

4. PRATICA NOTARILE

casi e questioni

4.1. LE EVENTUALI IMPLICAZIONI DI UNA DONAZIONE INDIRETTA SULLA FUTURA CIRCOLAZIONE DEL BENE IMMOBILE ACQUISTATO CON FONDI PROVENIENTI DA UN TERZO

di Antonio Testa

Le più recenti aperture fiscali indirizzate verso una sorta di defiscalizzazione tributaria delle donazioni indirette in quanto espressamente menzionate in atto e, per converso, il tema di un doloroso recupero di imposta allorché la fornitura del denaro, necessario ad un acquisto immobiliare, effettuata da un soggetto terzo rispetto all'acquirente, abbia costituito uno schema negoziale tenuto all'oscuro al fisco e solo successivamente da questo accertato, ha conferito un deciso impulso nella direzione di rendere palesi le cd. "donazioni indirette".

E' opportuno ricordare come, sebbene la prassi notarile tenda ad identificare la donazione indiretta con lo schema poc'anzi evidenziato, invero giuridicamente l'atto di liberalità diventa "indiretto" in tutti i casi in cui, a mente dell'articolo 809 C.C., il beneficio a favore del donatario venga attuato mediante meccanismi dispositivi atipici che non possano farsi rientrare nello schema tipico di cui all'articolo 769 C.C., colorandosi di un elemento caratterizzante che è costituito, secondo la migliore dottrina (Pugliatti, Torrente, Santoro Passarelli), dal collegamento negoziale tra due fattispecie da cui si determina un fine ulteriore rispetto a quello ordinariamente scaturente dal collegamento stesso.

E' evidente quanto, ai nostri fini, tuttavia, sia proprio lo schema di accordo sopra descritto, a destare le maggiori preoccupazioni dell'operatore in ordine alle conseguenze derivanti da una eventuale azione di riduzione e, quindi, di restituzione.

Va chiarito, inoltre, come lo schema che comunemente viene ridotto sotto la definizione di "donazione indiretta" (il genitore che appresta, a favore del figlio, il denaro necessario a consentire a quest'ultimo il perfezionamento di un acquisto immobiliare), si realizzi solo quando il genitore (o chi per esso) paga, lui direttamente, al venditore, quanto quest'ultimo debba ricevere dall'effettivo acquirente del bene, in funzione della corresponsione del prezzo di cessione del bene stesso. Pertanto, affinché la fattispecie si configuri, pur nella sua "tipica atipicità", è

necessario che il pagamento venga effettuato tramite un passaggio di denaro che avvenga direttamente, dal patrimonio di chi appresta la pecunia necessaria al pagamento del corrispettivo per l'acquisto, al patrimonio del terzo venditore. Diversamente, infatti, qualora la somma necessaria all'acquisto passasse dal patrimonio del terzo a quello dell'acquirente del bene, il quale ultimo, poi, girasse la medesima somma al proprio dante causa, ci troveremmo in un terreno estraneo da quello comunemente definito come "donazione indiretta", versando nella diversa fattispecie di una donazione (diretta) la quale, in quanto effettuata senza l'utilizzo del mezzo giuridico necessario a palesarla (l'atto pubblico alla presenza di due testimoni), renderebbe nullo e quindi suscettibile di ripetizione d'indebito il versamento pecuniario effettuato dal donante a beneficio del donatario.

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

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

Sul punto è di grande aiuto quanto delineato dalla norma codicistica che sancisce la categoria delle donazioni indirette. L'articolo 809 C.C., infatti, afferma: "*Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769 [...]*".

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

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

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

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

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

Pertanto, ad avvenuto decesso del terzo, fintantoché l'acquirente che abbia profittato della somma da quegli apprestata per consentire il perfezionamento del proprio acquisto, non avesse eventualmente dichiarato l'intento di accettare che la dazione di denaro da parte del terzo, con annessa dichiarazione di questi del mancato intento di richiederne la restituzione, sia accettata come liberalità, l'unica possibilità a tutela del legittimario del terzo è quella di agire, nei confronti del beneficiario, con l'azione di

ripetizione di indebito la quale, come tale, non mette a repentaglio la certezza giuridica della circolazione (già avvenuta o futura) del bene acquistato dal beneficiario con denaro da altri apprestatogli, ma esclusivamente una responsabilità patrimoniale pecuniaria di quest'ultimo nei confronti degli eredi necessari del disponente la somma.

Il tutto, con l'evidente conclusione che lo schema descritto, a prescindere che si intenda condividere la tesi giurisprudenziale secondo cui oggetto della (presunta) donazione indiretta sia il denaro, oppure la tesi a lungo sostenuta dalla dottrina, secondo cui effettivo oggetto della (presunta) donazione indiretta, sia l'immobile acquistato, non vi è spazio per l'applicazione della disciplina dell'azione di riduzione e della conseguenziale azione di restituzione. Con buona pace dei successivi acquirenti dell'immobile e degli uffici legale degli istituti di credito ai quali l'acquirente, o i suoi aventi causa, volessero richiedere un finanziamento con l'offerta di garantirlo mediante ipoteca sull'immobile acquistato con provvista pecuniaria apprestata da altri.

Per completezza espositiva sul tema generale delle conseguenze di un atto di liberalità, sia esso diretto o indiretto, va registrato come, a seguito dello scarso successo che la riforma del 2005 ha avuto sul cd. "mercato delle donazioni", sin dall'8 novembre 2016, giace in Senato un disegno di legge con il quale si prevede un ulteriore rimaneggiamento degli articoli 561 e 563 del C.C., al fine di produrre una disciplina che sia effettivamente idonea a tutelare il donatario ed il terzo da questi aventi causa, senza ledere più di tanto i diritti del legittimario.

In sostanza sembra che tale disegno di legge agisca nella direzione di rendere rinunciabile l'azione di restituzione da parte del legittimario, quando ancora il donante sia in vita e quando non ancora siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione.

L'autonomia dell'azione di riduzione che ha fondamento "endofamiliare" e resta, pertanto, irrinunciabile, rispetto all'azione di restituzione che determina il percorso procedurale idoneo al recupero dell'immobile, in prima battuta e poi, eventualmente del suo controvalore in denaro, fa sì che, mentre la prima (l'azione di riduzione), rappresenta un diritto inviolabile del legittimario (con la conseguenza che qualunque accordo derogatorio sulla stessa, determinerebbe una aperta violazione del divieto dei patti successori) in quanto azione volta ad individuare l'effettiva lesione subita dal legittimario in modo tale da attribuirgli il diritto di essere reintegrato nella propria quota di spettanza, l'azione di restituzione rappresenta una mera azione materiale, diretta a recuperare al patrimonio del legittimario leso quel "quid" di cui il disponente

lo abbia privato, rispetto alla quota ereditaria necessaria spettantegli, in dipendenza dell'avvenuto atto di liberalità posto in essere.

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

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

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

§§§§§§

§§§§§§

§§§§§§