

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

A) INTRODUZIONE

Come è noto, uno dei problemi che affligge maggiormente la professione notarile e con il quale ci si confronta quasi quotidianamente è quello relativo alle provenienze donative ed alla difficoltà - per non dire impossibilità - di garantire la sicura circolazione di immobili caratterizzati, appunto, dall'essere pervenuti al dante causa attraverso una liberalità. E quando parliamo di liberalità ci riferiamo, ovviamente, a tutte le fattispecie conosciute nel nostro ordinamento, tanto se l'immobile da commercializzare provenga da una donazione tipica quanto se lo stesso sia stato oggetto di una liberalità indiretta. Scopo di questo breve studio, premessa l'analisi dei rimedi proposti nella pratica quotidiana per scongiurare la difficoltà di circolazione degli immobili oggetto di provenienza donativa, è proprio quello di verificare la legittimità di una soluzione proposta recentemente da uno studioso della materia (Giancarlo Iaccarino, Notariato 2/2012 p. 395) soluzione che, se riconosciuta lecita, consentirebbe di evitare il ricorso ad alternative spesso forzate e di dubbia legittimità.

B) LE SOLUZIONI PROPOSTE NELLA PRATICA

Le criticità che caratterizzano le provenienze donative si manifestano su due fronti.

Da un lato ci potremmo trovare di fronte ad un soggetto titolare di un immobile pervenuto per donazione e che deve realizzare un'operazione che non implica il trasferimento dell'immobile a terzi (caso classico, la stipula di un mutuo con garanzia ipotecaria) ma che mette comunque a rischio la posizione del terzo (nel nostro esempio la Banca); in questo caso, 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.

Da un altro lato, si potrebbe prospettare il caso - più frequente nella pratica - in cui il soggetto titolare dell'immobile pervenuto per donazione debba trasferire lo stesso a terzi, che correrebbero il rischio concreto di vedersi coinvolti 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 pericoli richiamati sopra, nella pratica sono stati escogitati vari rimedi, alcuni dei quali, peraltro, di dubbia legittimità; si pensi alla fideiussione prestata dagli stessi donanti, all'ampliamento della garanzia per evizione, alla novazione della donazione ed alla risoluzione consensuale del titolo donativo.

Quest'ultimo, in particolare, è il rimedio più utilizzato nella prassi e la sua legittimità è stata recentemente affermata da una sentenza della V Sezione della Cassazione - la n. 20445 del 6 ottobre 2011 - la quale, partendo dal principio per cui "la figura del mutuo dissenso costituisce espressione dell'autonomia negoziale dei privati che sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio a prescindere dalla esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute impeditivi o modificativi della attuazione dell'originario regolamento di interessi"...(omissis), afferma la legittimità dell'istituto e la sua applicabilità anche ai contratti con efficacia reale; in particolare, secondo la Suprema Corte la risoluzione convenzionale integra, un contratto autonomo con il quale le parti estinguono un contratto precedente, liberandosi dal relativo vincolo", producendo "effetti estintivi delle posizioni dallo stesso create"; il contratto, conclude la sentenza, produce 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".

I principi affermati dalla Cassazione sono della massima importanza, anche perchè vengono affrontati un pò tutti i problemi legati alla risoluzione consensuale; ma la legittimità della risoluzione consensuale è ancora molto discussa, principalmente in dottrina e l'utilizzo di tale rimedio - tralasciando i non indifferenti costi fiscali - non sempre e non per tutti dà garanzia di sicurezza nella circolazione degli immobili.

Infine, a seguito della riforma del 2005, una parte della dottrina (in particolare, Filippo Patti, la circolazione dei beni da provenienza donativa, in Quaderni di Notariato, pag. 139 ss.) ha sostenuto che con la rinuncia all'opposizione prevista dall'art. 563 c.c. "il legittimario accetta il rischio di rinunciare alla pretesa reale sui beni alienati dal donatario, mantenendo in ogni caso il credito nei confronti di quest'ultimo. La rinuncia all'opposizione si sostanzia in una rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo...".

Invero, come è stato osservato, affermare che rinunciare all'opposizione equivalga a rinunciare all'azione di restituzione, se ha una sua logica in linea con quello che avrebbe dovuto essere lo spirito della riforma, si scontra inevitabilmente con la lettera della legge e, da un punto di vista tecnico, appare carente: la rinuncia all'opposizione, così come è stata congegnata dal legislatore del 2005, aveva ed ha il solo scopo di rinunciare a bloccare un termine trascorso il quale non vi è più spazio per i legittimari per recuperare il bene oggetto di donazione dai terzi o per recuperarlo libero da pesi ed ipoteche; qualunque lettura diversa, seppur in linea - ripetesì - con lo spirito della riforma, appare una forzatura eccessiva.

E con ciò non si vuole dire che non sia possibile rinunciare sic et simpliciter all'azione di restituzione quando i donanti siano ancora in vita, ma si intende affermare che, probabilmente, esiste una strada più diretta e meno "tortuosa" per giungere alla stessa conclusione.

C) LA RINUNCIA ALL'AZIONE DI RESTITUZIONE PRIMA DEL DECESSO DEI DONANTI: UNA STRADA PERCORRIBILE.

E veniamo al punto centrale della nostra indagine, esaminando gli argomenti contrari che tradizionalmente la dottrina ha sostenuto per negare la possibilità di rinunciare all'azione di restituzione prima del decesso dei donanti nonché gli argomenti, di contro, a sostegno di tale possibilità.

C1) Il primo argomento sostenuto da una parte della dottrina per negare la possibilità di rinunciare all'azione di restituzione prima del decesso dei donanti è quello del divieto - quello sì espressamente previsto dalla legge - sancito dall'art. 557 c.c. di rinunciare all'azione di riduzione "finchè vive il donante".

In particolare, secondo questa teoria l'azione di restituzione sarebbe una sorta di "costola" dell'azione di riduzione, con la conseguenza inevitabile dell'applicabilità del divieto in questione anche a quest'ultima.

Invero, come si avrà modo di esaminare più avanti, la dottrina dominante e la stessa giurisprudenza hanno da sempre sottolineato che le azioni in questioni si muovono su due piani diversi, sono totalmente autonome l'una dall'altra e gli interessi che l'art. 557 c.c. mira a tutelare si riferiscono esclusivamente all'azione di riduzione: il divieto di rinunciare a quest'ultima, in particolare, oltre a tutelare gli interessi della famiglia, è stato dettato per evitare di condizionare all'evento morte la sistemazione del patrimonio del de cuius, interesse che non ricorre nel caso della rinuncia all'azione di restituzione, che è

riferita a beni singoli, già usciti dal patrimonio del futuro de cuius ed è finalizzata esclusivamente a consentirne la libera circolazione.

Tutto ciò senza voler considerare - argomento di non poco conto - il dato letterale, perchè la norma si riferisce esclusivamente all'azione di riduzione e, trattandosi di norma che pone un divieto, la sua interpretazione deve essere restrittiva e l'applicazione analogica deve essere esclusa.

C2) Come si è appena detto, un argomento decisamente a favore della rinunziabilità dell'azione in questione è certamente quello relativo alla chiara differenza fra la stessa e l'azione di riduzione.

La dottrina dominante (Mengoni, Capozzi, Tamburrino e altri) e la giurisprudenza della Cassazione (Cass. sez. II, 22 marzo 2001 n. 2261) da sempre sottolineano la profonda diversità delle due azioni.

Un primo argomento è quello di carattere 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 - benchè riportate nella stessa sezione dello stesso libro del codice civile: e ciò a differenza di quanto previsto dal codice abrogato, che disciplinava le due azioni con un'unica norma (l'art. 1069).

Ma, al di là del dato sistematico, altri argomenti sono stati proposti per sottolineare la differenza fra le due azioni: 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 (intesa come la pretesa da far valere in giudizio), la legittimazione passiva (i beneficiari delle disposizioni nella riduzione, gli aventi causa di questi ultimi nella restituzione) e la natura (come ha ben motivato la sopra richiamata Cassazione, l'azione di riduzione è una azione di impugnativa, che costituisce il presupposto dell'azione di restituzione, mentre quest'ultima è un'azione di condanna che presuppone il passaggio in giudicato della prima).

Ma un ulteriore argomento che sottolinea l'evidente differenza si può ricavare dal recente orientamento della Cassazione - sentenza n. 11496 del 12 maggio 2010 - secondo il quale alla riduzione delle donazioni indirette non potrà conseguire il recupero reale del bene (azione di restituzione); conseguentemente, al legittimario leso - o preterito - non spetterà altro che un diritto di credito nei confronti del donatario indiretto, corrispondente al controvalore dell'immobile, mediante il metodo

dell'imputazione, come nella collazione; la Suprema Corte conclude affermando che "la riduzione delle donazioni indirette non mette in discussione la titolarità dei beni donati, nè incide sulla circolazione dei beni".

Per quel che concerne l'argomento in questione, la sentenza è interessante per due aspetti: da un lato conferma la diversità delle due azioni, tanto da ammettere l'esperibilità della prima - la riduzione - negandola per la seconda - la resituzione - ; da un altro lato, se si negasse la disponibilità dell'azione di restituzione e la possibilità di rinunciare alla stessa, non si coglie la ragione logica per la quale la liberalità indiretta dovrebbe ricevere un trattamento più favorevole della donazione tipica.

Infine, giova ricordare una recente risposta a quesito - n. 453/2012/C - del settore studi civilistici del CNN che, partendo dal presupposto della profonda differenza fra le due azioni, ha ammesso per il legittimario la possibilità di rinunciare all'azione di restituzione - nella fattispecie dopo il decesso del donante - pur mantenendo la possibilità di agire in riduzione, proprio a sottolineare il fatto che si tratta di due azioni completamente diverse.

C3) Veniamo, adesso, ad un altro argomento utilizzato da una parte della dottrina per negare la possibilità di ricorrere alla rinuncia di cui si tratta.

Secondo alcuni autori, la rinuncia ad agire in restituzione prima del decesso dei donanti sarebbe in contrasto con il divieto dei patti successori, ed in particolare con i patti cd. rinunziativi, mediante i quali un soggetto rinuncia ai diritti che gli possano spettare su una successione non ancora aperta.

Ma, a ben vedere, anche questo argomento contrario sembra non reggere.

Come è noto, la ratio del divieto in questione, secondo la dottrina prevalente, consiste nell'evitare eccessi di prodigalità - soprattutto da parte di soggetti più deboli per ragioni di età o di stato di salute - nonchè scongiurare accordi immorali e pericolosi perchè fondati sul desiderio dell'altrui morte: ebbene, nessuno di questi elementi sembra ricorrere nella fattispecie che si sta esaminando.

Non certo il rischio di prodigalità, argomento troppo debole se solo si pensa che lo stesso sarebbe destinato a cadere in presenza di un corrispettivo; inoltre, il rischio di prodigalità è scongiurato anche dal fatto che, nella fattispecie che ci occupa, la rinuncia ha ad oggetto dei beni determinati il cui valore è ben noto al rinunziante, mentre nel caso di rinuncia 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.

Ancor meno probante è l'argomento relativo alla immoralità e pericolosità della rinuncia, che 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.

C4) Un ultimo - anche se non meno importante - argomento a favore della possibilità di rinunciare all'azione di restituzione si può ricavare proprio dalla riforma del 2005 ma non nel senso, sopra esposto, di equiparare la rinuncia all'opposizione alla rinuncia alla restituzione.

La dottrina più acuta (Tagliaferri, Iaccarino) ha osservato che il legislatore della riforma è partito da un presupposto: dare maggiore certezza alle provenienze donative. E, per raggiungere questo obiettivo, il legislatore ha previsto la decadenza dalla possibilità di agire in restituzione dopo il decorso di 20 anni dalla trascrizione della donazione: ebbene, questa previsione costituisce una svolta epocale nel sistema della tutela dei legittimari che, in presenza di determinati presupposti, degrada da reale ad obbligatoria, proprio a vantaggio della commerciabilità degli immobili.

Ma - e questo è il punto - il presupposto del decorso del ventennio si può verificare anche quando i donanti sono in vita; ne consegue che il legislatore della riforma ha definitivamente sganciato l'azione di restituzione dall'evento morte e, così come è possibile per il legittimario decidere di rinunciare al proprio diritto di agire in restituzione facendo trascorrere il termine ventennale, non si vede in virtù di quale principio o di quale norma imperativa lo stesso non possa decidere di anticipare gli stessi effetti con una rinuncia preventiva all'azione di restituzione.

D) CONCLUSIONI

Le considerazioni sin qui svolte mi inducono a ritenere senz'altro legittima una rinuncia all'azione di restituzione prima del decesso dei donanti.

Questa rinuncia non è vietata da alcuna norma imperativa (l'art. 557 c.c. si riferisce ad una azione, come si è visto, completamente diversa dalla nostra) nè viola alcun principio

inderogabile (come si è detto, siamo completamente al di fuori dei patti successori rinunziativi).

Di contro, esistono parecchi argomenti favorevoli nonchè una lettura logica della riforma del 2005 che autorizzano a considerare questa strada non solo legittima ma sicuramente da preferire ad altri rimedi escogitati non sempre idonei a raggiungere gli effetti sperati e, in alcuni casi, di dubbia legittimità.

Se la riforma del 2005 ha previsto la perdita del diritto di agire in restituzione a prescindere dall'evento morte, non esiste alcuna spiegazione logica che impedisca di anticipare lo stesso effetto ad un momento precedente e per volontà dello stesso titolare del diritto.

Alberto Spina