetta di cancellare retroattivamente una donazione a suo favore, al mero fine di rendere commerciabile il bene che ne era oggetto, eliminando le difficoltà che la provenienza donativa avrebbe creato anche a se stesso; tanto più se poi finirà – come pure accade – per ricevere il valore del bene, incassando il prezzo della successiva vendita che l'originario proprietario andrà a fare ad un terzo. È evidente, infatti, l'interesse patrimoniale sotteso a questa operazione».

Una prima possibilità potrebbe essere la fideiussione *omnibus* prestata da parte dei legittimari non donatari. Nell'atto di vendita al terzo intervengono tutti i legittimari del donante, i quali si costituiscono fideiussori nei confronti del terzo acquirente per le obbligazioni risarcitorie che sorgerebbero in capo al donatario, qualora l'acquirente subisse l'evizione. Per effetto di una tale fideiussione, tali legittimari ben potrebbero agire nei confronti del donatario ed eventualmente anche contro il terzo. Nell'ipotesi in cui il terzo fosse tenuto a restituire loro il bene, sorgerebbe in capo a costoro l'obbligo di indennizzare il danno patito dal terzo per l'evizione, sicché il legittimario sarebbe tenuto a corrispondere al terzo l'equivalente in danaro del bene che avrebbe conseguito in natura proprio dal terzo. Nell'ipotesi in cui il terzo, in luogo di restituire il bene in natura, si determinasse a pagare l'equivalente in danaro, i legittimari sarebbero, sostanzialmente, tenuti a restituire al terzo una somma corrispondente.

Al di là dei problemi connessi alla sua validità, che secondo una parte della dottrina dovrebbe escludersi¹³⁶, perché la fideiussione determinerebbe un risultato equivalente alla rinuncia all'azione di riduzione¹³⁷, tale rimedio non mi sembra particolarmente efficace dal momento che in punto di stretto diritto non esclude che i legittimari possano chiedere al terzo la restituzione del bene e, soprattutto, si espone ai rischi propri di una fideiussione. Con la conseguenza che il terzo potrebbe trovarsi costretto a pagare l'equivalente del valore

¹³⁶ Secondo M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione*, cit., p. 1129 s., tale meccanismo finisce per privare «i legittimari-fideiussori che abbiano ricevuto dalla donazione una lesione dei loro diritti dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), poiché il valore che rientrerebbe nel loro patrimonio per effetto del vittorioso esperimento dell'azione di restituzione nei confronti del terzo ex art. 563 c.c. corrisponderebbe al danno creatosi nel patrimonio del terzo, che sarebbero tenuti a risarcire per effetto dell'obbligazione fideiussoria da essi assunta».

¹³⁷ In senso contrario e con argomenti convincenti, A. FEDERICO, *Tecniche di tutela degli interessi nella circolazione delle provenienze donative: la fideiussione del donante e del legittimario*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 852 ss., il quale precisa che deve aversi riguardo agli effetti diretti del contratto e non anche agli effetti riflessi e che deve considerarsi il concreto assetto di interessi realizzato dal contratto. In questa prospettiva l'a. precisa quanto possa essere diverso a seconda che la fideiussione prestata dal legittimario non donatario sia una fideiussione *indemnitalis* o una fideiussione *omnibus*. «L'inclinazione della fideiussione *omnibus* a garantire qualsiasi obbligazione presente e/o futura dimostra, con notevole evidenza, la maggiore articolazione degli interessi messi in evidenza dalla prestazione della garanzia e l'infondatezza della riduzione all'elusione della tutela dei legittimari, al più mero frammento – insuscettibile di un'autonoma valorizzazione e desumibile soltanto *a posteriori* – di un più ampio profilo funzionale».

del bene ai legittimari che agiscono in restituzione, mentre potrebbe faticare a conseguire dai medesimi legittimari, a titolo di obbligazione fideiussoria, quella somma.

Non più efficace ed esposta a non minori rischi di validità¹³⁸ è la fideiussione prestata dal donante a favore del terzo acquirente per le obbligazioni risarcitorie che sorgerebbero in capo al donatario qualora l'acquirente subisse l'evizione¹³⁹. Non diversamente dal caso precedente, anche questo meccanismo consentirebbe di indennizzare il terzo acquirente, nel presupposto che costui debba restituire il bene o l'equivalente in danaro al legittimario.

Infine, non convince appieno neppure l'ipotesi in cui la fideiussione *omnibus* venga prestata dal donante a favore dell'istituto di credito – creditore del donatario – che abbia iscritto ipoteca sul bene immobile donato¹⁴⁰.

Un'ulteriore ipotesi potrebbe essere offerta della disciplina di garanzia per evizione, con precisazione che sarebbe necessaria una

¹³⁸ Secondo M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione*, cit., p. 1129 s., si tratta di una fideiussione nulla, per violazione della norma sul divieto di patti successori. «La disposizione crea una obbligazione che sorge direttamente in capo agli eredi e non in capo al fideiussore, perché l'eventuale debito garantito potrà venire ad esistenza solo dopo la morte del donante-fideiussore, e i soggetti beneficiari della disposizione sono coloro che saranno titolari del bene donato dopo la morte del donante-fideiussore; si tratta perciò di un patto successorio istitutivo nullo per contrarietà all'art. 458 c.c.».

¹³⁹ Da condividere la posizione di A. FEDERICO, *Tecniche di tutela*, cit., p. 852 ss., secondo il quale occorre prescindere da ogni valutazione astratta e formulare una valutazione attenta agli interessi del caso concreto. «Nell'ipotesi che il donante si sia spogliato con l'effettuazione della liberalità dell'unico bene facente parte del suo patrimonio, e, ancorché assolutamente incapiente, presti in età avanzata, magari prossimo alla fine dell'esistenza, una fideiussione a garanzia del terzo acquirente ovvero del creditore che ha iscritto ipoteca sull'immobile donato, non pare incauto affermare che l'interesse in concreto perseguito relativizza l'effetto della costituzione dell'obbligazione, consentendo di ascrivere ad essa l'esclusiva funzione elusiva, giacché sarebbe possibile prevedere, all'atto del rilascio della fideiussione, a causa dell'ipotizzata età ovvero delle peculiari condizioni di salute, la sicura lesione della legittima all'apertura della successione anche in ragione del rilievo che l'eventualità di un ulteriore incremento del patrimonio del donante-fideiussore costituisce circostanza caratterizzata da un grado di probabilità prossimo allo zero».

¹⁴⁰ L'ipotesi è stata giudicata da Trib. Mantova, 24 febbraio 2011, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 463, con nota di A. SCHIAVONE, *L'osservatorio di merito*, e in *Notariato*, 2012, p. 21 con nota di C. LAZZARO, *Una pronunzia innovativa sulla fideiussione del donante*, il quale ne ha affermato la nullità assumendo che nel caso concreto si desumeva dalle circostanze che essa costituiva il mezzo per eludere il principio di intangibilità della legittima, inducendo il legittimario a rinunciare all'esperimento dell'azione di riduzione.

specifica clausola negoziale di ampliamento della garanzia, essendo dubbia la configurabilità dell'azione di restituzione come fatto evizionale¹⁴¹ in senso vero e proprio.

In una prima variante, si potrebbe immaginare che il donante conservi qualche diritto sul bene oggetto della donazione (ad es. la titolarità di una piccola quota, oppure l'usufrutto, oppure un altro diritto reale minore), di modo che l'alienazione del bene al terzo reclaims la compartecipazione all'atto sia del donante sia del donatario. Nell'atto di alienazione al terzo sia il donante sia il donatario assumono, convenzionalmente, la responsabilità solidale per l'evizione, in guisa che ciascuno risponderebbe per l'intero fatto dell'evizione e non limitatamente al diritto trasferito. Se il terzo subisse l'azione di restituzione da parte del legittimario e fosse tenuto a restituire il bene o il suo equivalente in danaro, il donante risponderebbe dell'evizione patita dal terzo per l'intero (non limitatamente al diritto trasferito) e in solido con il donatario. Il che dimostra, anche, la limitata utilità di un tale meccanismo¹⁴².

Per il caso in cui vi fosse una catena di alienazioni (diversamente si tratterebbe di uno strumento di scarsa efficacia)¹⁴³, si potrebbe anche

¹⁴¹ Un fatto di evizione reclama non soltanto che il *vizio preesista al momento del trasferimento del diritto*, ma, soprattutto, che il vizio si sia realmente verificato, ossia che esso si sia *estrinsecato attraverso l'esercizio effettivo da parte del terzo*, ovvero attraverso il riconoscimento da parte dello stesso compratore. Non v'ha dubbio che per darsi un fatto di evizione occorre non soltanto che il contratto abbia prodotto l'effetto traslativo, indipendentemente dalla circostanza che il compratore abbia conseguito il possesso del bene, non soltanto che il terzo abbia concretamente fatto valere il proprio diritto sul bene, ma, soprattutto, che il vizio del diritto trasmesso sia preesistente al tempo in cui si è prodotto l'effetto traslativo. Il che mi sembra escluda la possibilità di ipotizzare un fatto di evizione quando il compratore, successivamente all'acquisto e per effetto della azione di restituzione del terzo perda, in tutto o in parte, la proprietà del bene. Al pari di come si esclude che si possa dare un fatto di evizione nel caso di espropriazione subita da parte dell'acquirente, successivamente all'acquisto, nonché nel caso di perdita della proprietà, per effetto di una usucapione compiuta dopo il trasferimento della proprietà. Si v. V. BARBA, *Art. 797 c.c. - Garanzia per evizione*, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, *Delle donazioni*, a cura di G. Bonilini, Torino, 2014, p. 431 s.

¹⁴² M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo*, cit., p. 1280 ss.

¹⁴³ Così, C. CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza*, cit., p. 457 ss. Nei rapporti tra acquirente e venditore-donatario (o venditore-beneficiario di una disposizione testamentaria) il ricorso alla garanzia per evizione, ove pure fosse reputata ammissibile senza necessità di una clausola specifica di ampliamento del suo contenuto, sarebbe di scarsa utilità, dal momento che l'escussione del patrimonio del venditore è prevista direttamente dalla legge. Se l'escussione dei beni del venditore-donatario, ai sensi dell'art. 563, comma 1, c.c. è stata negativa, il ricorso alla

immaginare una clausola di ampliamento della garanzia per evizione, che preveda la responsabilità del venditore per la riduzione del suo titolo di provenienza o per un titolo, anche, più remoto.

Tutti questi strumenti, che dal mio punto debbono essere, tendenzialmente, preferiti a quelli di tipo demolitorio, consentono al terzo acquirente, che sia esposto all'azione di restituzione, di recuperare la somma di danaro che costui debba pagare al legittimario.

Agli strumenti appena descritti deve, senza meno, preferirsi la concessione di un'assicurazione¹⁴⁴, nell'interesse del terzo acquirente, che potrebbe, alternativamente, essere richiesta sia dal donante sia dal donatario, sia dallo stesso terzo. Il contratto di assicurazione dovrebbe indennizzare il terzo contro il rischio di restituzione dell'immobile (*recte*: del suo valore) *ex* art. 563 c.c., ovvero contro il rischio della purgazione dei pesi e delle ipoteche di cui il donatario possa aver gravato l'immobile, *ex* art. 561 c.c.

Tale strumento, la cui efficacia sembra difficilmente opinabile, incontra quale suo unico limite i costi elevati, benché sia da segnalare che, di recente, alcuni istituti di credito e assicurativi siano riusciti a offrire polizze a costi competitivi e in grado di sterilizzare, adeguatamente, il rischio al quale è esposto il terzo titolare di un peso o di una ipoteca su un bene di provenienza donativa o il terzo acquirente di un bene di provenienza donativa.

La rinuncia preventiva all'azione di restituzione da parte di tutti i legittimari è, certamente, uno strumento assai efficace, perché impedisce a tutti coloro che abbiano rinunciato di agire contro il terzo acquirente del bene di provenienza donativa. Gli è, però, sebbene l'ipotesi debba considerarsi davvero residuale, che una tale rinuncia non pone al riparo da eventuali legittimari che possano sopravvenire rispetto alla donazione e che non abbiano rinunciato, nonché dal ri-

garanzia per evizione darà, anch'esso, esito negativo, con la conseguenza che risulta uno strumento sostanzialmente inutile. Diversamente, nell'ipotesi in cui il bene avesse circolato, l'esistenza di una tale garanzia potrebbe consentire al terzo di escutere il patrimonio di altri soggetti che abbiano, medio tempore, acquistato il bene e contro i quali non potrebbe, altrimenti, agire.

¹⁴⁴ R. CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati*, cit., p. 1085 s., il quale considera questo l'unico strumento davvero efficace, sebbene l'a. constati che esso è poco utilizzato in ragione degli elevati costi. Secondo l'a. questo rimedio non sarebbe praticabile nei casi in cui la tutela reale è piena e immediata. «Vale a dire nei casi previsti dall'art. 561 c.c., in cui la liberazione degli immobili da pesi o ipoteche non è richiesta – rispetto all'azione di riduzione – una ulteriore azione di restituzione, alla quale il terzo possa resistere adempiendo una obbligazione pecuniaria».

schio che la rinuncia, pure manifestata da tutti i potenziali legittimari, possa essere invalida. In tali casi, che è bene considerare davvero residuali, l'unica possibilità del terzo è di garantirsi dal rischio della restituzione con una polizza assicurativa.

ABSTRACT: Il saggio è destinato a verificare quali siano, alla luce del vigente ordinamento giuridico, gli strumenti di tutela da parte del terzo acquirente di un bene di provenienza donativa. Dopo aver ricostruito la disciplina relativa all'azione di restituzione, individuati i casi nel quali l'acquisto è stabilizzato in ragione della trascrizione e del tempo o della mancata opposizione, il lavoro si concentra sulla rinuncia all'opposizione, giungendo ad ammettere la rinunziabilità alla stessa azione di restituzione. Poiché tale soluzione non è sempre in grado di stabilizzare l'acquisto di provenienza donativa, il saggio si concentra sugli strumenti demolitori e recuperatori, dimostrando la maggiore efficienza degli ultimi.

The paper intends to address the instruments of protection available to the buyer of goods which the seller has received through a donation. After outlining the regime concerning the action of restitution and exploring the cases in which the purchase is made stable by registration and time or non-opposition, the paper focuses on the renunciation to the opposition, thereby advocating for the renunciation to the restitution action. Since this solution is not always able to stabilize the purchase of a good having a donative origin, the essay focuses on demolition and recovery tools, demonstrating the greater efficiency of the latter.

