

LE CRITICITA' E LE SOLUZIONI PROPOSTE NELLA PRATICA

La provenienza donativa può porre due ordini di problemi:

- 1) Il donatario deve concedere ipoteca sul bene donato a garanzia di un proprio finanziamento, mentre il donante è ancora in vita; la posizione della Banca (creditore ipotecario) sarebbe a rischio in quanto, i legittimari lesi potrebbero, dopo la morte del donante, agire in riduzione al fine di rendere inefficace nei loro confronti la liberalità, riduzione che, ai sensi dell'art. 561 c.c., comporterà la **restituzione degli immobili alla massa ereditaria liberi da pesi ed ipoteche** (salvo il decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione) con conseguente danno del terzo che è "entrato in contatto" con il donatario.
- 2) Il donatario deve rivendere il bene ad un terzo il quale correrebbe il rischio concreto di vedersi coinvolto nell'azione prevista dall'art. 563 c.c., azione di natura reale dalla quale consegue la **restituzione dell'immobile** (fatto salvo il decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione).

Al fine di scongiurare i rischi evidenziati la dottrina e la prassi notarile hanno escogitato una serie di rimedi: si pensi alla fideiussione prestata dagli stessi donanti (dubbia), all'ampliamento della garanzia per evizione, alla novazione della donazione ed alla risoluzione consensuale del titolo donativo, quest'ultimo, in particolare, più utilizzato nella prassi e la cui legittimità è stata recentemente affermata da una sentenza della V Sezione della **Cassazione - la n. 20445 del 6 ottobre 2011** secondo la quale la risoluzione convenzionale integra, un contratto autonomo ammesso in base al principio della autonomia negoziale con il quale le parti estinguono un

contratto precedente, producendo "effetti estintivi delle posizioni dallo stesso create" ovvero un "effetto ripristinatorio con carattere retroattivo" identico a quello previsto dall'art. 1458 c.c. per il caso di risoluzione per inadempimento. Non vi sono, pertanto, "impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale, fatto salvo l'onere della forma ad substantiam".

LA RINUNCIA ALL'AZIONE DI RESTITUZIONE PRIMA DEL DECESSO DEI DONANTI

In mancanza di una espressa previsione legislativa circa la rinunziabilità in parola, la dottrina ha espresso una serie di argomenti contrari alla sua ammissibilità:

1) **Divieto dei patti successori rinunziativi** ed in particolare il divieto di rinunziare, quando il donante sia ancora in vita, alla azione di riduzione art. 557 c.c. E' vero che l'azione restitutoria è in qualche modo una sorta di "costola" dell'azione di riduzione, il suo braccio armato, ma stante la diversità di presupposti, petitum, causa petendi e legittimazione passiva tra le due azioni, deve necessariamente concludersi nel senso che il divieto previsto per l'una non possa essere applicato analogicamente all'altra, anche perché si tratta di norma di divieto, quindi di stretta interpretazione.

2) **Differenze tra azione di riduzione ed azione restitutoria** (Mengoni, Capozzi, Tamburrino e Cassazione sez. II, 22 marzo 2001 n. 2261).

2a) Argomento sistematico: **le azioni sono disciplinate da norme diverse** - art. 553 per l'azione di riduzione, 561 per la restituzione nei confronti dei donatari o beneficiari e 563 per la restituzione nei confronti dei terzi e ciò a

differenza di quanto previsto dal codice abrogato, che disciplinava le due azioni con un'unica norma (l'art. 1069).

2b) Diversi sono il **petitum** (nella riduzione, la dichiarazione di inefficacia di donazioni e disposizioni testamentarie lesive, nella restituzione il recupero della res fuoriuscita), la **causa petendi** (Riduzione: azione personale di accertamento costitutivo, cioè una azione di impugnativa, che costituisce il presupposto dell'azione di restituzione; l'azione di restituzione reale di condanna che presuppone il passaggio in giudicato della prima), la **legittimazione passiva** (il donatario o legatario nella riduzione; gli aventi causa di questi ultimi nella restituzione) e la natura (come ha ben motivato la sopra richiamata Cassazione,).

2c) Un ulteriore argomento che sottolinea l'evidente differenza si può ricavare dal recente orientamento della Cassazione n. 11496 del 12 maggio 2010 che, con riferimento alle **donazioni indirette**, mentre le accomuna a quelle dirette sotto il profilo della suscettibilità della azione di riduzione, le distingue nettamente dalle stesse, in quanto le sottrae all'ambito di operatività della azione di **restituzione**: conferma, quindi, la ontologica diversità tra le due azioni e la circostanza che non necessariamente debbano viaggiare su binari paralleli; peraltro conferma il trend che vede **l'asse della tutela del legittimario** lesospostarsi progressivamente da una tutela di tipo qualitativo ad una tutela di **tipo quantitativo**, avente di mira il recupero non più e non tanto del bene uscito dal patrimonio del de cuius, bensì del suo equivalente in danaro, al fine di favorirne la **commerciabilità** (interesse a sua volta meritevole di tutela)

2d) Una recente risposta a quesito - **n. 453/2012/C** - del settore studi civilistici del **CNN** pur non avallando la

rinunziabilità alla azione di restituzione mentre il donante è ancora in vita, la ammette in modo esplicito una volta avvenuto il **decesso del donante**: in tal modo sottolineando la profonda differenza fra le due azioni

3) Contrarietà al divieto dei patti successori rinunziativi:

mediante i quali un soggetto rinunzia ai diritti che gli possano spettare su una successione non ancora aperta. La ratio del divieto in questione, secondo la dottrina prevalente, consiste **(i)** nell'evitare eccessi di prodigalità - soprattutto da parte di soggetti più deboli per ragioni di età o di stato di salute: in contrario si osserva che la rinunzia all'azione restitutoria potrebbe ben avvenire verso un corrispettivo e che al momento della stessa il donatario ha ben presente quale è il valore del bene specifico al quale sta rinunziando, mentre nel caso di rinunzia all'azione di riduzione prima del decesso dei donanti si rinunzierebbe ad un patrimonio il cui valore non solo non è noto al rinunziante ma verrà determinato in un momento successivo, ovvero all'apertura della successione.

(ii) nell'immoralità e pericolosità della rinuncia fondata causalmente sull'evento della morte del donante: in contrario, la rinunzia alla azione di restituzione non si riferisce ad un bene che appartiene alla sfera patrimoniale del de cuius ma, al contrario, ad un bene che ne è già fuoriuscito: non si tratta di un atto concluso in previsione dell'evento morte, ma di un atto finalizzato ad agevolare la circolazione degli immobili, che non solo prescinde dall'evento morte ma addirittura è "collegato" alla vita del donante che, anzi, ne costituisce il presupposto.

3) Riforma del 2005 e decadenza dalla azione restitutoria decorsi 20 anni dalla trascrizione della donazione: il fatto che, di fronte alla rinunzia alla facoltà di opposizione, il legittimario decada dopo 20 anni dalla trascrizione della donazione, dal

diritto di agire in restituzione, sta a significare che nel **bilanciamento dei contrapposti interessi** (tutela reale dei legittimari, da un lato e tutela della libera commerciabilità dei beni donati, dall'altro) il legislatore del 2005 ha optato per il sacrificio del primo al fine di favorire il secondo e degradando la tutela dei legittimari da una tutela di tipo reale ad una tutela per equivalente.

Analoga scelta di politica legislativa è stata fatta in sede di introduzione del **Patto di famiglia** dove il legittimario "non preferito" viene soddisfatto mediante liquidazione da parte del preferito, non in natura.

Se, quindi, attraverso il meccanismo della rinuncia alla facoltà di opposizione il legittimario può scegliere di lasciar decorrere il ventennio e perdere il diritto di agire in restituzione (mentre il donante è ancora in vita) non si coglie il motivo logico per il quale egli non possa ottenere il medesimo risultato prima dei 20 anni e con una rinuncia diretta alla azione restitutoria stessa, senza passare per la strada lunga e tortuosa della rinuncia alla facoltà di opposizione+ decorso del 20ennio.

PUBBLICITA': non è prevista da alcuna norma, ma data l'utilità della stessa al fine di liberalizzare la circolazione del bene si consiglia di procedere alla trascrizione/annotamento, anche se esse svolgerebbero una mera funzione di pubblicità notizia, quindi alla quale il notaio non sarebbe obbligato per legge, ma solo contrattualmente su incarico professionale delle parti. Il Trib Torino nega la trascrivibilità, fondandola su di una presunta tassatività degli atti soggetti a trascrizione e propone come modalità alternativa quella della annotazione a margine della originaria nota di trascrizione (trascurando che anche per le annotazioni vale il medesimo principio di tassatività dei casi ammissibili): ma in tal modo i soggetti a

favore e contro sarebbero il donante ed il donatario, non il rinunziante, talché il Tribunale cerca di ovviare a tale anomalia, suggerendo di inserire il nominativo del rinunziante nel quadro D della nota.

TECNICA REDAZIONALE

RINUNZIA ALLA FACOLTA' DI OPPOSIZIONE

In relazione all'indicato atto di donazione le parti, preso atto:

* che, ai sensi dell'articolo 563 c.c., nel caso in cui i donatari, contro i quali è stata pronunciata la riduzione, abbiano alienato a terzi gli immobili donati, il legittimario leso, premessa l'infruttuosa escussione dei beni del donatario, può chiedere ai terzi acquirenti la restituzione degli immobili, a meno che siano già trascorsi venti anni dalla donazione (nel qual caso non sarà più possibile agire in restituzione contro i terzi acquirenti);

* che, ai sensi dell'articolo 561 c.c., gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o donatario può averli gravati, a meno che la riduzione sia gravata dopo 20 anni dalla trascrizione della donazione (nel qual caso i pesi e le ipoteche restano efficaci);

* che il decorso del suddetto termine di 20 anni è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione;

* che detto diritto di opposizione è personale e rinunziabile (giusta quanto disposto dall'articolo 563 ultimo comma c.c.)

TUTTO CIO' PREMESSO

In riferimento all'indicato atto di donazione, i signori

****, **quali unici figli legittimi (ovvero coniuge) del donante**, ai sensi per gli effetti dell'articolo 563 IV° comma del Codice Civile, **rinunziano espressamente alla facoltà di opposizione** loro spettante.

Le parti prendono atto e si dichiarano a conoscenza che le rinunzie al diritto di opposizione che precedono (che escludono la possibilità per i rinunzianti della facoltà di chiedere la sospensione del termine di 20 anni), **non comportano:**

* **né la rinunzia alla azione di riduzione**; resta infatti fermo il divieto di cui all'articolo 557 2° comma, secondo il quale i legittimari non possono rinunziare alla azione di riduzione finché vive il donante, né con dichiarazione espressa né prestando il proprio assenso alla donazione;

* **né il venir meno della necessità di attendere, comunque, 20 anni per essere sicuri che l'azione di restituzione non potrà più essere esperita** (in altri

termini la rinunzia, se non sospende il termine, neanche lo elimina, rimanendo, quindi, ferma la possibilità dell'esperimento della azione restitutoria prima dei 20 anni, se prima di tale termine si verificano i presupposti da verificare in sede di iscrizione.

Il presente atto verrà registrato con applicazione di una sola Imposta in misura fissa, trattandosi di atto contenente più disposizioni negoziali non dotate di intrinseco contenuto economico, né costituenti indici di capacità contributiva, come stabilito dalla Corte di Cassazione con sentenze n. 10789 del 7 giugno 2004 e n. 10180 del 4 maggio 2009 e da ultimo riconosciuto con Circolare n. 44/E del 7 ottobre 2011 dalla Agenzia delle Entrate.

La parte rinunziante presta ogni più ampio consenso alla trascrizione del proprio negozio rinunziativo.

RINUNZIA ALLA AZIONE RESTITUTORIA

Costituisci come anagrafiche:

DONANTE

DONATARIO

RINUNCIANTI

PREMESSO

Situazione familiare

I signori Prof. Carlo Cupo e Anna Zurlo dichiarano:

- a) di essere coniugi;
- b) che dal loro matrimonio sono stati generati due figli:
 - Paolo Cupo, come sopra generalizzato;
 - Anna Cupo, nata a Napoli il 15 luglio 1961

Intenti delle parti

- Anna Zurlo intende donare al proprio figlio Paolo Cupo la piena proprietà dell'immobile in* alla Via *, appresso meglio descritto, confinato ed accatastato;
- Carlo Cupo intende donare ad Anna Cupo, una somma di danaro appresso meglio specificata;
- il medesimo Carlo Cupo ed Anna Cupo intendono rinunciare all'azione di restituzione dell'immobile oggetto della donazione di Anna Zurlo in favore di Paolo Cupo;

Dottrina e giurisprudenza

- che i rinunzianti sono stati edotti circa la possibilità di poter effettuare tale rinuncia in quanto:

A)

- l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario è un'azione autonoma rispetto all'azione di riduzione;
- l'azione di restituzione, in particolare, differisce da quella di riduzione per il *petitum*, per la causa *petendi*, per la legittimazione passiva e per la natura;
- dopo la riforma del 2005 l'azione di restituzione risulta ancora più sganciata dall'azione di riduzione in quanto per tale ultima azione non è previsto nessun termine di prescrizione che possa spirare anche se i donanti siano ancora in vita;

- che tale argomentazione è stata condivisa anche dalla giurisprudenza (Tribunale di Torino del 26/9/2014) la quale ha affermato che la rinuncia all'azione di restituzione è "atto legittimo" in quanto ha caratteristiche diverse dall'azione di riduzione "oltre a non essere esperibile decorsi 20 anni dalla trascrizione della donazione qualora il donante sia in vita";

B)

- la *ratio* del divieto dei patti successori rinunciativi è debole e comunque, la stessa non è violata dal negozio in oggetto in quanto lo stesso a) può, a discrezione del rinunciante, essere effettuato verso corrispettivo e b) i suoi effetti prescindono dall'evento morte in quanto presuppongono la vita del donante;

- dal tenore letterale dell'art. 458 (che sancisce il divieto) dell'art. 557 (che lo ribadisce per l'azione di riduzione) e dell'art. 563 (che non lo ribadisce per l'azione di restituzione) se ne deduce che la fattispecie non è vietata;

- che anche tale deduzione è stata sostenuta dalla su menzionata sentenza nel momento in cui ha affermato che "la rinuncia preventiva all'azione di restituzione verso i terzi non concreta neppure patto successorio dispositivo rinunciativo nullo ex art. 458 c.c."

C)

- la *ratio* della L. 80/2005 è volta ad agevolare la commerciabilità dei beni con provenienza donativa e, per tale fine, ha, in determinate ipotesi, affievolito il diritto del legittimario degradandolo da reale a personale;

- il fine perseguito è socialmente utile e quindi meritevole di tutela;

D)

- che i rinuncianti per loro espressa volontà non intendono percepire alcunché a fronte di tali rinunce e che pertanto le stesse avverranno a titolo gratuito.

Suddivisione

Per una migliore intelligibilità l'atto viene suddiviso in tre parti e precisamente

Parte prima - Donazione in favore di Paolo CUPO

Parte seconda - Parti comuni alle donazioni

Parte terza - Rinuncia all'azione di restituzione

Parte prima - Donazione in favore di Paolo C

Segue donazione

Parte terza - Rinuncia all'azione di restituzione

Art. *) Consenso

Anna C, figlia della donante Anna Z, ed il Prof. Carlo C, quale coniuge della donante Anna Z ciascuno per i diritti di propria spettanza e reciprocamente tra loro, rinunciano, anche per quanto precedentemente evidenziato in narrativa sub A), B), C) e D), all'azione di restituzione prevista dall'art. 563 C.C. contro gli aventi causa del donatario Paolo Cupo relativamente all'immobile oggetto della donazione.

Art. *) - Corrispettivo

La rinuncia, tenuto anche conto delle motivazioni esposte in narrativa, viene effettuata senza alcun corrispettivo.

Art. *) - Effetti

Per effetto di tale rinuncia Anna C:

a) ha perso per la donazione in oggetto il diritto di agire con l'azione di restituzione nei confronti di eventuali terzi acquirenti o creditori ipotecari o aventi causa ad altro titolo dal donatario;

b) conserva il diritto di agire in riduzione e, in caso di esperimento vittorioso di tale azione, potranno soddisfarsi unicamente nel patrimonio del donatario nonché agire in restituzione avverso altre donazioni eventualmente ricevute dal medesimo donatario, ove ne ricorrano i presupposti;

c) ha agevolato la negoziabilità del bene oggi donato.

Arti. *) Pubblicità

In linea con il più recente orientamento della giurisprudenza (Tribunale di Torino, Decreto del 26/9/2014) ed in ossequio al principio della verità dell'informazione pubblicitaria, si autorizza il competente Conservatore dei RR.II. ad annotare, senza alcuna responsabilità al riguardo, l'atto di rinuncia all'azione di restituzione a margine della trascrizione della donazione. Di tale rinuncia, inoltre, verrà data sintetica indicazione nel quadro "D" relativo alla nota di trascrizione della presente donazione.