

4. PRATICA NOTARILE

casi e questioni

4.1. ATTI DI DONAZIONE E TUTELA DEL LEGITTIMARIO:

UNA QUESTIONE SOSTANZIALMENTE IRRISOLTA

di Antonio Testa

La questione relativa al contemperamento tra gli interessi del legittimario leso nella propria quota di spettanza, in qualità di erede necessario, da un lato, e l'interesse generale alla libera e certa circolazione dei diritti, dall'altro, è questione che interessa il diritto sin dall'antico sistema civilistico di matrice romanistica.

Più da recente, da un lato la "corsa" sfrenata al ricorso a sistemazioni di patrimoni familiari attraverso lo strumento donativo, viepiù incoraggiata dall'alleggerimento del sistema impositivo tributario sulle negoziazioni a titolo liberale, dall'altro lato la consapevolezza dei limiti oggettivamente ricavabili proprio dal sistema di tutela del legittimario, hanno indotto il legislatore ad una parziale, ma pressoché inutile (almeno per le questioni che qui interessano), rivisitazione degli articoli 561 e 563 del Codice Civile.

La Legge 14 maggio 2005 n. 80, che convertiva il cd. "Decreto Legge competitività" 14 marzo 2005 n. 35, sebbene, infatti, fosse partita da un encomiabile assunto, quale quello di recare un "aggiustamento" ai diritti dei legittimari pretermessi, in nome della tutela della certezza dei traffici giuridici, aventi ad oggetto un immobile di provenienza donativa, il risultato raggiunto è davvero troppo povero e sicuramente lontano dalla finalità che ci si sarebbe attesi.

Il corollario di ciò è che, tentando un approccio del tutto pragmatico con le soluzioni concretamente offerte dal diritto, il notaio che si trovasse ad avere a che fare con l'ulteriore circolazione di un immobile il cui titolo di provenienza sia costituito da un atto di liberalità, è ancora costretto a trovare soluzioni del tutto empiriche le quali, con certa difficoltà, anche applicativa, soddisfano gli interessi delle parti solo in maniera abbastanza marginale.

Partendo da una considerazione delle scelte percorribili nella realtà professionale quotidiana, è innegabile che, accanto all'abusato rimedio della "risoluzione della donazione" (del quale, peraltro, accenneremo in seguito), la soluzione che ha trovato discreto successo in tale ambito è quella della prestazione di una garanzia fideiussoria, rilasciata in sede di donazione, da parte del donante, a copertura dei danni potenziali, derivanti al donatario, dalla promozione eventuale di una azione di riduzione, vittoriosamente esperita dal legittimario leso dal compiuto atto dispositivo a titolo liberale.

La soluzione, già ampiamente discussa e variamente contestata dalla dottrina, ha trovato sulla propria strada un atteggiamento giurisprudenziale tutt'altro che conforme alla scelta operativa proposta, fino a sfociare in una pronuncia del Tribunale di Mantova (Sent. Sez Civile Trib. Mantova 24 febbraio 2011 n. 228) che dichiara di nullità il negozio fideiussorio per aperta violazione dell'art. 549 C.C. e del divieto dei patti successori di cui all'art. 458 C.C.

In linea generale, v'è da segnalare come l'art. 1936 C.C., invero, sancisca la possibilità che un terzo (fideiussore, appunto), possa garantire personalmente al creditore l'adempimento di una obbligazione, cui è tenuto il debitore principale, in caso di inadempienza da parte di quest'ultimo.

La prima perplessità sull'applicabilità di tale fattispecie per le finalità di garanzia dell'avente causa di un immobile di provenienza donativa, sorge spontanea: è evidente come il 1936 presuppone l'esistenza di un debito, e quindi la consapevolezza dell'esposizione di un rischio patrimoniale in capo al fideiussore, laddove, nel nostro caso, il debito non solo è eventuale, ma inoltre, privo di una determinatezza o determinabilità. Nonostante a quest'ultima deficienza abbia posto rimedio la L. 17 febbraio 1992 n. 154 (la quale, modificando il disposto dell'art. 1938 C.C., stabilisce che la fideiussione può essere prestata anche per una obbligazione futura), il fatto che la norma richiamata richieda la determinazione, nel contratto fideiussorio, l'importo massimo garantito, fa sì che la cd. "*fideiussio indemnitatis*" trovi il suo primo limite nella probabilità che l'ammontare pecuniario della garanzia prestata, non corrisponda all'effettivo danno patrimoniale patito dal garantito, in conseguenza dell'esercizio dell'azione di riduzione.

Invero, taluni, in dottrina (sul punto si veda, in particolare: F. Magliulo: "Stabilizzazione delle provenienze donative" in "Successioni e Donazioni" diretto da Giancarlo Iaccarino Tomo II, pag. 2111 – UTET GIURIDICA 2017) hanno contestato che, nel caso in esame, si tratti di vera "obbligazione futura" per la quale l'art. 1938, nel suo testo novellato, prevede l'obbligo della prestazione fideiussoria

legata ad un importo predeterminato. Questi Autori, infatti, contestano che, quella garantita dalla “fideiussio indemnitas”, sia davvero una obbligazione futura, tale dovendo considerarsi quella obbligazione nascente da un negozio futuro. Piuttosto si tratterebbe di una obbligazione condizionale, ovvero di una obbligazione il cui titolo è già in essere, ma è condizionato ad un determinato evento il cui verificarsi farebbe sorgere l’obbligo garantito dalla fideiussione. E, nel distinguere tra obbligazioni future ed obbligazioni condizionali, il tenore letterale della norma da ultimo richiamata afferma che la predeterminazione dell’importo massimo garantito dalla fideiussione, debba applicarsi solo alle obbligazioni future e non anche a quelle condizionali.

Quanto affermato dalla richiamata dottrina, appare, a parere di chi scrive, alquanto criticabile alla luce dell’intera strutturazione della complessa fattispecie che, attraverso la fideiussione, si intenderebbe sottrarre a qualsiasi rischio patrimoniale. Il titolo originario dal quale potrà scaturire l’evento dannoso è il contratto di donazione immobiliare. E’ evidente come tale titolo non sia sottoposto, a meno di diverse scelte di parte, ad alcun condizionamento. Ed è altrettanto evidente come, da tale titolo, discenda il prodursi di effetti reali (il trasferimento della titolarità del diritto dal donante al donatario che abbia accettato) e non obbligatori. Sicché a tale titolo non è collegata alcuna obbligazione e, tanto meno, l’obbligazione risarcitoria che, con la fideiussione, si intende garantire. Qual è, allora, l’obbligazione da garantire? Essa nasce in conseguenza dell’esperimento vittorioso dell’azione di riduzione che condurrebbe all’effetto restitutorio dell’immobile donato, anche qualora questo fosse stato ceduto, dal donatario, ad un terzo, facendo, in tal caso, sorgere l’obbligo, in capo al donatario, di risarcire il danno patito dal terzo, proprio avente causa.

A ben attenzione quanto descritto, si comprende come l’obbligazione risarcitoria, dipende sì da un evento futuro ed incerto (l’esperimento vittorioso dell’azione di riduzione e la richiesta dell’azione di restituzione contro il terzo avente causa dal donatario), ma tale evento (futuro ed incerto) non risulta affatto collegato al negozio donativo. E’ evidente, infatti, come gli effetti del negozio di donazione si producano immediatamente, non essendo subordinati né ad una condizione sospensiva, ma nemmeno ad una condizione risolutiva legale. L’esperimento vittorioso dell’azione di riduzione nei confronti dell’atto donativo, con eventuale corollario dell’azione restitutoria, non determina il venir meno degli effetti della donazione (come nel caso di una condizione risolutiva legale apposta al contratto di donazione), ma esclusivamente vanno ad incidere sul patrimonio del beneficiario, o, addirittura, sul patrimonio del terzo avente causa dal donatario, attuando una “distrazione” del bene che era entrato nel patrimonio di questi, a favore dell’agente in riduzione. Pertanto

l'obbligazione risarcitoria che, con la fideiussione si intende garantire è senz'altro una obbligazione futura, non perché nasca per effetto di un titolo futuro, ma perché nasce successivamente (ed eventualmente) dopo il titolo dalla cui causa trae origine, per effetto, non di un contratto, ma di una previsione legale generica che sancisce l'obbligo di risarcire del danno colui che, per fatto derivante dall'elemento causale inerente il titolo del proprio alienante, sia stato evitto del bene acquistato. Tale obbligazione risarcitoria, come è ovvio, non può, tanto meno, considerarsi una obbligazione condizionale in quanto, come spiegato, in nessun modo legata a tale titolo, se non indirettamente, quale effetto negativo derivante dalla specifica causa liberale che affettava quel titolo.

Ciò considerato, dunque, si ritorna al punto di partenza, ovvero si torna alla necessità di porre un tetto pecuniario alla prestata fideiussione, in ottemperanza a quanto prescritto dal nuovo articolo 1938 C.C., con le conseguenze ed i limiti cui più sopra si accennava.

Ma, a parte queste considerazioni meramente materiali, altro è il punto sul quale si attesta la critica formulata dalla giurisprudenza sopra richiamata. Per comprendere meglio la questione, occorre premettere qualche appunto sulla questione riguardante il soggetto che effettivamente possa giuridicamente prestare la garanzia fideiussoria.

Se, infatti la garanzia venisse prestata direttamente dal beneficiario della donazione, le uniche contro indicazioni risiederebbero nella fiducia patrimoniale che il beneficiario della fideiussione potrebbe riporre nel garante (in considerazione, peraltro, che l'obbligo oggetto di garanzia potrebbe venire in rilievo dopo lungo tempo e, quindi, in presenza di condizioni patrimoniali del garante che si siano mutate, in negativo, nel tempo), con la conseguenza che le uniche fideiussioni di comprovata solidità economica, sarebbero unicamente quelle prestate da banche ed assicurazioni. Tuttavia, se è difficile che un istituto bancario od assicurativo convenga di prestare una fideiussione di così lunga ed incerta durata nel tempo, è altresì vero che una tale prestazione di garanzia avrebbe costi alquanto proibitivi. Inoltre (ma questo costituirebbe un limite comune anche alla prestazione della fideiussione da parte del donante o dei legittimari medesimi), come si accennava sopra, il fatto che la prestazione della garanzia fideiussoria deve sopportare, ai sensi dell'art. 1938 C.C., una predeterminazione del suo ammontare massimo, induce a ritenere che possa non esservi equilibrio tra il danno effettivamente sopportato da chi sia stato evitto nel bene, di provenienza donativa, acquistato, e l'ammontare del risarcimento derivante dall'azionamento della garanzia fideiussoria.

Il rimedio maggiormente plausibile sarebbe, allora, quello della prestazione della garanzia fideiussoria da parte del soggetto donante, oppure da parte degli eredi necessari del donante medesimo. Anzi, con ogni probabilità, qualora la garanzia fideiussoria fosse prestata dal donante a beneficio del donatario, in ordine a qualsiasi evento evizionale possa derivargli con riferimento al proprio acquisto a titolo gratuito, la garanzia medesima sarebbe scollegata, almeno direttamente, dall'esperimento dell'azione di riduzione, con la conseguenza che, essendo collegata direttamente invece al negozio di donazione, non rientrerebbe tra le fideiussioni inerenti obbligazioni cd. "future" e quindi non sarebbe condizionata da un ammontare pecuniario da doversi obbligatoriamente pre-definire, secondo il disposto dell'art. 1938 C.C.

I limiti di una tale scelta, sono, tuttavia molteplici. E' evidente, anzitutto, come la fideiussione che sia prestata dal donante al donatario, determini una garanzia azionabile solo dal beneficiario della stessa. Né, ovviamente, in sede di atto di donazione, è concepibile la prestazione di una garanzia fideiussoria a favore di un terzo, diverso dal donatario, potenziale avente causa del donatario medesimo, ma al momento non identificabile. Se occorresse tutelare un terzo, avente causa dal beneficiario della donazione, sarebbe solo a quel punto (al momento della traslazione del diritto donato, dal beneficiario della donazione, ad un terzo) che il donante dovrebbe essere chiamato a prestare eventuale (ulteriore) garanzia fideiussoria a favore del terzo. Senza che, tuttavia, ciò abbia chiuso il cerchio. Nel senso che eventuali ulteriori trasmissioni del diritto ad ulteriori aventi causa, dovrebbero, a catena, chiamare ancora in causa l'originario disponente per donazione, al fine di prestare specifica garanzia a favore dell'ulteriore acquirente del diritto la cui provenienza è costituita da un atto di liberalità. Il che, come è ovvio, rappresenta una soluzione alquanto complessa, non foss'altro che per l'immaginabile difficoltà di reperire, anche ad anni di distanza, il donante e convincerlo a prestare ulteriori garanzie fideiussorie.

Ma, quel che davvero pone un limite insormontabile a tale scelta, dipende dalle conclusioni giurisprudenziali inaugurate proprio con la Sentenza del Tribunale di Mantova sopra richiamata. I Giudici di merito, infatti, hanno implicitamente, per un verso, richiamato l'art. 1955 C.C., il quale, tra le cause di estinzione della fideiussione, non accenna all'ipotesi della morte del garante. In altri termini, nonostante la garanzia fideiussoria abbia carattere "personale" e non "reale", non costituisce contratto fondato sull' "intuitu personae", con la conseguenza che il debito potenziale gravante sul soggetto garante, si trasferisce agli eredi di quest'ultimo. Partendo da tale dimostrato presupposto, la prestazione di garanzia da parte del

donante, estendendosi agli eredi di quest'ultimo, determinerebbe un peso sulla legittima, in aperto contrasto con la norma inderogabile sancita dall'art. 549 C.C.

Guardando alla faccenda in concreto, in presenza di una donazione effettuata dal de cuius alla quale si è accompagnata la prestazione di una garanzia fideiussoria, a favore del donatario o di un eventuale terzo, avente causa dal donatario, idonea a prevenire i danni derivanti da un vittorioso esperimento dell'azione di riduzione contro il beneficiario della effettuata donazione, con relativa azione di restituzione esperita nei confronti del donatario (o del terzo che, da quest'ultimo, abbia acquistato il diritto donatogli dal de cuius), la scelta dell'erede legittimario che, a causa della donazione, sia stato leso nella sua quota di spettanza, potrà essere duplice: a) accettare la lesione di legittima perpetrata attraverso l'atto di donazione, ricevendo in eredità meno di quanto non gli spettasse come riserva; b) scegliere di agire in riduzione ed azionare la susseguente azione di restituzione. Ma, in quest'ultimo caso, se il legittimario, per un verso, recupera al proprio patrimonio l'esatta quota di sua spettanza (mediante la restituzione del bene oggetto di donazione o del suo controvalore attualizzato in denaro), per altro verso, egli dovrà rispondere, in qualità di erede, della garanzia fideiussoria prestata dal donante del quale egli è divenuto erede; garanzia azionata dal donatario oppure dal terzo che abbia subito l'evizione del bene o abbia ottemperato al pagamento del controvalore in denaro. In altri termini, per effetto dell'azionamento della garanzia fideiussoria, il legittimario-erede, si troverà a dover corrispondere un debito ereditario che, con ogni probabilità, andrà a compensare, in negativo, il vantaggio ottenuto con l'esperimento dell'azione di riduzione.

Se è allora discutibile che tale struttura negoziale possa rappresentare, di fatto, una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, vietata dalla legge (in quanto resta comunque piena libertà al legittimario pretermesso di agire con l'azione di riduzione formalmente non rinunciata), è altresì vero, tuttavia, che tale costrutto conduce ad un esperimento dell'azione di riduzione economicamente del tutto inutile. E, per tale via, se ne deve concludere che, mediante la prestazione della fideiussione da parte del donante, si sia posto un vincolo sulla legittima, ed anzi un vincolo talmente forte dal punto di vista economico, da annullare o ridurre quasi a zero il valore della quota di spettanza del legittimario, con evidente elusione della norma dell'articolo 549 C.C., perpetrata attraverso un contratto che è in frode alla legge (art. 1344 C.C.).

Ma le conclusioni cui sono giunti i Giudici di Mantova, sia pure nell'ambito di una motivazione per tanti versi discutibile (nel caso di specie, infatti, la fideiussione era stata prestata dal donante a favore del donatario, non solo a tutela di un eventuale

esperimento vittorioso di una azione di riduzione da parte dei propri legittimari che avesse condotto ad un evento evizionale a danno del beneficiario della donazione, ma per garantire un certo Istituto di Credito, rispetto a qualunque operazione di finanziamento che, intercorsa tra il donatario e l'istituto stesso, avesse determinato un inadempimento dell'obbligato), conduce ad una chiusura totale rispetto alla legittimità della fideiussione prestata, dal momento che, la Corte ha ritenuto richiamabile, nella questione "de quo" la violazione del divieto dei patti successori ex art. 458 C.C. Secondo le motivazioni contenute nella richiamata sentenza, infatti, la fideiussione in tal caso costituisce un negozio stipulato per atto tra vivi, ma destinato a produrre effetto solo con la morte del fideiussore, in presenza di una struttura negoziale complessa dove l'apertura della successione funziona, non da termine iniziale per l'effettiva produzione degli effetti della garanzia prestata, ma quale causa dell'azionamento della garanzia medesima. Infatti, la prestazione della garanzia fideiussoria, quando rivesta la funzione di garantire al donatario la conservazione del valore del beneficio ricevuto nonostante l'eventuale evizione che egli potrebbe subire dall'agente in riduzione, è destinata a creare un "*vinculum iuris*" a carico dell'erede (rispondere degli effetti fideiussori) che produrrà i propri effetti solo in conseguenza di un evento (l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione da parte del legittimario) necessariamente dipendente dalla morte del disponente. Sicché la morte del disponente non assume, come è logico, la funzione del termine (*cum moriar*), ma una funzione causale dell'attribuzione patrimoniale che deriva dall'azionamento della garanzia fideiussoria (*si moriar*) che determina una aperta violazione del divieto dei patti successori.

In conclusione, pertanto, laddove la garanzia fideiussoria prestata dal donante risulterebbe esclusa da ogni legittimità giuridica, quella prestata dal donatario ha avuto dimostrati i limiti di convenienza economica, in funzione della salvaguardia della certezza economica dell'acquisto dell'avente causa dal donatario medesimo.

A questo punto, è opportuno soffermarsi sull'altra soluzione, più volte osannata da banche ed istituti di credito, verificando la divisibilità della scelta della **risoluzione della donazione**.

Sul punto occorre premettere l'esistenza di una certa ambivalenza da parte della dottrina, ancora fortemente divisa tra chi considera tale soluzione assolutamente percorribile e chi, invece, contesta che la risoluzione della donazione possa effettivamente riportare alla situazione "*quo ante*", con conseguente tutela della certezza della circolazione dei diritti che abbiano per oggetto il bene già donato. La diaspora tra le due tesi si gioca tutta sulla effettiva valenza della risoluzione della

donazione. Se essa, più precisamente, debba essere inquadrata nell'ambito del "contrarius actus", o se, invece, ad essa va unicamente ricollegata la manifestazione di una volontà costituente effetti risolutori dipendente dalla prestazione di un mutuo dissenso con il quale, a mente di quanto dispone l'articolo 1372 C.C., le parti che abbiano stipulato un contratto, ritornando sui propri passi, decidano di sciogliere gli effetti scaturenti dal contratto stesso, con efficacia *ex tunc*.

Quale sia la differenza tra le due ipotesi emerge dalla considerazione che il *contrarius actus* è costituito da una prestazione bilaterale del consenso, volta ad esprimere una volontà di segno uguale e contrario al consenso originariamente prestato dalle parti per il perfezionamento del contratto, idonea a creare un nuovo accordo di segno opposto a quello originario, laddove la mera volontà risolutoria dell'efficacia del contratto è legata ad una manifestazione volontaristica che, senza porre in essere alcun nuovo accordo di segno opposto al contratto originariamente costituito, determina lo scioglimento di qualsiasi vincolo ed obbligo che dal contratto in essere derivi.

Per quanto i margini di distinzione tra le due situazioni possano apparire alquanto labili ed incerti, è opportuno tenere distinte le due fattispecie. Se è vero che, in entrambi i casi, si giunge, di fatto, ad una risoluzione degli effetti scaturenti dal contratto originario, le strade percorse, nell'un caso e nell'altro, sono ben differenti a partire dalla causa che genera i due distinti accordi.

Nel caso del *contrarius actus*, infatti la causa dell'accordo va ricercata, di volta, in volta, nella specifica tipologia di accordo contrario a quello originario. Essa quindi, almeno di norma, essendo il *contrarius actus* sostenuto da un accordo che è solo di segno opposto a quello originario, ma comunque uguale ad esso, sarà la medesima causa sottesa al contratto originario. Al contrario, quando la manifestazione di volontà è esclusivamente quella di sottrarre definitivamente efficacia al contratto originario attraverso una risoluzione degli effetti dello stesso, la causa sarà rappresentata dalla volontà di liberare definitivamente i contraenti dai vincoli e dagli obblighi contrattuali ai quali erano legati in forza della originaria prestazione del consenso, senza alcun ulteriore accordo negoziale. Perciò, mentre nel primo caso (nel *contrarius actus*) la volontà delle parti è quella di perfezionare sostanzialmente un nuovo accordo che ha per oggetto una prestazione di volontà uguale e contraria a quella originaria, nel secondo caso, dalla manifestazione del consenso, non deriva un nuovo accordo, ma esclusivamente una manifestazione di volontà, diretta ed immediata, finalizzata alla risoluzione degli effetti scaturenti dal contratto originario.

Corollario di quanto detto è che, nel *contrarius actus*, il risultato di porre nel nulla gli effetti della prestazione consensualistica originariamente dichiarata dalle parti, è solo un risvolto indiretto e consequenziale della nuova fattispecie posta in essere, che sarebbe incompatibile con il nuovo accordo perfezionato, laddove la prestazione di

un mutuo consenso allo scioglimento del contratto (più esattamente “mutuo dissenso”), determina, per ciò stesso, immediatamente e direttamente la venuta meno degli effetti connessi al contratto originario. Qui la volontà manifestata dalle parti attraverso il “mutuo dissenso” è finalizzata direttamente a sciogliere definitivamente qualunque vincolo e qualunque effetto che dal contratto si sia prodotto, senza che, come nel caso del “*contrarius actus*” che vi si rinvenga la volontà di costituire un ulteriore accordo di segno uguale e contrario a quello originario.

Dottrina e giurisprudenza nel riconoscere la differenza tra il *contrarius actus* e la risoluzione contrattuale della donazione, affermano che, mentre nella prima ipotesi (quella del *contrarius actus*) gli effetti risolutivi si avrebbero *ex nunc*, in quanto l'espressione di un *contrarius actus* determina il mantenimento degli effetti pregressi generati dal contratto originario rispetto al quale sia stata manifestata una volontà bilaterale contraria al mantenimento di quegli effetti, nel caso in cui la volontà delle parti sia quella di perfezionare un mero effetto risolutivo del contratto originario, senza alcun ulteriore accordo contrattuale, l'efficacia risolutiva sarebbe *ex tunc*¹.

Ma, a parte queste notazioni dottrinali e giurisprudenziali, quel che interessa qui evidenziare, senza prendere posizioni sul punto, è come sia possibile isolare sostanzialmente due distinte fattispecie di risoluzione degli effetti del contratto, a seconda di ciò che al contratto originario, oggetto di risoluzione, si intenda riservare effettivamente o si possa, per indotta volontà di legge, effettivamente riservare. Le parti, infatti, potrebbero voler conservare gli effetti prodotti da un determinato contratto ma impedire che, per il futuro, quegli effetti continuino a prodursi. In tal caso esse potranno agire manifestando una volontà uguale e contraria a quella espressa per il perfezionamento del contratto originario, sottraendo in tal modo al contratto l'efficacia fino a quel momento prodotta ma, al contempo, conservando al contratto stesso, fino al momento della manifestazione consensualistica del *contrarius actus*, effetti che comunque si vogliano come irreversibili o debbano, per volontà espressa o tacita di legge, essere considerati come irreversibili. In alternativa, le parti potrebbero scegliere di manifestare la volontà di sciogliere definitivamente e con efficacia retroattiva qualunque vincolo e qualunque effetto che dal contratto si sia prodotto, fermi soltanto, ovviamente, gli effetti che si siano prodotti riguardo ai terzi. In tal caso la volontà attuale delle parti manifesta un consenso volontaristico che non è quello *contrario al mantenimento del contratto in essere*, ma è addirittura *nel senso di sottrarre qualsiasi efficacia, con effetto retroattivo, al contratto concluso*.

Ora, questa facoltà alternativa delle parti in ordine alla scelta delle modalità del possibile scioglimento degli effetti di un contratto, tra le stesse parti originariamente concluso, non può dirsi, tuttavia, del tutto libera. La donazione, pur essendo un contratto che, come tale, dovrebbe essere suscettibile di essere risolto con la prestazione di un mutuo consenso risolutivo della sua efficacia, si colloca in una

¹: La Corte di Cass., con sentenza n. 683/66 aveva affermato che la risoluzione di un contratto per mutuo dissenso costituisce un caso di ritrattazione bilaterale del contratto con la conclusione di un nuovo negozio, uguale e contrario a quello da risolvere, con la conseguenza che da tale risoluzione promana un'efficacia *ex nunc*.

dimensione speciale nella quale la ritrattazione della manifestazione volontaristica originariamente prestata dai contraenti assume una connotazione di eccezionalità. Nella donazione, secondo l'opinione sostenuta da un insigne giurista², non esiste, come pure avviene nelle fattispecie testamentarie, quella naturale contrapposizione di interessi patrimoniali che qualifica in maniera caratteristica il contratto. Nella donazione vi è piuttosto una netta prevalenza della volontà del donante rispetto alla quale l'accettazione del donatario è di mera adesione, senza alcuna contrapposizione di interessi patrimoniali corrispettivi sui quali si debba o si possa contrattare, caratterizzandosi, la donazione, per un arricchimento patrimoniale, posto a vantaggio del donatario, che viene effettuato, non solo senza corrispettivo, ma con la coscienza di attribuire ad altri un accrescimento economico al quale non si è costretti (ciò che si definisce spirito di liberalità).

Se così è, allora, la ritrattazione della manifestazione volontaristica in funzione di uno scioglimento contrattuale, nella donazione, sebbene teoricamente sostenuta da una bilateralità ed effettivamente espressa da ambo le parti, donante e donatario, sarebbe, di fatto, una ritrattazione della volontà del solo donante rispetto alla quale, come nel momento costitutivo del contratto, la manifestazione volontaristica della controparte sarebbe soltanto di natura eminentemente *adesiva*. Se dunque, nel momento risolutorio del contratto, come in quello della sua costituzione, la volontà assolutamente prevalente è quella del donante, la ritrattazione di tale volontà non è affatto libera ma limitata alle sole ipotesi previste dalla legge all'articolo 800 C.C. (ingratitude e sopravvenienza di figli), sulla scorta del principio della irrevocabilità della donazione, suscettibile di essere eccezionalmente derogato esclusivamente in presenza di fatti che, da un punto di vista etico e familiare, se fossero esistiti al momento della prestazione iniziale del consenso, avrebbero spinto il donante ad effettuare scelte diverse.

Questo non significa che la donazione non possa mai raggiungere il risultato ultimo di vedere risolti i suoi effetti, solo che tale scioglimento non pare possa dipendere da una manifestazione volontaristica *diretta* in tal senso, sibbene **esclusivamente da un *contrarius actus***, cioè unicamente da una manifestazione di consenso, determinante un ulteriore accordo contrattuale rispetto a quello originario, espressione di una volontà di segno uguale e contraria a quella originariamente manifestata, dalla quale deriva, ma solo come effetto indiretto, la venuta meno dell'efficacia del contratto originario. La conseguenza di quanto sostenuto è che anche la donazione, senza dubbio, può essere risolta, ma quegli effetti risolutivi possono derivare esclusivamente, non da una mera espressione volontaristica risolutoria, quasi che nulla fosse mai accaduto tra donante e donatario, ma solo da una contro-donazione che il donatario faccia al donante e che abbia per oggetto gli stessi beni oggetto della donazione originaria. Oppure, se si vuole, invertendo l'ordine dei fattori (senza che il prodotto possa cambiare), è possibile pensare alla risoluzione di una donazione

²: B. Biondi "Le donazioni" in Trattato di Diritto Civile diretto da Vassalli, Torino 1961 pag. 580.

attraverso un mutuo dissenso il quale, però, nella sostanza giuridica della fattispecie, può assumere unicamente le sembianze di una retro-donazione, con tutti gli effetti che da essa possano derivare.

Tali conclusioni non contrastano con la previsione generale contenuta nel primo comma dell'articolo 1372 C.C. la quale norma, nell'affermare che il contratto (quindi qualsiasi contratto, ivi compresa, dunque, la donazione) “può essere sciolto per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge”, esprime una valutazione di ordine generale con la quale si fa salva la possibilità che il contratto, quando non possa sciogliersi in forza di un semplice mutuo consenso, si sciogla per le cause previste dalla legge tra le quali, ovviamente, deve essere rientrante il caso del *contrarius actus*. Il legislatore non ha adoperato la congiunzione “e” ma, con l'utilizzo della “o”, ha disposto una previsione alternativa che consente di giungere comunque allo scioglimento dell'efficacia contrattuale, quando non sia possibile attraverso il mutuo consenso, attraverso altra causa comunque prevista dalla legge.

Per concludere sul punto, è opportuno ricordare come, sebbene le valutazioni interpretative fatte rilevare in sede tributaria non possano addursi a sostegno di tesi espresse in materia di diritto sostanziale, non appare del tutto fuorviante, sulla questione trattata, la considerazione di quanto sostenuto dalla **Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 329/E del 14 novembre 2007**. Essa, dal punto di vista tecnico-fiscale, afferma che la risoluzione della donazione deve scontare le imposte di registro in misura proporzionale, con applicazione delle aliquote previste e delle franchigie eventualmente spettanti sul (ri)trasferimento dal donatario al donante, nonché le normali imposte ipo-catastali applicabili in sede di donazione. Tuttavia la citata Risoluzione, per sostenere l'adeguamento del trattamento fiscale all'effettiva causa del negozio risolutorio, è partita da considerazioni meramente sostanziali, pervenendo, sotto tale aspetto, alla considerazione che le parti di un negozio donativo non sono mai legittimate a stipulare una risoluzione consensuale di una donazione, la quale ha già prodotto tutti i suoi effetti giuridici al momento dell'accettazione, con l'unico rimedio che la risoluzione possa rintracciarsi esclusivamente attraverso un ritrasferimento, all'originario donante, dei beni originariamente acquistati dal donatario.

E' anche vero che più recentemente si è assistito a certe aperture proprio da parte dell'Agenzia delle Entrate che, ultimamente, è giunta fino al punto di sconfessare i presupposti applicativi dai quali, un tempo era partita. Tra le altre, è proprio notizia recentissima la risoluzione prospettata sul punto dalla Commissione Tributaria Provinciale di Cuneo la quale, facendo seguito ad analoghe prese di posizione da parte di altre Commissioni periferiche, ha statuito la sottoposizione ad imposta fissa dell'atto di risoluzione della donazione nel quale, ai fini della restituzione al precedente donante dei beni donati, non sia previsto alcun corrispettivo. La cd. “retrodonazione”, pertanto, non sconterebbe più alcuna imposta proporzionale. Tuttavia l'impressione che si trae da queste continue assunzioni di posizioni fiscali

diverse da quelle che, invece, sarebbero state (una volta tanto!) più coerenti con gli effetti reali dell'accordo negoziale risolutivo, è che l'Agenzia delle Entrate sia stata indotta, in qualche maniera, a non osteggiare l'unico rimedio che viene considerato comunemente solutorio delle questioni legate all'atto di liberalità, con riferimento alla tutela del legittimario e della libera e certa circolazione del traffico giuridico, senza, tuttavia, che una tale soluzione, per quello che è stato detto prima, abbia un sicuro e certo appiglio di diritto nell'ambito dei principi generali del nostro Ordinamento.

Se tali conclusioni si intendono condividere, quindi, la carta della risoluzione della donazione, per i fini della tutela della certezza della circolazione giuridica dei beni donati, è una carta da scartare a priori, poiché, come facilmente può evincersi, essa rappresenterebbe un rimedio ancora peggiore del male, laddove si consideri come una retro-donazione non possa che duplicare le problematiche di tutela del legittimario già connesse alla prima donazione, raddoppiando, giocoforza, le categorie di legittimari che potrebbero, sulla scorta delle donazioni in tal modo effettuate, accampare pretese di riduzione o pretese restitutorie sul bene donato.

A questo punto, diventa opportuno analizzare le novità che la Novella del 2005 (L. 14 maggio 2005 n. 80 di conv. Del D.L. 14 marzo 2005 n. 35) ha apportato nel sistema di tutela del legittimario, in modo da verificare quale tutela, invece, proprio da quelle norme, possa derivare per il soggetto che abbia acquisito al proprio patrimonio un bene la cui provenienza dipenda da un atto di donazione e, per questa via, stabilire quale impatto la portata della novella possa realisticamente vantare sulla tutela della certezza dei traffici dei diritti di provenienza donativa.

A tal riguardo, occorre anzitutto partire da una necessaria premessa. La tutela del legittimario consta di tre "stadi" distinti suscettibili, ciascuno, di essere isolati in una propria autonomia funzionale ed operativa. In primo luogo, *l'azione di riduzione vera e propria* (artt. 555 – 557 – 559 – 560 C.C.), quindi *l'azione di restituzione promossa contro il beneficiario della disposizione lesiva* della quota di riserva, allorché il bene oggetto della donazione si trovi ancora nel patrimonio del donatario (artt. 561 – 562 C.C.), infine *l'azione di restituzione promossa contro il terzo avente causa dal beneficiario della donazione lesiva* (art. 563 C.C.).

L'azione di riduzione non è un'azione destinata a far dichiarare la nullità, la rescissione o la risoluzione del negozio che abbia determinato la lesione della legittima, ma ha esclusivamente una funzione che oseremmo definire "dichiarativa", volta ad accertare l'avvenuta lesione di legittima e quindi la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto donativo. Da essa non derivano modificazioni patrimoniali né del patrimonio del beneficiario della donazione, né, tanto meno, del patrimonio del

legittimario leso. Quindi essa ha una natura “personale” e non “reale”, non incidendo su alcun bene che sia entrato a far parte del patrimonio di un determinato soggetto.

Altro è l’azione di restituzione, la quale assume una diversa valenza, a seconda che sia esperita contro il beneficiario della disposizione lesiva oppure contro il terzo che, dal beneficiario della donazione, abbia acquistato il bene a suo tempo donato. A tale azione deve riconoscersi natura reale, e non personale, conseguendo l’effetto di reintegrare materialmente il patrimonio del legittimario leso, mediante uno “spostamento” patrimoniale forzoso di un bene che, entrato a far parte dell’asse patrimoniale del beneficiario della donazione, trasmigra forzosamente al patrimonio del legittimario leso o trasmigra dal patrimonio del terzo, avente causa dal donatario, verso il patrimonio del legittimario agente in riduzione. Salvi i casi espressamente esclusi dalla Novella, di cui ci occuperemo appresso.

Si può, pertanto, sostenere che la tutela del legittimario leso passi attraverso una procedura che assume i connotati di una fattispecie a formazione progressiva, caratterizzata dalla possibilità di ricostruire la posizione patrimoniale del legittimario, leso dalla disposizione liberale, mediante una serie successiva di passaggi procedurali che determinano il soddisfacimento dell’agente solo al completamento di una serie successiva di azioni giudiziali, l’una prodromica, rispetto alle altre.

Detto ciò, è evidente come la prima peculiarità introdotta dal nuovo testo degli articoli 561 e 563 C.C., passi attraverso la previsione di un termine (venti anni dalla trascrizione della donazione) che non è né un termine prescrizione, né un termine di estinzione, ma che assume, in un certo senso, i caratteri – come vedremo tra poco – di un termine di decadenza parziale.

Vale la pena, a questo punto, chiarire quali sono gli addentellati che possono interconnettere, a scanso di equivoci, tale introdotto nuovo termine ventennale, con il termine di prescrizione dell’azione di riduzione. Invero, la dottrina ha recuperato l’ordinario termine prescrizione decennale, rinvenendolo esclusivamente nella disposizione generale di cui all’articolo 2946 C.C. Tuttavia è anche vero che, dal momento che, ai sensi dell’articolo 564 C.C., il legittimario che intenda agire in riduzione deve preventivamente accettare l’eredità col benefico d’inventario, vi si trovi, in effetti, non un termine prescrizione ordinario, quanto piuttosto il termine (che sa di decadenza) legato all’accettazione dell’eredità ex art. 480 C.C. che impedisce il diritto di accettare l’eredità decorso il termine di dieci anni dall’apertura della successione. Il che, a parere di chi scrive, elimina anche il falso problema, sul

quale a lungo la dottrina ha disquisito, circa la determinazione del “dies a quo” da cui decorrerebbero i termini prescrizionali³.

E' opportuno chiarire, a questo punto, la distinzione tra il termine prescrizionale ordinario sancito per l'esercizio dell'azione di riduzione e quello ventennale, sancito dalla Novella, per gli effetti di parziale decadenza del potere del legittimario agente in riduzione.

Ebbene, da un punto di vista squisitamente pratico, la presenza a monte di un titolo donativo non porrebbe alcuna problematica nell'ipotesi in cui sia trascorso un termine decennale dalla morte del donante. In altri termini, trascorsi dieci anni dalla morte del donante, l'azione del legittimario leso si prescriverebbe. Tuttavia, sia che, con la dottrina maggioritaria, si voglia condividere la tesi che l'evento prescrizionale si generi ex art. 2946 C.C. , sia che, invece, tale termine lo si intenda – come sopra affermato – dipendente dalla mancata accettazione nei termini, da parte del legittimario leso, dell'eredità alla quale comunque è chiamato, non convince affatto il principio per il quale tale termine prescrizionale incida sull'azione di riduzione.

In effetti, a sposare la tesi dottrinale maggioritaria, l'articolo 2946 C.C. recita: ***“PRESCRIZIONE ORDINARIA. Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni.”***. Ora, per quanto anche l'esperimento di un'azione giudiziale rientri in un diritto, sembra che il Codice abbia fatto una distinzione di fondo tra la prescrizione di un diritto e la prescrizione di una azione. Se così è, allora, l'articolo 2946 C.C., nel determinare genericamente i termini prescrizionali, sembrerebbe riferirsi comunque al diritto di accettare l'eredità, ma non ai termini (di decadenza) per l'esperimento dell'azione di riduzione. Tanto che la Corte di Cassazione, posta di fronte alla questione della determinazione del “dies a quo” dal quale far partire i termini prescrizionali (presuntivamente legati all'azione di riduzione), trovandosi in evidente disagio, conclude (con un colpo al cerchio ed uno alla botte, come si direbbe!) nel definire il “dies a quo”, facendolo coincidere con il momento dell'accettazione da parte dei chiamati.

Per non parlare del problema di una accettazione tacita di eredità che potrebbe porsi ben oltre il termine decennale. Comunemente, infatti, si ammette che tale accettazione tacita possa essere davvero efficace, quando, compiuta oltre il decennio

³ : è importante rammentare come la S.C. a sezioni unite, abbia fissato il dies a quo facendolo coincidere con il momento dell'accettazione da parte dei chiamati. Il che, per un verso potrebbe allungare notevolmente il tempo a disposizione del legittimario che intenda agire in riduzione, decrementando la certezza del traffico giuridico, per altro verso, potrebbe determinare l'impossibilità per il legittimario di agire qualora l'accettazione da parte degli altri chiamati sia stata effettuata nel termine coincidente con la prescrizione del proprio diritto e quindi con la prescrizione del diritto del legittimario medesimo.

dal decesso del de cuius, sia stata compiuta attraverso un atto dispositivo ⁴posto in essere da un disponente (accettante l'eredità tacitamente) che si sia trovato da sempre nel possesso dei beni ereditari. Il che, come ovvio, genera ulteriori problematiche di incertezza "sine die" del diritto da parte del beneficiario della donazione e, peggio, da parte dell'avente causa da quest'ultimo.

Sicché, anche quando ci si volesse riferire ad una coincidenza tra il termine prescrizionale per l'accettazione dell'eredità ed il termine prescrizionale per l'esperimento dell'azione di riduzione, come sopra sostenuto, sembra comunque doversi concludere che il silenzio del legislatore, sul punto, non debba essere disatteso ed interpretato diversamente: ciò che è soggetto a prescrizione è il diritto all'accettazione dell'eredità (ex art. 480 C.C., ripreso genericamente dall'art. 2946 C.C.), laddove l'azione di riduzione subisce una prescrizione (rectius: un termine di decadenza) che solo indirettamente è collegabile alla prescrizione del diritto di accettare l'eredità, ma per essa non è previsto un termine prescrizionale autonomo.

Il corollario di quanto sostenuto è che il decorso di un termine decennale dall'apertura della successione non necessariamente sugella alcuna decadenza dal potere del legittimario di agire in riduzione, se non quando, per lo stesso, siano trascorsi i termini prescrizionali per l'accettazione dell'eredità che egli necessariamente deve effettuare con il beneficio dell'inventario (ex art. 564 C.C.), quale adempimento prodromico all'esperimento dell'azione di riduzione.

Altro è ciò che il notaio dovrà valutare nel dare contezza, o meno, dell'esperibilità dell'azione di riduzione in conseguenza del passaggio di un determinato periodo di tempo. Indi, in primo luogo, il notaio dovrà effettuare una verifica sulla data dell'apertura della successione del soggetto donante. Quindi, qualora siano passati dieci anni da tale data, senza che nessuno dei legittimari aventi diritto abbia compiuto atto di accettazione espressa dell'eredità, essendo prescritto il diritto di accettare, lo stesso legittimario ha, di conseguenza, perduto la possibilità di agire in riduzione. L'atto con il quale il beneficiario della donazione (o il di lui avente causa) cedesse il diritto immobiliare derivante dalla donazione, a terzi, è un atto che, almeno sotto il profilo dell'impugnabilità della donazione (effettuata a monte) da parte del legittimario pretermesso o preterito, non pone alcuna problematica. Qualche criticità, tuttavia, può porsi in conseguenza di una accettazione tacita dell'eredità che venisse effettuata mediante un atto dispositivo di un diritto ereditario da parte del chiamato, oltre il termine di dieci anni dall'apertura della successione.

In questo caso, occorre verificare se il disponente possa effettivamente, o meno, compiere un tale atto dispositivo. Se egli, infatti, non abbia mai avuto il possesso del bene ereditario di cui intende disporre, l'effetto che si produce a norma dell'articolo 480 C.C., è quello della definitiva perdita del potere di accettare l'eredità (anche mediante fatti concludenti che importino accettazione tacita), in dipendenza della prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità, con conseguenziale impossibilità di porre in essere un atto dispositivo che si rivelerebbe essere "**atto dispositivo << a non domino >>**" e che potrebbe anche dar luogo ad una vendita di cosa altrui (sicuramente, in ultima analisi, ad una vendita di un bene demaniale) qualora, mancando l'accettazione nei termini, il diritto di accettare si sia trasmesso ad altri, per uno dei meccanismi sostitutori del diritto di accettare che la legge pone in capo al primo chiamato.

Se, al contrario, il disponente abbia avuto il possesso del bene ereditario, ininterrotto, sin da una data che rientri all'interno del termine decennale di prescrizione del diritto di accettare, si attua una sorta di espansione della "*vix accettandi*" la quale, pur non potendo sopportare una accettazione espressa dell'eredità ultradecennale a causa del vincolo temporale di prescrizione posto dall'articolo 480 C.C., consente che un atto dispositivo effettuato, da potere del chiamato, sul bene oggetto del possesso ininterrotto, anche oltre il termine prescrizionale di dieci anni, possa condurre ad una valida accettazione (tacita) dell'eredità. Il corollario di ciò è che il legittimario pretermesso che abbia posto in essere un atto dispositivo su un bene facente parte dell'asse ereditario relitto, seppure oltre il termine decennale dall'apertura della successione, essendo stato, tuttavia, nel possesso del bene ereditario di cui intende disporre, diventi automaticamente erede, per accettazione tacita dell'eredità, con conseguenziale possibilità di esperire l'azione di riduzione a causa della lesione perpetrata, a suo danno, dal de cuius donante, nonostante siano passati dieci anni dall'apertura della successione ereditaria. Dimodoché, in tal caso, il notaio dovrà palesare, alla parte acquirente del bene, il cui titolo di acquisto sia dato da un atto donativo compiuto dal de cuius (e/o alla banca eventualmente mutuante con concessione d'ipoteca su bene di provenienza donativa), i rischi derivanti dalla natura dell'originario titolo di provenienza.

A questo punto è opportuno segnalare quanto, il decorso di un termine decennale dalla apertura della successione ereditaria (a meno di non voler condividere l'opinione espressa dalla giurisprudenza nella sopra richiamata nota n. 3, secondo cui il decorso del termine di dieci anni dal momento dell'accettazione da parte dei chiamati all'eredità) non esclude oggettivamente la possibilità che possa essere esperita un'azione di riduzione e quindi di restituzione del bene oggetto di un atto

dispositivo di natura donativa da parte del de cuius. Sicché, sembra doversi concludere circa l'effettiva inesistenza di un termine di prescrizione (leggi: di decadenza) per l'esperimento dell'azione suddetta.

Probabilmente questa deficienza legislativa ha indotto il legislatore ad apportare un "aggiustamento" nella disciplina preposta alla regolamentazione dell'azione di riduzione. Con la Novella del 2005, infatti, attraverso una integrazione modificativa degli articoli 561 e 563 C.C., viene introdotta, nel sistema dell'azione di riduzione e dell'azione restitutoria conseguenziale alla prima, ***la rilevanza di un termine ventennale decorrente dalla trascrizione dell'atto di donazione.***

Il decorso di tale termine ha una duplice conseguenza, a seconda che il legittimario pretermesso agisca contro il beneficiario della disposizione donativa, oppure contro il terzo che abbia avuto ceduto, dal donatario, quanto questi avesse ricevuto con la donazione effettuata dal de cuius. Nel primo caso, il decorso del ventennio dalla trascrizione dell'atto di donazione, non esclude la restituzione del bene dal beneficiario della donazione a favore del legittimario agente in riduzione, ma fa sì che il bene restituito, venga acquisito al patrimonio del legittimario agente in restituzione unitamente ai pesi, vincoli e gravami di cui il beneficiario della donazione abbia, eventualmente, gravato il bene medesimo (salvo l'obbligo del donatario, di compensare in denaro il legittimario, in ragione della *deminutio capitis* subita per effetto del gravame che affetti ora il bene oggetto della restituzione. Nel caso in cui, invece, il legittimario sia costretto ad agire in riduzione (e quindi con l'*actio restitutoria*) contro il terzo al quale il beneficiario della donazione abbia alienato il bene donatogli dal de cuius, l'effetto del decorso del termine ventennale è quello di escludere l'obbligo restitutorio in capo al terzo, senza nemmeno che quest'ultimo debba pagare, all'agente in riduzione, in denaro, l'equivalente del valore del bene che egli definitivamente potrà ritenere al proprio patrimonio.

Ora, a parte tutta una serie di criticità che l'introduzione di tale termine decadenziale comporta, a parte la relativizzazione degli effetti della decadenza dall'azione di riduzione (in quanto – di fatto – qualora il bene "de quo" sia ancora nel patrimonio del beneficiario della donazione, il decorso del termine di venti anni, non esclude la legittimazione all'azione di riduzione e a quella restitutoria, con le ovvie conseguenze negative per il caso in cui fosse il donatario a voler richiedere un finanziamento bancario, offrendolo di garantirlo con ipoteca sul bene donatogli⁵, nonché per il caso

⁵ : La mancata purgazione del bene dai pesi e dalle ipoteche per il caso in cui l'azione di restituzione venisse esperita contro il donatario dopo i venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione, se ha l'effetto di consentire la conservazione delle garanzie a favore dei soggetti garantiti, d'altro canto, espone comunque il beneficiario della

in cui il donatario avesse venduto il bene ad un terzo ed il legittimario pretermesso trascrivesse una domanda di riduzione (e quindi prenotasse gli effetti restitutori) prima della trascrizione dell'acquisto del terzo), vi è una questione di principio che resta alquanto discutibile.

La Novella, infatti, introduce una aperta discrasia tra i principi generali dell'Ordinamento in materia di usucapione e la relatività degli effetti del decorso del termine ventennale dalla trascrizione dell'atto di donazione. Se, secondo i principi codicistici, esiste una norma (art. 1158 C.C.) che sancisce l'acquisto della titolarità di un diritto reale, per effetto del possesso di tal diritto, esercitato ininterrottamente (e senza contestazioni) per un periodo ventennale, non si comprende come mai tale principio, alla luce delle norme sull'azione di riduzione e di restituzione, così come novellate nel 2005, possa essere conservato solo nei confronti dell'alienatario del diritto acquisito dal donatario del de cuius, ma non sortisca sostanzialmente alcun effetto nei confronti di chi subisca l'azione di riduzione e di restituzione, in qualità di donatario che conservi ancora nel proprio patrimonio il bene donatogli contro il quale è diretta l'azione restitutoria. Ma, di più. Sembra ancora più aberrante come, alla luce della Novella, vengano del tutto cancellati gli effetti dell'usucapione abbreviata decennale (art. 1159 C.C.) consistenti nell'acquisizione della titolarità di un diritto reale, una volta trascorsi dieci anni dalla trascrizione del titolo di acquisto, in astratto valido al trasferimento del diritto, sebbene, in concreto, inefficace in quanto trasmissione derivante "a non domino", in presenza di buona fede da parte dell'acquirente. E se l'obiezione consistesse nella valutazione del termine "acquista", espresso dall'art. 1159, quale termine che indica esclusivamente un acquisto a titolo oneroso e non gratuito (rendendo, pertanto, la norma dell'art. 1159 C.C., inapplicabile a favore del beneficiario della donazione), continua ad essere incomprensibile come, la disposizione in commento, non debba trovare applicazione a favore del terzo che abbia acquistato a titolo oneroso dal beneficiario della donazione, il bene a quest'ultimo donatogli dal de cuius, quando siano ormai trascorsi dieci anni dalla trascrizione dell'atto di alienazione a favore di tale terzo.

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

donazione all'obbligo di pagare al legittimario agente in riduzione una somma di denaro pari al depauperamento subito in conseguenza dei gravami che affettano il bene oggetto della restituzione.

- a) Siano decorsi venti anni dalla trascrizione del titolo donativo (indipendentemente dall'avvenuta morte, o meno, del soggetto donante);
- b) L'atto dispositivo, a favore del terzo acquirente, sia posto in essere, non dal beneficiario del bene donato, ma da un terzo a cui il donatario aveva già alienato il bene di provenienza donativa.

Ma l'incarbugliata vicenda della tutela del legittimario a scapito della certezza dei traffici giuridici si complica di un ulteriore elemento introdotto dalla Legge del 2005. Il novello quarto comma dell'articolo 563 C.C., infatti, prevede la facoltà, **esclusivamente a favore del coniuge e dei discendenti in linea retta del donante**, di notificare e trascrivere, **contro il donatario ed i relativi aventi causa un atto di opposizione alla donazione**.

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

Ma v'è di più. Posto che l'atto di opposizione alla donazione potrà essere notificato al donante e trascritto sui PP.RR.II., solo entro il termine di venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione⁶, qualora sopravvenisse un legittimario dopo il decorso del termine di venti anni dalla trascrizione della donazione, questi, non solo

⁶ : in effetti non vi è un termine prescrizione previsto dalla legge per l'opposizione alla donazione. Ma il termine ventennale non potrà che rinvenirsi, per analogia, al termine di venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione al fine di conservare al legittimario i medesimi diritti da questi esercitabili prima della novella legislativa.

non potrà godere del diritto di fare opposizione alla donazione, ma dovrà sopportare le limitazioni che conseguono all'azione di riduzione e all'azione restitutoria per effetto della novella legislativa (I: potrà chiedere la restituzione dei beni donati nei confronti del donatario, ma questi li restituirà gravati dalle ipoteche e dagli altri pesi di cui sono stati affettati durante l'arco di tempo in cui il donatario ha avuto la disponibilità del bene donato; II: non potrà chiedere la restituzione dei beni donati al terzo al quale il donatario li abbia ceduti).

Tutto ciò, *deo gratias*, può essere posto nel nulla da una semplice rinuncia all'opposizione (ultimo comma art. 563 C.C.) che è atto personale (non estende i suoi effetti ad altri legittimari che non abbiano fatto altrettanto, non estende gli effetti agli eredi del legittimario che abbia rinunciato all'opposizione, non estende i suoi effetti ad eventuali sopravvenuti legittimari che tali siano divenuti dopo l'avvenuta trascrizione dell'atto di donazione) e costituisce diritto incedibile in quanto la decisione circa il suo esercizio è unicamente lasciata al singolo legittimario (sicché la scelta di rinunciare all'opposizione da parte di un legittimario non produce effetti generali sulla successione del donante).

Ma la rinuncia all'opposizione cos'è? Gli effetti che da essa scaturiscono, non sono quelli che, per una seria tutela degli interessi alla certezza dei traffici giuridici, ci si sarebbe attesi. La rinuncia niente altro determina, se non il venir meno di quelle facoltà, riservate al legittimario che abbia agito opponendosi alla donazione, ovvero: il decorso incontestabile del termine ventennale dalla trascrizione dell'atto di donazione, a seguito del quale il legittimario che agisca in riduzione conserva sempre la facoltà di agire sebbene debba sopportare taluni limiti sopra evidenziati (I: potrà chiedere la restituzione dei beni donati nei confronti del donatario, ma questi li restituirà gravati dalle ipoteche e dagli altri pesi di cui sono stati affettati durante l'arco di tempo in cui il donatario ha avuto la disponibilità del bene donato; II: non potrà chiedere la restituzione dei beni donati al terzo al quale il donatario li abbia ceduti).

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

Sul punto, tuttavia, è da segnalare una recente apertura giurisprudenziale (Trib. Torino Decr. 26 settembre 2014 n. 2298, con nota di G. Iaccarino in *Notariato* 2015, 2, 191 ss.) che è seguita ad una tesi dottrinale che ormai ha fatto discreta strada nell'ammissione della possibilità che il legittimario possa efficacemente, anche durante la vita del donante, rinunciare all'azione di restituzione nei confronti del terzo al quale il donatario abbia ceduto il bene donato, conservando, tuttavia, un diritto di credito nei confronti del beneficiario della donazione per il caso in cui la donazione abbia dato luogo ad una lesione della quota di riserva. Una tale rinuncia, si è detto, non violerebbe il divieto dei patti successori in quanto non impedisce al legittimario la tutela di un diritto disponibile solo ad avvenuta morte del donante, ma si limita a trasformare la tutela del legittimario, da tutela reale (avente ad oggetto il bene donato), a tutela obbligatoria (che sortisce effetto mediante il diritto di credito pecuniario che il legittimario potrà continuare a vantare nei confronti del beneficiario della donazione, una volta esperita l'azione di riduzione alla quale egli non ha rinunciato e che resta irrinunciabile, pena, questa volta sì, la violazione del divieto dei patti successori). Un tale indirizzo si inserisce efficacemente nell'ottica di una maggiore stabilizzazione degli acquisti di provenienza donativa ma ha due limiti incontestabili. In primo luogo non risolve il caso in cui il bene donato sia rimasto nel patrimonio del donatario (e qui non si comprende perché, se è ammessa una rinuncia all'azione restitutoria nei confronti del terzo avente causa dal donatario, non sia consentita analoga rinuncia nei confronti dello stesso donatario, contro il quale varrebbe, a tutela del diritto del legittimario, il credito pari al valore del bene donato). In secondo luogo trova pur sempre sulla propria strada il limite contestabile per quanto si voglia, ma pur sempre letterale (e quindi non superabile con quella certezza che possa derivare da una norma esplicitamente adatta al caso) del divieto dei patti successori. In tal modo, l'eventuale atto rinunciativo all'azione di restituzione, che il legittimario richiedesse al notaio, durante la vita del donante, potrebbe esporre comunque l'atto medesimo ad una contestazione giudiziaria che è in aperto contrasto con il principio generale della funzione antiprocessuale, tra le altre, affidata al notaio stesso.

E' evidente, poi, come, perfino l'ammissibilità di una ipotetica rinuncia all'azione di riduzione e a quella di restituzione, comunque eventualmente consentita, nessun concreto effetto sortirebbe nell'ambito della certezza della circolazione dei beni donati e nessun concreto effetto in tal senso sortisce quando effettuata dopo la morte del donante (in quest'ultimo caso in coerenza con quanto implicitamente disposto dal secondo comma dell'art. 557 C.C.), poiché trattasi sempre di "azione personale" che limita gli effetti al singolo legittimario rinunciante ma non estende tali effetti a nessun

altro. Con l'ovvia conseguenza che, potendosi palesare nel tempo, ulteriori soggetti, legittimari del disponente con atto liberale, niuna certezza possa darsi da parte del notaio circa la conservazione di diritti reali eventualmente acquisiti su un bene di provenienza donativa, né sulla conservazione effettiva di un diritto di garanzia reale su tali beni.

A conclusione di questa breve trattazione, non è pensabile lasciare i pazienti ascoltatori, senza una minima risposta che possa indurre, quanto meno, alla realizzazione di una forma di tutela a favore del donatario e dell'avente causa da questi.

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

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

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

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

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

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

Tale costrutto pone in essere una situazione in cui:

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

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

§§§§§§

§§§§§§

§§§§§§