

La posizione del legittimario nella circolazione degli immobili di provenienza donativa

di Elisabetta Falco

1. La circolazione degli immobili di provenienza donativa prima della novella del 2005

1.1. Il rapporto tra l'azione di riduzione e l'azione di restituzione

Gli artt. 553-564 c.c. dettano la disciplina della reintegrazione della quota riservata ai legittimari, individuando la tutela dei legittimari lesi o pretermessi in tre azioni tra loro autonome: l'azione di riduzione, l'azione di restituzione contro il beneficiario della disposizione ridotta e l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti (1).

L'azione di riduzione è un'azione individuale (2) e personale (3) diretta ad accertare l'*an* e il *quantum* della lesione della legittima e conseguentemente a far dichiarare l'inefficacia totale o parziale delle disposizioni lesive. Si tratta, in particolare, di un'azione di accertamento costitutivo, volta ad ottenere la declaratoria di inefficacia relativa (solo nei confronti del legittimario leso che agisce in riduzione) e sopravvenuta, nonché dotata di efficacia retroattiva reale, in quanto i suoi effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione del donante, senza che vi sia un nuovo trasferimento dall'erede, legatario o donatario al legittimario (4). Quest'ultimo, come osservato dalla Cassazione (5), non ha un diritto reale sui beni legati o donati, ma solo un diritto contro il legatario o il donatario, al quale corrisponde un'obbligazione per la quale costoro rispondono con tutto il loro patrimonio; tant'è vero che il donatario o il legatario, ai sensi dell'art. 560, comma 2, c.c., hanno il potere di ritenere tutto l'immobile soggetto a riduzione e di corrispondere l'equivalente in denaro.

Con la sentenza di riduzione non si ottiene anche il trasferimento dei beni oggetto della disposizione lesiva a favore del legittimario, il quale acquista i beni in forza della vocazione legale che, per effetto della sentenza di riduzione, si produce in suo favore. Per ottenere la materiale restituzione dei beni oggetto di disposizione, una volta passata in giudicato la sentenza di riduzione, il legittimario dovrà esercitare un'apposita azione contro il beneficiario della disposizione ormai ridotta o contro i suoi aventi causa, ove il beneficiario abbia a sua volta disposto del bene.

Secondo la giurisprudenza (6), inoltre, l'azione di riduzione è un'azione di impugnativa, mentre l'azione di restituzione è un'azione di condanna.

L'azione di restituzione non viene, peraltro, considerata unitariamente dalla dottrina maggioritaria (7) che distingue tra l'azione di restituzione contro il beneficiario della donazione ridotta e l'azione di restituzione contro i terzi aventi causa dal beneficiario della donazione ridotta. La prima ha carattere personale in quanto esperibile solo contro soggetti determinati e il suo infruttuoso esercizio costituisce il presupposto per poter agire contro i terzi aventi causa dal beneficiario. La seconda, al contrario, è un'azione reale, in quanto finalizzata al recupero del bene nei confronti di qualunque subacquirente (8).

Ulteriore elemento di distinzione tra le due azioni di restituzione, secondo parte della dottrina (9), è dato dalla diversità di *causa petendi* e di *petitum*.

Infatti, nel caso dell'azione di restituzione contro il beneficiario delle disposizioni ridotte, la *causa petendi* è rappresentata dallo stesso vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, mentre nell'azione di

restituzione contro gli aventi causa dal beneficiario delle disposizioni ridotte, essa è data da una fattispecie complessa, costituita dal passaggio in giudicato della sentenza di riduzione e dalla (anche parziale) infruttuosa escussione del patrimonio del donatario contro cui si è formato il giudicato. A tal proposito, la dottrina **(10)** ha osservato che l'art. 563 c.c. (relativo alla restituzione contro i terzi aventi causa dal donatario) comporta un temperamento del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, dal momento che la dichiarazione di inefficacia della disposizione lesiva a favore del beneficiario avrebbe dovuto travolgere *incondizionatamente* l'acquisto del terzo.

Il *petitum*, inoltre, nella prima ipotesi, è rappresentato dai beni in natura, se sono ancora nel patrimonio del beneficiario della disposizione ridotta o, se sono stati alienati, dall'equivalente in denaro, mentre, nella seconda è costituito solo dai beni in natura e al convenuto è dato il diritto di ritenerli pagando l'equivalente.

Nonostante le predette differenze, la dottrina prevalente e la giurisprudenza evidenziano la specifica relazione tra l'azione di riduzione e le azioni di restituzione, in considerazione del rapporto di strumentalità funzionale che le unisce. In particolare, la giurisprudenza di merito **(11)** ha chiarito che l'azione di restituzione non è ammissibile se non dopo il passaggio in giudicato dell'azione di riduzione contro il donatario. In altri termini, l'azione di restituzione è strumentale e accessoria rispetto all'azione di riduzione ed è priva di una propria reale autonomia, essendo diretta a realizzare *materialmente* la reintegrazione della quota di legittima, attraverso il recupero della disponibilità dei beni relitti **(12)**.

Prima della legge n. 80 del 2005, l'art. 561 c.c. stabiliva, salvo il disposto dell'art. 2652, n. 8, c.c., ove la trascrizione della domanda di riduzione fosse avvenuta nei dieci anni dall'apertura della successione, la c.d. "purgazione" dei beni immobili o mobili registrati restituiti, oggetto dell'atto ridotto, dalle ipoteche e dai pesi di cui il donatario avesse potuto gravarli. Di conseguenza, i creditori ipotecari e i titolari dei pesi costituiti dall'onorato (si pensi non solo all'usufrutto, alle servitù, ma pure a diritti reali o personali, di godimento o di garanzia, anche se costituiti senza la volontà del legatario o del donatario, come il sequestro o il pignoramento **(13)**) si vedevano completamente privati di qualunque tutela. In tal caso, insomma, non vi era alcun temperamento al principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, ma, al contrario, la sua piena applicazione, in quanto le ipoteche e i pesi in oggetto sarebbero rimasti automaticamente privi di efficacia a seguito dell'accoglimento dell'azione di riduzione iniziata dal legittimario **(14)**. La dottrina **(15)** evinceva proprio dall'art. 561 c.c. la riaffermazione del principio di soccombenza dell'interesse del terzo avente causa rispetto all'interesse del legittimario leso. L'art. 563 c.c., a differenza dell'art. 561 c.c., non determinava una piena applicazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, come già evidenziato, ma consentiva ugualmente al legittimario leso o pretermesso di poter recuperare il bene immobile contro i successivi acquirenti, salvo quanto previsto dall'art. 2652, n. 8, c.c..

Ciò, come è facile comprendere, comportava numerosi inconvenienti, come la difficoltà degli istituti mutuari o di terzi di fare affidamento sulla "stabilità" della proprietà del donatario **(16)**. Questo regime particolarmente sbilanciato a favore della tutela dei legittimari adottato dal nostro legislatore comportava la costituzione di una nuova "manomorta" **(17)**, molto pericolosa soprattutto nei casi in cui il donante fosse molto giovane all'epoca della donazione stessa **(18)**.

In altri termini, il quadro normativo precedente alla riforma degli artt. 561 e 563 c.c. da parte dell'articolo 2, comma 4 *novies*, lett. a), d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, era privo di "correttivi", con la conseguenza che l'acquisto del bene immobile oggetto di donazione si trovava in una situazione di incertezza *sine die*, destinata a risolversi solo allorché il legittimario eventualmente leso o pretermesso, a seguito della donazione, non avesse agito in riduzione nel termine di dieci anni dall'apertura della successione del donante.

La riforma attuata con la legge n. 80 del 2005 ha inteso agevolare la circolazione dei beni immobili di provenienza donativa, tenetando di "relativizzare"**(19)** la tutela dei legittimari e di assicurare la definitività dell'acquisto in capo al terzo avente causa dal donatario, senza però scoraggiare il ricorso alla donazione, quale strumento funzionale alla sistemazione del patrimonio del disponente, già durante la sua vita, e particolarmente conveniente dal punto di vista fiscale **(20)**.

1.2. Il rapporto tra le azioni di riduzione e di restituzione e l'usucapione

Un ulteriore profilo di criticità, che peggiorava lo stato delle cose era dato dai rapporti tra l'azione di riduzione e restituzione, da un lato, e l'usucapione ordinaria, dall'altro. In effetti, un *escamotage* per temperare la disciplina così fortemente sbilanciata a favore dei legittimari sarebbe potuta essere l'opponibilità dell'eccezione di usucapione da parte del donatario o del suo avente causa nei confronti del legittimario che avesse agito in riduzione o in restituzione dopo venti anni dalla donazione. La giurisprudenza **(21)**, tuttavia, ha ripetutamente negato tale possibilità sulla base della lettura combinata degli artt. 1165 e 2935 c.c., affermando che, essendo il legittimario, prima dell'apertura della successione del donante, titolare di un'aspettativa di mero fatto sulla futura eredità e non essendo proprietario del bene oggetto della donazione, non avrebbe potuto "difendersi" mediante il compimento di atti interruttivi dell'usucapione. Di conseguenza, il *dies a quo* per il decorso del termine ventennale utile ai fini dell'usucapione era quello dell'apertura della successione, in applicazione del principio espresso dagli artt. 1165 e 2935 c.c. **(22)**.

Peraltro, secondo la Cassazione e la più recente dottrina formatasi anche a seguito della nuova formulazione dell'art. 563 c.c. **(23)**, il legittimario che agisce in riduzione non contesta affatto il possesso e la proprietà del convenuto, ma al contrario li presuppone, dal momento che il dominio del convenuto sui beni controversi è il presupposto specifico dell'azione in questione. Inoltre, quest'ultima, come già evidenziato, non costituisce tecnicamente un'azione di rivendica diretta a contestare la proprietà dei beni ereditari, ma un'azione volta ad ottenere la dichiarazione di inopponibilità nei confronti del legittimario del relativo titolo di acquisto, che è pienamente valido ed efficace **(24)**.

Parte della dottrina **(25)** ha contestato tale posizione, ricorrendo all'applicazione in via estensiva della c.d. "teoria del doppio effetto", che ammette la compatibile esistenza di più fonti in relazione ad un identico effetto giuridico. Secondo l'Autore, non vi è alcun valido motivo per negare l'ammissibilità di un acquisto a titolo di usucapione non solo da parte di chi sia in possesso di un titolo che per qualche ragione non sia pienamente idoneo alla realizzazione degli effetti da esso potenzialmente derivanti, ma anche da parte di chi abbia già un titolo perfettamente valido ed efficace. Ciò sarebbe confermato dalla considerazione del

possesso da parte dell'ordinamento giuridico quale situazione di fatto giuridicamente rilevante, a nulla rilevando lo stato psicologico o la sussistenza di un titolo. Inoltre, anche sul piano processuale, è sufficiente la prova del possesso ventennale, senza dover risalire, attraverso il superamento della *probatio diabolica*, all'originario titolo di acquisto.

L'adesione a tale opinione avrebbe comportato l'acquisto da parte del donatario, ove avesse posseduto per vent'anni il bene immobile ricevuto per donazione, di un diritto nuovo ed indipendente dal diritto del suo dante causa, con la conseguenza che il legittimario non avrebbe potuto più recuperarlo al patrimonio del *de cuius*, in quanto uscito definitivamente dalla catena degli acquisti a titolo derivativo iniziata con la donazione (26).

In effetti, una soluzione di questo tipo avrebbe consentito di non rendere la posizione del donatario e del suo avente causa, che sono pur sempre acquirenti *a domino*, deteriore rispetto a quella dell'acquirente *a non domino*, per il quale il ventennio costituisce comunque il più lungo dei termini per l'usucapione.

Tuttavia, fino alla riforma del 2005, la posizione del legittimario godeva di una tutela assoluta che determinava sempre la prevalenza della sua posizione rispetto alla certezza della circolazione del bene di provenienza donativa (27) ed anche la Cassazione ha mantenuto sempre il predetto atteggiamento di chiusura nei confronti di qualunque tentativo volto a sminuire la tutela dei legittimari (28).

Tale stato di cose ha indotto la dottrina ad individuare diverse possibili soluzioni per favorire la circolazione degli immobili nonostante la provenienza donativa, come l'ampliamento convenzionale della garanzia per l'evizione, il mutuo dissenso della donazione, la fideiussio indemnitis, la pattuizione della solidarietà dell'impegno traslativo, la vendita di cosa altrui e il successivo adempimento del terzo, la riserva di disporre di cose determinate ai sensi dell'art. 790 c.c., la fideiussione del donante (29).

1.3. In particolare, il mutuo dissenso

In relazione alla natura giuridica del contratto di mutuo dissenso sono state elaborate diverse ricostruzioni dogmatiche, dalle quali dipende tutta una serie di conseguenze relative, tra l'altro, agli effetti dell'atto e alla sua forma.

Secondo una prima impostazione – detta del contronegocio o del *contrarius actus* o del negozio a controvicenda – le parti non potrebbero mai porre nel nulla e modificare ciò che si è già verificato; esse potrebbero solo concludere un contratto uguale e contrario a quello da risolvere (30). Sinteticamente i corollari più importanti della tesi del contro-negozio (*contrarius actus*) sono i seguenti: a) il negozio ha un contenuto uguale e contrario a quello che scioglie (es. contro-vendita, contro-donazione); b) la causa è sempre quella del contro-negozio (es. *causa venditionis*, *causa donationis*); c) lo schema è lo stesso del negozio che si elimina, solo a ruoli invertiti (ed è per questo che le parti ottengono indietro quanto precedentemente dato); d) non si incide direttamente sul negozio originario ma solo sui suoi effetti; e) la forma è identica a quella dell'atto presupposto, essendone identica la natura giuridica; f) la pubblicità è quella che riguarda il tipo di negozio posto in essere; g) necessitano tutte le formalità del tipo negoziale posto in essere (es. menzioni urbanistiche).

Si è fatto notare da più autori **(31)** come la teoria del contro-negozio comporti, però, delle implicazioni problematiche sotto vari aspetti. Innanzitutto nei contratti con effetti solo obbligatori un atto identico e contrario non sembra proprio possibile: per esempio, per risolvere un contratto di locazione o di appalto, bisognerebbe stipulare una contro-locazione o un contro-appalto a posizioni invertite, cosa chiaramente poco comprensibile. In secondo luogo, nel caso in cui si tratti di risolvere una donazione, il donante ed il donatario dovrebbero stipulare una nuova donazione a posizioni invertite; ma in una fattispecie di tal fatta non pare proprio rinvenibile alcun *animus donandi* in capo al soggetto chiamato a “ritrasferire”, perché le parti non vogliono stipulare una nuova donazione bensì soltanto porre nel nulla quella precedentemente intercorsa tra di loro. Senza considerare che andrebbero poi a duplicarsi i problemi connessi alla provenienza donativa. Il ricorso al *contrarius actus*, nel caso della donazione, non risponde affatto alla volontà delle parti, che in realtà non desiderano disporre nuovamente ma solo porre nel nulla l’originario atto di disposizione **(32)**.

Una seconda impostazione intende il mutuo dissenso come negozio risolutorio con cui le parti pongono nel nulla, sia per il futuro che per il passato, l’originario atto o contratto **(33)**. Le caratteristiche essenziali del mutuo dissenso inteso come *contrarius consensus*, sono, riassuntivamente, le seguenti: a) è un negozio autonomo ed unitario esplicitamente riconosciuto dall’ordinamento (artt. 1321, 1372 c.c.); b) la causa, unica ed unitaria, consiste nella risoluzione del precedente negozio; c) le parti riottengono quanto precedentemente dato perché, risolto il negozio, le prestazioni costituiscono un indebito oggettivo, qualcosa di non giustificato che va pertanto restituito **(8)**; d) si incide direttamente sul negozio originario, eliminandone ogni effetto. Questa, in effetti, appare la tesi accolta anche dalla Cassazione **(34)**, secondo la quale “il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o un accordo risolutorio), espressione dell’autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, anche indipendentemente dall’esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute, impeditivi o modificativi dell’attuazione dell’originario regolamento di interessi, dando luogo ad un effetto ripristinatorio con carattere retroattivo, anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali; tale effetto, infatti, essendo espressamente previsto ex lege dall’art. 1458 c.c. con riguardo alla risoluzione per inadempimento, anche di contratti ad effetto reale, non può dirsi precluso agli accordi risolutori, risultando soltanto obbligatorio il rispetto dell’onere della forma scritta ad substantiam”.

La recente risoluzione dell’Agenzia delle Entrate n. 20/E del 14 febbraio 2014 richiama tale ricostruzione del mutuo dissenso, ritenendolo ammissibile in base al combinato disposto degli artt. 1372 e 1321 c.c. quale negozio risolutorio convenzionale ad estinguere un precedente negozio giuridico e ad eliminare gli effetti giuridici prodotti, anche se di natura reale. Il mutuo dissenso, costituendo un atto autonomo rispetto al precedente, dotato di una propria causa, che viene stipulato dalle parti con lo scopo di eliminare un precedente contratto, qualunque sia la causa di quest’ultimo, ha efficacia retroattiva e, dunque, gli effetti prodotti dall’originario contratto sono eliminati, per volontà delle parti, ab origine. La retroattività assume, nell’ottica dell’Agenzia delle Entrate, un rilievo centrale ai fini fiscali, in quanto “tenuto conto dell’effetto eliminativo che esplica l’atto di risoluzione per mutuo consenso (...) tale fattispecie non integra il presupposto per l’applicazione della disciplina prevista per i trasferimenti immobiliari dell’art. 1 della tariffa

parte prima allegata al TUR e la consegna dell'immobile all'originario proprietario non assume rilievo ai fini dell'imposta proporzionale di registro", ma al contrario "il mutuo consenso afferente ad un atto di donazione per il quale non è previsto (...) alcun corrispettivo, deve essere assoggettato a registrazione in termine fisso, con applicazione dell'imposta in misura fissa. Diversamente, nell'ipotesi in cui dalla risoluzione del contratto derivino prestazioni patrimoniali in capo alle parti, ovvero venga pattuito un corrispettivo per la risoluzione del precedente atto di donazione, troverà applicazione, secondo il disposto di cui all'articolo 28, comma 2, TUR, l'imposta proporzionale di registro".

In effetti, la risoluzione n. 20/E, pur riferendosi alla risoluzione per mutuo dissenso di donazione, non esclude che gli stessi principi enunciati possano applicarsi anche ad altri contratti, come ad esempio la vendita, avendo compiuto una trattazione della questione in termini generali. Tuttavia, recentemente la Cassazione (35), in relazione alla tassazione del mutuo dissenso di una compravendita immobiliare, afferma esattamente il contrario di quanto affermato dalla Cassazione del 2011. In particolare essa ha stabilito che "in tema d'imposta di registro, il "mutuo dissenso", che è un nuovo contratto, con contenuto eguale e contrario a quello originario, è soggetto a tassazione ex art. 28, comma 2, d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, regola residuale applicabile a tutti gli atti risolutivi di negozi giuridici che non trovino la loro fonte in clausole o condizioni contenute nel negozio da risolvere (o in patto autonomo stipulato entro il secondo giorno successivo alla sua conclusione)", e, dunque, all'imposta proporzionale. Richiamando orientamenti precedenti della Cassazione (36) che qualificavano il mutuo dissenso come un nuovo contratto, di natura solutoria e liberatoria, con contenuto eguale e contrario a quello del contratto originario e con efficacia *ex nunc*, ha affermato che la restituzione del bene oggetto del contratto risolto costituisce una "retrocessione" del medesimo e quindi un ritrasferimento soggetto ad imposta proporzionale, senza considerare, invece, come rilevato da arguta dottrina (37), che essa non è altro che una prestazione necessariamente conseguente e caratterizzante la fattispecie del mutuo dissenso, con conseguente applicabilità delle imposte di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa.

2. La riforma del 2005

2.1. La ratio legis

Prima di analizzare nel dettaglio le differenze nella disciplina dell'azione di restituzione rispetto al passato, non si può non considerare il contenuto della relazione di accompagnamento alla legge 80/2005, che, sebbene non abbia la funzione di definire l'interpretazione del nuovo testo degli artt. 561 e 563 c.c., fornisce con chiarezza l'obiettivo che il legislatore intendeva realizzare. In effetti, quest'ultimo non ha voluto procedere *immediatamente* ad un'organica revisione della disciplina dei patti successori e della tutela dei legittimari, ma ha preferito dare una risposta *urgente* al problema della tutela dell'acquirente dei beni immobili di provenienza donativa, *senza però scardinare surrettiziamente* i principi del libro secondo del codice civile. Quindi, il legislatore non ha abrogato la successione dei legittimari, ma ha apportato un correttivo a favore del terzo avente causa dal donatario, piuttosto tenue, accompagnato da una sorta di "moto contrario", che tradisce l'irresistibile bisogno di anteporre alle esigenze di celerità e sicurezza degli scambi immobiliari la condizione di privilegio riconosciuta ai legittimari (38).

Le modifiche apportate agli artt. 561 e 563 c.c. hanno determinato l'introduzione di un limite alla retroattività reale della sentenza di accoglimento della domanda di riduzione a beneficio degli aventi causa dal destinatario di una donazione lesiva della legittima (39), costituito dal decorso di venti anni dalla trascrizione della donazione, a seguito del quale tanto i diritti di cui all'art. 561 c.c. quanto le alienazioni di cui all'art. 563 c.c. restano definitivamente efficaci ed opponibili ai legittimari vittoriosi in sede di riduzione (40).

Tuttavia, nel caso dei pesi e delle ipoteche, il legittimario vittorioso ha il diritto di pretendere dal donatario la compensazione in denaro in ragione del minor valore dei beni, e nell'ipotesi dell'alienazione a terzi, il "gioco" della stabilizzazione degli effetti resta nelle mani dei potenziali legittimari, che possono sospendere il decorso del ventennio mediante la notifica e la trascrizione dell'atto stragiudiziale di opposizione alla donazione.

Inoltre, la posizione del donatario non riceve alcun mutamento, dal momento che l'azione di riduzione resta sempre esperibile nei suoi confronti, fino alla scadenza del termine di prescrizione decennale, a prescindere dal momento in cui sia stato perfezionato il contratto di donazione e si sia proceduto alla sua trascrizione (41), con la conseguenza che, ove il donatario non abbia disposto del bene, sarà tenuto sempre alla restituzione. Nondimeno, anche il donatario riceve un beneficio, dal momento che, sul piano pratico, decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione, egli potrà disporre del bene immobile donato (senza che i suoi aventi causa possano essere pregiudicati dalla restituzione del bene) e ottenere il risultato di una sorta di emancipazione dei beni già donati dalla loro condizione di "acquisti pericolosi" (42).

2.2. L'applicabilità della riforma alle donazioni anteriori alla sua entrata in vigore

Precisato lo scopo della riforma del 2005, occorre chiarire se essa si applichi anche alle donazioni stipulate in data anteriore all'entrata in vigore della novella stessa, in mancanza di una sua disciplina transitoria. Com'è noto, l'art. 11 delle preleggi stabilisce il generale principio di irretroattività della legge; pertanto, l'acquisizione da parte dei legittimari, potenziali o attuali che siano, del donante di diritti quesiti deve necessariamente fare i conti con l'esigenza che la nuova disciplina inizi a dispiegare effetti di "sdoganamento" dei beni donati, al fine della tranquillità della circolazione dei beni di provenienza donativa, una volta decorso un ventennio dalla trascrizione della donazione. Secondo una parte minoritaria della dottrina (43), l'applicazione della nuova disciplina anche alle donazioni anteriori al 2005 determinerebbe una disparità di trattamento tra coloro che, prima della nuova legge, non potevano fare opposizione e coloro che, dopo la nuova legge, possono invece proporla; pertanto, per le donazioni anteriori all'entrata in vigore della legge in commento la mancanza di una disciplina transitoria determinerebbe l'inizio del periodo ventennale per proporre la "opposizione" dal 15 maggio 2005. Secondo l'opinione prevalente (44), invece, l'assenza di una disciplina transitoria dimostrerebbe l'intenzione del legislatore che il nuovo articolo 563, comma 1, precluda l'azione di restituzione verso qualsiasi donazione ultraventennale, senza distinguere tra donazioni stipulate prima o dopo il 15 maggio 2005. A tal proposito, appare rilevante la distinzione tra il "fatto" e lo "stato di fatto" che deriva dal verificarsi di un determinato accadimento. Infatti, la disciplina di ciascun fatto e di ciascun stato di fatto va ricercata nella normativa del tempo in cui esso si verifica; pertanto, mentre un

fatto, e cioè un accadimento è esposto soltanto alle norme vigenti al tempo del suo venire in essere, uno stato di fatto, e cioè una situazione che si protrae nel tempo, è esposto a tutte le successive discipline giuridiche entrate in vigore nel corso della sua esistenza: questo in piena applicazione del principio di irretroattività delle leggi. Quindi, il legislatore, per ragioni di opportunità, può disporre che fatti e vicende iniziati nel passato (e disciplinati nel passato da una legge anteriore) producano nel futuro conseguenze diverse da quelle già prodottesi o che si sarebbero potute produrre se fossero state disciplinate dalla legislazione superata dalla nuova normativa: riformando la legge del matrimonio, i rapporti matrimoniali sorti nel passato (lunghi dal poter continuare ad essere regolati dalla vecchia legislazione) hanno una disciplina diversa da quella che avrebbero avuto se la nuova normativa non fosse intervenuta; una nuova legge sulle successioni (come quella che preveda una diversa devoluzione dell'asse a favore del coniuge superstite) come non può pretendere di applicarsi a successioni già aperte, non può non applicarsi all'atto della morte di chi sia vivente alla data di entrata in vigore della nuova legge e si sia sposato nella vigenza di una normativa che invece prevedesse una devoluzione diversa rispetto a quella disposta dalla nuova legislazione (45).

2.3. L'opposizione alla donazione: rapporti tra il termine ventennale e l'usucapione; la posizione giuridica del potenziale legittimario

Il legislatore ha conservato la massima tutela di coloro che potrebbero in futuro divenire legittimari del donante, purché manifestino, vivente il donante, un minimo di diligenza che è sembrato ragionevole richiedere loro, attraverso la proposizione dell'opposizione alla donazione (46). Esperandola, infatti, il futuro e potenziale legittimario non consente il decorso del termine ventennale, dopo la cui scadenza non è più possibile incardinare l'azione di restituzione contro gli aventi causa dal beneficiario delle disposizioni lesive. Essa, dunque, consente al legittimario di riservarsi la possibilità di agire in restituzione contro il terzo, ove ve ne fossero i presupposti al tempo dell'apertura della successione del donante. L'atto di opposizione è stato definito (47) un vero e proprio onere di "attivazione", in quanto serve a conservare il diritto futuro ed eventuale del legittimario ad ottenere la restituzione della proprietà del bene donato, anche dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, nei limiti di cui all'art. 2652, n. 8), c.c.

Di regola, prima della morte del donante, il futuro legittimario ha solo un'aspettativa di fatto (48) alla quota di riserva, che diventa aspettativa di diritto solo al momento dell'apertura della successione. Il legittimario, finché il donante è in vita, non può minimamente impedire i suoi atti dispositivi, dal momento che l'eventuale sussistenza di una lesione può essere valutata solo dopo la sua morte. Lo stesso valore della quota di riserva e della quota disponibile deve essere calcolato al momento dell'apertura della successione, ai sensi dell'art. 556 c.c., secondo la regola della riunione fittizia (*relictum – debitum + donatum*). Non solo. Si pensi al principio della "quota mobile", alle condizioni di cui all'art. 564 c.c. per esperire l'azione di riduzione e alla disciplina dell'azione di riduzione, che diventa "disponibile" da parte del legittimario solo dopo la morte del *de cuius* (art. 557, 2° comma, c.c.), al fatto che di legittima e di legittimari si può discorrere solo dopo la morte del *de cuius*.

Secondo la dottrina tradizionale (49), affinché la situazione di attesa all'acquisto del diritto possa ottenere positiva valutazione dall'ordinamento giuridico ed assurgere a situazione giuridica attiva, è

necessario che produca degli effetti preliminari e che sia compiuto almeno uno dei cc.dd. elementi di specificazione dell'effetto. Infatti, in tanto viene accordato un potere ai soggetti, in quanto esso possa essere utilizzato in funzione conservativa di una situazione che, anche se non ha determinato la nascita di diritti soggettivi, ne appare condizione preliminare e strumentale. A tal fine, è necessario che alcuni elementi della fattispecie vengano ad esistenza fin da subito: solo in questo caso, l'ordinamento giuridico interviene per evitare che terzi possano impedire il verificarsi degli ulteriori elementi perfezionativi della fattispecie o che, durante il procedimento di formazione della fattispecie, possano pregiudicarsi le ragioni del soggetto al conseguimento del diritto, una volta perfezionatasi la fattispecie **(50)**.

Ciò posto, nel caso del potenziale legittimario, al momento della donazione, non si può certamente dire che si sia integrato alcuno degli elementi che costituiscono la fattispecie acquisitiva *mortis causa*, primo fra tutti l'apertura della successione (art. 456 c.c.). È evidente, infatti, la differenza rispetto all'ipotesi dell'acquisto di diritti condizionati, in cui è solo l'efficacia del negozio (già perfetto) ad essere subordinata all'avveramento dell'evento condizionante, di guisa che sia possibile la produzione degli effetti preliminari di cui agli artt. 1356, 1357, 1358 e 1359 c.c. Inoltre, l'art. 458 c.c., prevedendo la nullità dei patti successori, quali atti dispositivi di una successione non ancora aperta, rende evidente non solo la loro contrarietà all'ordine giuridico, ma anche la loro immeritevolezza, intesa quale assenza di idoneità ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi **(51)**.

Orbene, alla luce di quanto esposto, il "diritto di opposizione rinunziabile" ha un indubbio carattere eccezionale, dal momento che con il suo esercizio vengono attribuite delle prerogative in capo a soggetti – che potrebbero essere in futuro legittimari del donante – su una successione che, nel momento della sua proposizione, non è ancora aperta, consentendo loro di far valere contro i terzi aventi causa dal donatario diritti *eventualmente* derivanti dall'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione **(52)**.

A ben vedere, però, l'opposizione è un diritto attuale "isolatamente considerato" **(53)** che prescinde completamente dalla stessa azione di riduzione, in quanto spetta a soggetti che, al momento dell'apertura della successione, potrebbero non avere la qualifica di legittimari (si pensi al soggetto che al momento della donazione è coniuge del donante, ma che non rivesta più tale qualifica alla morte di quest'ultimo) o che, pur essendo legittimari, non risultino aver subito alcuna lesione di legittima.

Il fatto che il diritto di opporsi prescinda dalla successione del donante è ulteriormente dimostrato dal tenore letterale dell'art. 563 c.c., che lo riconosce in capo al "coniuge" e ai "parenti in linea retta del donante" e cioè a soggetti che, al momento della donazione, abbiano un legame di parentela col donante.

Si può, ancora, osservare che il diritto di agire in restituzione nei confronti dei terzi acquirenti del bene donato non è minimamente intaccato, anche in caso di rinuncia all'opposizione, laddove la successione si apra nel ventennio dalla trascrizione della donazione.

Appare altresì utile il confronto con le disposizioni in materia di patto di famiglia, nelle quali il legislatore ha chiarito le conseguenze della vicenda realizzata con il patto di famiglia sulla futura successione del disponente. L'art. 768-*quater* c.c., infatti, nell'individuare i soggetti legittimati a sedersi al tavolo del patto di famiglia, si esprime dicendo «al contratto devono partecipare anche il coniuge e "tutti coloro che

sarebbero legittimari” ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore>> (54). Il legislatore, inoltre, individua nello stesso art. 768-*quater* c.c. l'eccezione al divieto di cui all'art. 458 c.c., rappresentata dalla rinuncia alla liquidazione, disciplinandola espressamente, e all'art. 768-*sexies* c.c. si preoccupa di regolamentare la posizione dei legittimari sopravvenuti.

Peraltro, l'opposizione e la rinuncia all'opposizione, pur producendo, all'apertura della successione del donante, delle conseguenze sulle azioni a tutela dei legittimari, assumono un importante rilievo, *in prima ed immediata battuta*, sul diritto attuale del donatario e dei suoi aventi causa. Esse non sono negozi *mortis causa*, ma *inter vivos*, che producono effetti, decorso il ventennio dalla donazione, in ordine alla condizione del bene oggetto di donazione, riconoscendo al donatario un “effetto incrementativo di disponibilità” (55), ancor prima della morte del donante. È evidente, infatti, che la provenienza donativa conferisca al bene oggetto della donazione un valore variabile a seconda che non vi siano state opposizioni, che vi sia stata la rinuncia all'opposizione o che sia decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione.

Occorre soffermarsi su un altro aspetto che conferma l'esistenza di un diritto sì attuale ma sganciato dalla futura successione in capo al coniuge e ai parenti in linea retta del donante.

Non si può, infatti, fare a meno di riflettere sul termine ventennale entro il quale può essere proposta l'opposizione. In verità, esso farebbe pensare che in tale lasso temporale possa maturare l'usucapione a favore del donatario o dei suoi aventi causa, in mancanza di opposizione. Inoltre, il termine ventennale costituisce il parametro temporale di riferimento in materia di prescrizione dei diritti reali minori e di ipoteca (56). L'opposizione, poi, sembrerebbe simile ad un atto interruttivo dell'usucapione a favore del legittimario, di guisa che quest'ultimo possa essere considerato titolare di un diritto reale sull'immobile, anche solo di garanzia.

Invero, corposa dottrina (57) ha evidenziato l'inammissibilità di tale ricostruzione per varie ragioni.

Innanzitutto, ove così fosse, il donatario potrebbe, primo fra tutti, eccepire l'acquisto a titolo originario, rendendo così impossibile la proposizione dell'azione di restituzione, che, al contrario, come già evidenziato, nei suoi confronti può sempre essere esperita, anche ove sia decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione (58).

Inoltre, ove il terzo avente causa dal donatario potesse opporre l'usucapione contro i legittimari del donante che agissero in restituzione nei suoi confronti, sarebbe (ancora una volta) violato l'art. 2935 c.c. (applicabile all'usucapione, argomentando dall'art. 1165 c.c.), in quanto il legittimario vedrebbe decorrere il termine prescrizione del suo diritto di agire in riduzione da un momento anteriore al sorgere del diritto stesso (59).

Si ricorda ancora che, secondo il quadro normativo degli artt. 561 e 563 c.c., l'azione di riduzione non costituisce un'azione di rivendica e non mira a contestare la situazione proprietaria dell'immobile oggetto della donazione e che comunque il possesso ultraventennale del medesimo non ha alcun effetto sull'esperibilità dell'azione di riduzione.

Vi è poi, per il caso in cui i pesi e le ipoteche restino efficaci, l'art. 561 c.c. che fa salvo l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni. Ciò

dimostra che, pur dopo il decorso del ventennio, il donatario deve rendere conto al legittimario del valore del bene e che, quindi, non può mai “doppiare” il suo acquisto a titolo derivativo con uno a titolo originario.

Tutti questi argomenti dimostrano che l’opposizione è un diritto attuale (non reale) di natura potestativa eccezionale a favore del soggetto che la propone, che non ha alcun collegamento immediato con la futura successione del donante. Pertanto, anche dopo la riforma del 2005, non è possibile riconoscere in capo al soggetto opponente un’aspettativa giuridicamente tutelata sulla futura successione. L’opposizione, infatti, è volta *unicamente ed immediatamente* a sospendere il termine ventennale di cui all’art. 563 c.c. e ad incidere sul potere dispositivo del beneficiario della donazione.

Questo non può essere qualificato come termine di prescrizione, in quanto all’estinzione del diritto di opporsi del potenziale legittimario non corrisponde un’immediata situazione di vantaggio in capo ad un altro soggetto (60). Né può essere considerato un termine di decadenza dall’azione di restituzione nei confronti dei subacquirenti (61), dal momento che esso, di regola, presupporrebbe un diritto già attuale da esercitare entro un dato termine (art. 2964 c.c.).

Al contrario, appare preferibile l’opinione che qualifica il termine ventennale come un termine di durata del diritto dell’opponente “posto nell’interesse del terzo, rispondente ad esigenze proprie del mercato immobiliare che sarebbe turbato dall’incertezza derivante dalla prolungata instabilità degli acquisti di beni di provenienza donativa, e mal sopporta l’imposizione di pesi e vincoli alla proprietà senza limiti di tempo” (62).

3. La rinuncia all’opposizione

L’esercizio dell’opposizione nel termine ventennale da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante rende invariata la loro posizione di futuri legittimari rispetto al passato, in quanto essi conservano intatto il loro diritto alla reintegrazione della legittima. L’opposizione – indipendentemente dal fatto che, al momento dell’apertura della successione, venga quantificata la lesione ed esperita l’azione di riduzione – evidenzia una situazione attuale di contrasto familiare (tutta da verificare al momento dell’apertura della successione), creando fin da subito dei problemi nella circolazione dell’immobile di provenienza donativa ed, in definitiva, estrema incertezza in ordine alla sicurezza del suo acquisto.

Anche ove esercitata tempestivamente dai soggetti legittimati, secondo gran parte della dottrina (63), può essere oggetto di rinuncia successiva (*rectius*, revoca), in considerazione dello scopo di favorire la circolazione dei beni donati. Inoltre, la dottrina (64) ha evidenziato che la revoca è ben possibile se si considera che, apertasi la successione, il legittimario può rinunciare all’azione di riduzione o non iniziarla, facendo maturare la prescrizione, pur essendosi opposto, quando il *de cuius* era ancora in vita, alla donazione.

In effetti, l’ammissibilità della revoca dell’opposizione, se da un lato produce un effetto positivo, in quanto essa non può essere ritrattata (65) e agevola la stabilizzazione dei diritti acquistati dagli aventi causa del donatario, una volta decorso il ventennio, dall’altro lato, presupponendo la proposizione dell’opposizione, non cancella le difficoltà iniziali e alla medesima precedenti sulla circolazione del bene.

Allo stesso modo, la mancata opposizione per un periodo prolungato potrebbe ingenerare dei dubbi in ordine all'effettiva intenzione del legittimario, dal momento che questi potrebbe fino all'ultimo giorno prima della scadenza del ventennio notificare e trascrivere l'opposizione, così facendo sfumare l'"affidamento" del donatario circa la possibilità di "affrancare" il bene ricevuto per donazione.

Ad ogni modo, la rinuncia all'opposizione appare un rimedio preferibile rispetto alla situazione di inerzia del soggetto legittimato a proporla. In tal modo, il rinunziante accetta il rischio che, decorso il termine ventennale, non possa più agire in restituzione contro il terzo avente causa dal beneficiario e fare affidamento solo sulla solvibilità del donatario (66).

La rinuncia medesima, però, *non* mira a dismettere *definitivamente* i diritti di (futuro) legittimario in ordine alla restituzione contro terzi, ma semplicemente a renderne più difficile l'attuazione, senza, tuttavia, eliminarli. Non si dimentichi, infatti, che la riforma in nulla ha innovato circa la posizione del donatario quale legittimato passivo dell'azione di riduzione e dell'azione di restituzione, che resteranno sempre esperibili nei suoi confronti e negli ordinari termini di prescrizione.

Inoltre, la perdita dell'azione di restituzione contro i terzi aventi causa dal donatario non appare totalmente sicura, a seguito della rinuncia all'opposizione, dal momento che, ove la successione del donante si apra entro il ventennio dalla trascrizione della donazione, il legittimario può comunque esperire sia le azioni di riduzione e di restituzione contro il donatario sia l'azione di restituzione contro l'avente causa (67).

Ciò deriva inevitabilmente dal fatto che il diritto di opposizione si colloca in una fase anteriore al momento dell'apertura della successione – in cui non è ancora ben definita la situazione patrimoniale del donante, non è possibile prevedere se vi sarà o meno una lesione della legittima al tempo della morte del donante e se, nell'arco del ventennio, sopraggiungano dei soggetti rientranti nei gradi di parentela previsti dall'art. 563 c.c. – e i suoi effetti sono autonomi e, al più, solo mediati rispetto all'eventuale azione di riduzione (68).

Inoltre, la rinuncia all'opposizione ha un'utilità molto limitata, se si considera che essa postula il decorso del termine ventennale, prima di dare stabilità all'acquisto del bene di provenienza donativa, e non produce, dunque, per il rinunziante un impedimento immediato ad esperire l'azione di restituzione. Ciò rende evidente che la rinuncia all'opposizione non offre alcuna stabilità all'acquisto, in quanto occorre verificare sempre la circostanza di mero fatto del decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione.

4. I rapporti tra la rinuncia all'opposizione e la rinuncia alle azioni di riduzione e di restituzione

All'indomani dell'entrata in vigore della novella, il riconoscimento della disponibilità del diritto di opposizione è stato variamente interpretato dalla dottrina.

Secondo un orientamento (69), la rinuncia all'opposizione comporterebbe rinuncia all'azione di riduzione, manifestata attraverso un comportamento inequivocabile, sebbene in via indiretta. La "palese antinomia" con l'art. 557, 2° comma, c.c., che vieta espressamente la rinuncia all'azione di riduzione prima della morte del donante, giustificerebbe la conclusione secondo la quale la rinuncia all'opposizione predichi "inferenzialmente (anche) l'intento di rinunciare alla riduzione". In particolare, secondo un Autore (70), la

rinunzia all'opposizione "assume i toni di una sorta di pseudo patto successorio, analogo a quello, peraltro vietato, di cui all'art. 557, cpv., c.c. con riguardo all'azione di riduzione", in quanto con la stessa "si incide, stabilizzando dopo un ventennio i diritti acquisiti dai terzi suoi aventi causa, sul potere di disposizione del donatario e, quindi, prima ancora, del donante, futuro *de cuius*". Tuttavia, tale opinione non viene condivisa ed è rimasta nettamente minoritaria, per svariate ragioni (71).

In effetti, come osservato in dottrina (72), ove il legislatore avesse voluto attribuire al rapporto tra la rinunzia all'opposizione e la rinunzia all'azione di riduzione un tale significato, avrebbe potuto gettare un "ponte" tra l'art. 563 c.c. e l'art. 557 c.c. In altri termini, data la portata dirompente del presunto valore della rinunzia all'opposizione sul granitico sistema di tutele del legittimario, ci si sarebbe aspettati una previsione normativa *ad hoc*, quando, al contrario, l'art. 557, 2° comma, c.c., poco prima dello stesso art. 563 c.c., ribadisce il divieto della rinunzia all'azione di riduzione, vivente il donante.

Se la rinunzia all'opposizione comportasse realmente la rinunzia all'azione di riduzione, non si vedrebbe allora la ragione per la quale il legislatore abbia conservato il divieto dell'art. 557, che, seguendo questa impostazione, non avrebbe più alcun senso. Infatti, se fosse possibile con la rinunzia all'opposizione rinunciare preventivamente all'azione di riduzione, l'art. 563, 4° comma, c.c. non apporterebbe una deroga al divieto dell'art. 557, 2° comma, c.c., ma semmai ne determinerebbe l'abrogazione, visto che la rinunzia all'opposizione può essere effettuata in relazione a qualunque donazione.

La conservazione della previsione da parte dell'art. 557, 2° comma, c.c. di un divieto assoluto significa che esso rileva ancora e che, pertanto, la rinunzia all'opposizione non ha alcun legame con la rinunzia all'azione di riduzione. Con la rinunzia all'opposizione, come già chiarito, *non* si produce alcun effetto *immediato* sull'azione di *riduzione*, *ma*, al contrario, il soggetto che la effettua si pone in una situazione di attesa del decorso del termine ventennale, solo alla scadenza del quale eventualmente egli *non* potrà più agire in *restituzione contro il terzo* avente causa dal beneficiario (73).

L'art. 557, 2° comma, c.c., nel vietare la rinunzia all'azione di riduzione, si sofferma sul carattere preventivo della stessa, chiarendo, poi, che essa non possa avvenire da parte dei legittimari né con una dichiarazione preventiva espressa, né "*prestando l'assenso alla donazione*". Ebbene, questa espressione generica getta il "ponte" semmai per aderire all'opinione che nega questo significato ulteriore della rinunzia all'opposizione. Infatti, essendo vietato qualunque atto da parte dei potenziali legittimari del donante, prima della morte di quest'ultimo, la rinunzia all'opposizione non può valere come assenso alla donazione né come rinunzia preventiva all'azione di riduzione.

La dottrina preferibile (74) e la scarsa giurisprudenza che si è formata sull'argomento (75) hanno evidenziato, inoltre, che dalla rinunzia all'opposizione non è possibile nemmeno inferire automaticamente la rinunzia all'azione di restituzione, dal momento che il comportamento concludente deve essere univoco e deve far rilevare con certezza la volontà negoziale o contrattuale, ciò che manca nella fattispecie al vaglio.

5. La rinunzia all'azione di restituzione durante la vita del donante

5.1. Il principio della legittima in natura

Vi è un orientamento **(76)** che, pur negando l'equivalenza tra la rinuncia all'opposizione e la rinuncia all'azione di restituzione, desume dalla previsione dell'art. 563, 4° comma, c.c. l'ammissibilità della rinuncia preventiva all'azione di restituzione verso i terzi aventi causa dal donatario. Infatti, questa dottrina – partendo dal presupposto per il quale, a seguito della rinuncia al diritto di opposizione, oltre al trascorrere del ventennio, il futuro legittimario perde la tutela reale della legittima – afferma che il legislatore avrebbe, in buona sostanza, ammesso la *disponibilità* da parte del futuro legittimario dell'azione di restituzione, ancor prima dell'apertura della successione del donante.

Inoltre, si sostiene che la logica del divieto della rinuncia preventiva all'azione di riduzione di cui all'art. 557, 2° comma, c.c. resta ferma e non viene scalfita dalla rinuncia preventiva all'azione di restituzione, dal momento che “se fosse consentita la rinuncia all'azione di riduzione prima dell'apertura della successione, il legittimario non sarebbe in grado di conoscere con esattezza a cosa sta rinunciando”, in quanto “la determinazione del patrimonio del donante (*futuro de cuius*) e della quota che la legge riserva ai legittimari sarà quantizzabile con certezza solo dopo l'apertura della successione”; al contrario, “con la rinuncia all'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario, il legittimario è perfettamente consapevole del *quantum* a cui sta declinando. L'oggetto della sua rinuncia (...) verrà circoscritto ad una o più specifiche donazioni effettuate dal beneficiante delle quali il legittimario rinunciante ha già avuto la possibilità di effettuare una precisa valutazione”.

Si afferma **(77)**, poi, che la possibilità per il legittimario di sottoporsi, attraverso la rinuncia all'opposizione, al rischio di conservare solo il diritto di credito nei confronti del donatario, in caso di decorso del ventennio, dimostrerebbe che ormai il legislatore abbia abbandonato il principio della legittima in natura a favore della tutela meramente obbligatoria del legittimario **(78)**.

Invero, anche a livello comunitario **(79)**, è stata manifestata l'opportunità di preferire la liquidazione in denaro dei diritti dei legittimari del defunto in luogo della tutela reale **(80)**. Tuttavia, il riconoscimento del solo diritto di credito a favore dei legittimari rischia di renderli di fatto privi di tutela, ove a questo non si accompagni l'introduzione di meccanismi che garantiscano l'effettivo conseguimento del valore spettante loro. Non può, infatti, immaginarsi che la lesione dei diritti dei legittimari avvenga solo per disattenzione del disponente e dei beneficiari e che poi questi siano pronti a riparare in ogni modo la sperequazione verificatasi. Al contrario, molto spesso i giudizi di riduzione sono preceduti da sentenze volte ad accertare la simulazione della donazione. Una soluzione che impedisse in ogni caso l'esercizio dell'azione di restituzione nei confronti dei terzi subacquirenti senza la previsione di altri meccanismi di tutela a favore dei legittimari, determinerebbe la vanificazione dell'azione di riduzione nei confronti del donatario attraverso una serie di alienazioni vere o fittizie appositamente poste in essere dal beneficiario della donazione **(81)**.

A sostegno dell'assunto per il quale la tutela reale del legittimario avrebbe ceduto il posto a quella obbligatoria, vengono proposti diversi argomenti.

Si richiamano, infatti, le disposizioni in materia di riduzione del legato o della donazione (art. 560 c.c.) e di patto di famiglia (art. 768-*bis* e ss. c.c.), nonché l'art. 563, 3° comma, c.c. che prevede la facoltà del terzo di liberarsi dall'obbligo della restituzione, pagando al legittimario l'equivalente in denaro, e il recente

orientamento della Cassazione che, in caso di donazioni indirette, ha escluso la possibilità di fare ricorso all'azione di restituzione di cui all'art. 563 c.c.

In verità, l'art. 560 c.c. sembra confermare proprio quanto prima evidenziato e cioè che anche la conversione del diritto reale alla legittima in diritto di credito non può essere *da sola* idonea a tutelare le ragioni dei legittimari. Tale norma risponde ad un condivisibile criterio di opportunità **(82)** e in tanto riconosce la possibilità che il legittimario venga compensato, in quanto il bene immobile sia ancora nel patrimonio del donatario e, quindi, indirettamente il legittimario stesso possa fare affidamento sul fatto che vi sia una garanzia del suo credito.

Allo stesso modo, anche l'art. 563, 3° comma, c.c. conferma che il pagamento dell'equivalente in denaro della legittima è ammesso solo se il bene immobile esista ancora nella sfera giuridica del debitore (terzo avente causa dal donatario). Al contrario, in caso di rinuncia all'azione di restituzione e, quindi, come sostenuto da questa dottrina, alla garanzia reale sul singolo bene, il legittimario vittorioso in sede di riduzione non potrebbe agire contro il terzo divenuto proprietario del bene immobile e non potrebbe avere alcuna garanzia di essere soddisfatto dal donatario. La rinuncia all'azione di restituzione, ove ammessa, non farebbe altro che privare il legittimario della *tutela sostanziale* del suo diritto di legittimario, che sebbene convertito in diritto di credito, deve avere delle fondate aspettative di soddisfazione.

Questa conclusione è ulteriormente suffragata dall'art. 562 c.c., che, per il caso di insolvenza del donatario, prevede la necessità di detrarre dalla massa ereditaria il valore dei beni non recuperati, con la conseguenza che l'incapienza del donatario viene "scaricata" in parte sulle donazioni anteriori, salve però le ragioni di credito sia del legittimario sia del donatario anteriore nei confronti del donatario successivo. In altri termini, il legislatore fa in modo che il legittimario rimasto insoddisfatto si possa rivolgere eccezionalmente al donatario anteriore, proprio al fine di non lasciare il suo credito completamente sfornito di garanzia. Il donatario anteriore, infatti, perderà (in tutto o in parte a seconda dei casi) il bene a lui donato, e poi potrà ottenere soddisfazione del suo pregiudizio dal donatario successivo insolvente.

La dottrina **(83)** ha inoltre evidenziato che, anche nell'ipotesi dell'art. 563, 1° e 3° comma, c.c., non si ha la trasformazione del diritto alla legittima in natura in diritto al valore della quota, in quanto il diritto alla legittima continua ad avere ad oggetto la restituzione in natura, che però viene sostituita dall'equivalente solo in sede esecutiva o per necessità o a tutela del confliggente interesse del terzo.

Secondo la dottrina tradizionale **(84)**, poi, il legittimario, diventando erede solo dopo l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, partecipa alla comunione ereditaria, ottenendo in tal modo un diritto reale sui beni ereditari. La legittima è il diritto ad una quantità di beni dell'asse, e non semplicemente ad un valore. Questo viene affermato anche dalla più recente dottrina **(85)** che, pur ammettendo il polimorfismo causale della legittima, riconosce quale unico limite allo stesso il principio della c.d. legittima in natura.

Anche in sede di divisione, la dottrina tradizionale **(86)** e la Cassazione **(87)** hanno affermato la nullità per preterizione, ai sensi dell'art. 735 c.c., di una divisione che non attribuisca al coerede istituito, nonché legittimario, alcuna porzione della massa ereditaria o che preveda che le ragioni ereditarie di un

riservatario siano soddisfatte dagli eredi, tra cui è divisa l'eredità con la corresponsione di una somma di denaro non compresa nel *relictum*.

Inoltre, il richiamo all'orientamento della Cassazione che ha negato l'applicazione del principio della legittima in natura alle donazioni indirette non pare dare un contributo decisivo, dal momento che la stessa S.C., con tale esclusione, ha affermato indirettamente l'applicazione del principio stesso alle donazioni dirette.

La dottrina che si è occupata del tema (88) osserva che l'azione di riduzione non determina solo la perdita della causa giustificativa dello spostamento patrimoniale realizzato dalla donazione, in applicazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, ma anche l'acquisto del titolo di erede in capo al legittimario e la considerazione del bene donato quale "ereditario", cioè come effettivamente rientrato nell'asse ereditario o, meglio, come mai uscito dallo stesso.

Orbene, nel caso delle liberalità indirette, l'accoglimento del principio della legittima in natura creerebbe un cortocircuito dal momento che, da un lato, il bene oggetto della liberalità, non essendo mai entrato a far parte del patrimonio del donante, logicamente non potrebbe essere riattrato alla massa ereditaria attraverso l'esercizio dell'azione di riduzione, e, dall'altro, l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione, pur consentendo al legittimario di acquistare la qualità di erede, non gli consentirebbe di ottenere il bene in forza di un titolo successorio.

In altri termini, nel caso delle liberalità indirette, l'acquisto della qualità di erede a seguito dell'azione di riduzione non può consentire tecnicamente il recupero del bene, che non può essere considerato come facente parte del patrimonio ereditario. Di conseguenza, l'unica pretesa che il legittimario ha non può che essere solo il valore economico dell'arricchimento di cui ha goduto il beneficiario, e cioè il controvalore in denaro del bene acquistato da quest'ultimo, e non la sua restituzione, senza mettere in discussione la titolarità del diritto sui beni donati né in capo al diretto beneficiario né in capo ai terzi aventi causa (89).

Dal combinato disposto degli artt. 555 e 809 c.c., peraltro, la dottrina (90) desume che l'azione di riduzione delle liberalità indirette abbia un valore del tutto peculiare, dal momento che essa è diretta a rimuovere dal patrimonio del donatario il risultato dell'effetto liberale e l'incremento del suo patrimonio, indipendentemente da qualunque valutazione relativa al titolo che lo ha determinato. Nel caso della donazione diretta, infatti, la sentenza di riduzione colpisce il *titolo formale*, intaccandone la stabilità nella circolazione, mentre, nel caso della donazione indiretta, la sentenza di riduzione non può intaccare il titolo, che non è una donazione formale, ma solo il suo *effetto negoziale*, con ciò preservando la sua stabilità nella circolazione. In quest'ultima ipotesi, l'esito vittorioso dell'azione di riduzione "svuota" il titolo del suo contenuto negoziale, lasciandolo fermo nella vicenda circolatoria (91).

5.2. Il divieto dei patti successori

Parte della dottrina (92) afferma l'ammissibilità della rinuncia preventiva all'azione di restituzione, non ritenendola in contrasto col divieto dei patti successori rinunciativi di cui all'art. 458 c.c.

In particolare, tale orientamento, partendo dal presupposto che il divieto dei patti rinunciativi si basa sulla *ratio* di limitare la prodigalità di soggetti che non possano effettivamente avere contezza di ciò a cui stanno rinunciando e sull'immoralità del porre nella morte altrui affidamenti e speranze, supera le ragioni di contrasto tra la rinuncia all'azione di restituzione e il divieto dei patti successori rinunciativi sulla base di alcune considerazioni non condivisibili.

Innanzitutto, vi sarebbe il fatto che, in alcuni casi, come l'art. 1472 c.c. e l'art. 1478 c.c., il legislatore abbia superato il rischio della prodigalità, in mancanza di consapevolezza del valore del bene oggetto di disposizione, prevedendo il corrispettivo a carico dell'acquirente. Nell'ipotesi della rinuncia preventiva all'azione di restituzione, tra l'altro, il rinunziante abdicerebbe a diritti che riguardano il singolo bene determinato, con la conseguenza che egli avrebbe la possibilità di apprezzarne il valore. Inoltre, essendo il bene donato uscito dalla sfera giuridico-patrimoniale del donante, la rinuncia si riferirebbe ad un *bene* che ormai fa parte del patrimonio del donatario.

In effetti, autorevole dottrina (93) ha evidenziato come, in realtà, l'art. 458 c.c. debba essere letto insieme all'art. 457, 3° comma, c.c., secondo il quale le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari, evidenziando il nesso tra queste due norme, da un lato, e l'art. 557, 2° comma, c.c., dall'altro. Secondo l'Autore, poiché il nostro sistema giuridico è improntato al principio dell'unità della successione e alla smodata tutela dei legittimari, l'art. 458 c.c. costituisce una norma di chiusura che vuole "evitare la «frammentazione» della vicenda successoria in mille fasi che più facilmente sfuggirebbero a quei meccanismi di riequilibrio patrimoniale (riduzione e collazione) previsti a tutela di certe categorie di soggetti (legittimari o coeredi legati da rapporti di cui all'art. 737 cod. civ.)".

Orbene, attraverso la rinuncia all'azione di restituzione, il futuro legittimario non rinuncia al *bene*, che, come sostenuto dalla predetta dottrina, costituirebbe la garanzia reale dei suoi diritti di legittimario, ma, al contrario, al *diritto* di vedere reintegrata la sua legittima che, per sua natura, sorge, sia nell'*an* che nel *quantum*, solo con la morte del *de cuius* e con il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. Di conseguenza, la rinuncia *de qua* finisce per assumere i caratteri dell'atto *mortis causa*.

Secondo la dottrina tradizionale (94), infatti, affinché un atto possa definirsi *mortis causa*, occorre che la morte abbia incidenza sull'oggetto e sul soggetto. L'oggetto deve determinarsi quanto ad "esistenza", "entità" e "modo di essere" al momento della morte dell'ereditando e il soggetto beneficiario deve essere considerato esistente in tale momento. Orbene, è evidente che l'esistenza, l'entità e il modo di essere del diritto alla reintegra saranno determinati solo alla morte del *de cuius* allorché, all'esito del calcolo della quota spettante al legittimario, sia determinata la sua lesione, e che il beneficiario può essere considerato come esistente al tempo della morte in quanto sia possibile esperire nei suoi confronti l'azione di restituzione.

Per tali ragioni, non può dirsi pienamente superato l'ostacolo del divieto dei patti successori, ai sensi dell'art. 458 c.c. e, dunque, nemmeno sotto tale profilo, può essere ammessa la rinuncia preventiva all'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario.

6. La sentenza del Tribunale di Torino del 26 settembre 2014, n. 2298

Sulla base delle osservazioni svolte sin qui, stupisce l'orientamento del Tribunale di Torino del 26 settembre 2014, n. 2298 (95), che pure coglie i risvolti particolarmente dannosi della rinuncia all'azione di restituzione, vivente il donante, per il legittimario. Infatti, la sentenza afferma “solo per completezza di ragionamento, che l'anticipata rinuncia all'azione di restituzione aumenta l'alea del legittimario che, essendo ancora in vita il donante al momento della rinuncia all'azione di restituzione, non è in grado di conoscere l'entità del patrimonio che sarà relitto dal futuro *de cuius* e neppure il valore della sua quota di legittima, sicché in caso di incapienza del donatario, il rinunciante vedrà compromessa definitivamente la quota ad esso riservata in relazione alla donazione in alcun modo più riducibile”.

Ciononostante, il tribunale ammette la pubblicità della rinuncia all'azione di restituzione mediante l'annotazione a margine della trascrizione dell'atto di donazione, in totale spregio del principio di tassatività della trascrizione, al fine di soddisfare l'esigenza di “favorire” la circolazione e la commerciabilità degli immobili di provenienza donativa.

L'annotazione, prevista dagli artt. 2654, 2655 e 2656 c.c., costituisce una forma di pubblicità accessoria rispetto ad altra principale e s'inserisce in un meccanismo pubblicitario complesso, in quanto viene compiuta a margine di un'altra pubblicità già eseguita. Quanto alla sua efficacia, vi sono casi (come quello dell'art. 2655 c.c.) in cui l'annotazione svolge una funzione non di semplice pubblicità notizia, perché idonea ad incidere sugli effetti della stessa pubblicità principale, orientandoli in una direzione determinata, bloccando l'operatività della trascrizione relativa all'atto (96). In altre ipotesi (come quella dell'art. 2654 c.c.), l'annotazione ha una funzione di pubblicità notizia, in quanto, avendo ad oggetto atti e domande già trascritte ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c., è volta a rendere avvisato chi consulta i registri delle trascrizioni sull'esistenza di una controversia in ordine alla titolarità di un diritto immobiliare. In tal caso, viene dunque soddisfatta un'esigenza di completezza, ordine e comodità, senza che dalla sua mancanza possa derivare alcuna conseguenza sul piano degli effetti (97).

Quindi, se si considera che nel caso di specie l'atto principale, e cioè la donazione, esiste, l'unico vero ostacolo all'ammissibilità dell'annotazione è dato dall'assenza di un'espressa previsione normativa che ammetta la trascrizione della domanda di restituzione, che legittimerebbe, per un “criterio” di simmetria (98), la pubblicità della rinuncia alla stessa.

In effetti, questa carenza non è una semplice dimenticanza del legislatore, in quanto, probabilmente, il fatto che l'azione di restituzione non sia autonomamente trascrivibile rispetto all'azione di riduzione (art. 2652, n. 8, c.c.), deve essere valutato come una naturale conseguenza del nesso di funzionalità tra le due azioni (99). Quando, infatti, il legislatore ha voluto recidere il legame tra le due azioni, escludendo la possibilità di esercitare solo l'azione di restituzione, lo ha fatto espressamente, come nel caso dell'art. 809 c.c., che prevede solo il riferimento all'azione di riduzione; mentre, ove il legislatore ha voluto escludere non solo l'esercizio dell'azione di riduzione, ma anche il ricorso all'azione di restituzione, si è riferito solo alla prima, come nel caso dell'art. 768-*quater* c.c. e dell'art. 557, 2° comma, c.c.

Ove, poi, la violazione del principio di tipicità della trascrizione non fosse abbastanza, basterebbe considerare un altro aspetto.

La pubblicità, infatti, deve essere improntata ai principi di completezza e verità dell'informazione pubblicitaria, al fine di espungere le informazioni "false", cioè non più rispondenti alla realtà della contrattazione immobiliare.

Orbene, se la trascrizione della rinuncia all'opposizione, pur non essendo espressamente prevista dal legislatore, viene da più parti ammessa in considerazione del fatto che essa obbedisce (oltre che al criterio di simmetria) ai predetti principi di completezza e verità – in quanto la trascrizione della rinuncia successiva elimina la falsa informazione della pubblicizzata opposizione, mentre la trascrizione di quella preventiva "elimina ogni pericolo di (falsa perché inefficace) trascrizione di opposizione successiva alla rinuncia" **(100)** – la trascrizione della rinuncia all'azione di restituzione, invece, li tradisce completamente. Quest'ultima, dovendo dare un'informazione vera, dovrebbe poter significare che l'acquirente del bene immobile con provenienza donativa possa stare sicuro dell'esclusione di qualunque possibilità che un giorno possa giungere qualcuno a bussare alla sua porta, reclamandone la restituzione. Questa certezza, però, può essere ottenuta esclusivamente se la rinuncia *de qua* venga effettuata da *tutti* i soggetti legittimari, la cui individuazione, inevitabilmente, avviene in modo definitivo solo al tempo della morte del donante **(101)**. Nulla esclude che possano sopraggiungere altri legittimari nel ventennio dalla trascrizione della donazione **(102)** e che, quindi, la rinuncia preventiva all'azione di restituzione effettuata da tutti i potenziali legittimari esistenti al tempo della donazione non sia sufficiente a garantire la stabilità dell'acquisto di provenienza donativa.

Per tali ragioni, l'ammissibilità della rinuncia preventiva all'azione di restituzione, prima ancora della sua pubblicità, anziché favorire la certezza nei traffici, potrebbe creare delle false aspettative, se non un ingannevole affidamento in colui che acquista un immobile con una simile provenienza circa la stabilità del suo diritto. Tale aspetto non è sottovalutabile se si considera l'evoluzione delle famiglie moderne, spesso ricomposte e caratterizzate da una forte conflittualità interna.

7. Conclusioni

Non si può evidentemente negare che quello della circolazione degli immobili di provenienza donativa sia un problema molto sentito nella prassi soprattutto dagli operatori del diritto, primo fra tutti il notaio. È più che giustificata la tensione, condivisa anche dal Tribunale di Torino, a tentare una forzatura delle norme per la finalità di facilitare la circolazione degli immobili di provenienza donativa e di favorire, in definitiva, la competitività del nostro sistema giuridico. Tuttavia, è evidente che la riforma del 2005 non abbia raggiunto che dei tenui risultati, come annunciato già dalla relazione di accompagnamento, e che non sia ancora possibile fare pieno affidamento sulla stabilità degli acquisti di provenienza donativa.

Il sistema di tutele dei legittimari, così forte nel nostro ordinamento giuridico, come affermato condivisibilmente in dottrina **(103)**, fa sì che non solo il potere di disporre dei proprietari sia limitato, ma che siano anche vietati accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione. Il che stride anche con il regime fiscale particolarmente agevolato delle donazioni, quasi che i lacci in cui viene a trovarsi

l'acquirente di beni di provenienza donativa siano lo scotto da pagare per il risparmio ottenuto dal beneficiario in sede di donazione.

È, dunque, evidente che l'esigenza di rendere più agevole la circolazione dei beni di provenienza donativa debba essere soddisfatta, in un'ottica di semplificazione, attraverso un'organica riforma del legislatore, che non ammetta semplicemente la rinuncia preventiva all'azione di restituzione. Essa, infatti, in un sistema normativo improntato alla riconsiderazione, al momento della morte del *de cuius*, degli atti a titolo di liberalità da questi compiuti durante la sua vita, a determinati fini - come la riunione fittizia, la collazione, l'imputazione, l'individuazione dei legittimari e la determinazione di eventuali lesioni di legittima -, non garantirebbe a pieno la sicurezza degli acquisti di immobili di provenienza donativa.

Questo stato delle cose deriva non dalla donazione in sé, quanto dalla preferenza del legislatore per l'interesse superiore della famiglia rispetto a qualunque altro, finanche quello della libertà di qualunque individuo di disporre del proprio patrimonio. Finché il legislatore non muterà questa scala di valori, eliminando (*sic!*) la disciplina a tutela dei legittimari, la donazione continuerà ad essere una provenienza pericolosa e non ci potrà essere rinuncia anticipata all'azione di restituzione idonea a garantire la stabilità dei traffici immobiliari.

Note

- (1) Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio e Finzi, Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941, p. 310.
- (2) In tal senso, in giurisprudenza, Cass. 27 settembre 1996, n. 8526, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1996, voce *Procedimento civile*, n. 280.
- (3) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, 2009, Tomo I, p. 529 e ss., A. Busani, *L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma, 4, cod. civ.)*, op. cit., p. 5.
- (4) Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, in *Rivista del Notariato*, 2001, n. 6, con nota di A. Zanni, p. 1506; Cass. 17 maggio 1990, n. 3243, in *Giustizia civile*, 1980, n. 1, p. 2193. F. Moncalvo, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione*, in *Famiglia*, 2004, n. 1, p. 193, evidenzia che l'inopponibilità del titolo d'acquisto del terzo, nei confronti del legittimario vittorioso nel giudizio di riduzione, è una conseguenza della retrodatazione degli effetti della riduzione; effetto questo che non è posto in dubbio dalla circostanza che il terzo abbia la facoltà di liberarsi dall'obbligo di restituire i beni, pagandone il valore. Essa costituisce solo un contemperamento rispetto al sacrificio delle ragioni del terzo acquirente in nome dell'interesse prevalente alla tutela del legittimario, nonostante la validità del proprio titolo d'acquisto.
- (5) Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, cit., p. 1506.
- (6) Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, cit., p. 1506.
- (7) L. Mengoni, *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 2000, p. 307.
- (8) La giurisprudenza ha precisato che, sebbene l'art. 563 c.c. disciplini l'ipotesi particolare in cui vi sia stata l'alienazione dei beni da parte del donatario, non vi è dubbio che la norma vada applicata anche al caso in cui l'atto di disposizione sia stato effettuato dal legatario o dall'erede e, quindi, necessariamente dopo l'apertura della successione del disponente (a differenza dei donatari che potrebbero disporre anche prima di tale momento). Cfr. ancora Cass. 22 marzo 2001, n. 4130, cit., p. 1507.

- (9) L. Mengoni, *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, op. cit., p. 305; M. Ieva, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Rivista del Notariato*, 1998, n. 6, p. 1131; A. Busani, op. cit., p. 1083; R. Franco, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione*, in *Rivista del Notariato*, 2013, n. 2, p. 302.
- (10) F. Magliulo, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, n. 1, p. 93.
- (11) Trib. Monza 27 giugno 1996, in *Nuova Giurisprudenza civile e commerciale*, 1997, n. 1, p. 459, con nota di E. Lucchini Guastalla, *Sull'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*.
- (12) F. Moncalvo, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione*, in *Familia*, op. cit., p. 190. F. Gazzoni, op. cit., p. 17.
- (13) L. Mengoni, op. cit., p. 304.
- (14) A. Torroni, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente*, in *Rivista del Notariato*, 2009, n. 1, p. 248.
- (15) M. Ieva, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, op. cit., p. 1132
- (16) G. Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2006, n. 2, p. 278.
- (17) E. De Francisco, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Rivista del Notariato*, 2005, n. 6, p. 1250.
- (18) G. Gabrielli, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1129.
- (19) L'espressione viene efficacemente utilizzata da A. Busani, *L'atto di "opposizione" alla donazione (art. 563, comma, 4, cod. civ.)*, *CNN – Studio 5809/C*, p. 3, consultabile sul sito www.notariato.it.
- (20) Si ricorda, infatti, che l'imposta sulle successioni e donazioni, disciplinata dal d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, venne soppressa dall'art. 13, comma 1, l. 18 ottobre 2001, n. 383 e poi ripristinata, ma con un regime più favorevole al contribuente, dall'art. 2, comma 47, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262 (convertito in l. 24 novembre 2006, n. 286).
- (21) Cass. 18 ottobre 1991, n. 11024, in *Giustizia civile*, 1992, p. 1293; Cass. 19 ottobre 1993, n. 10333, in *Giustizia civile*, 1994, p. 1282; Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203, in *Giustizia Civile*, 1996, p. 375.
- (22) In argomento, molto efficace è l'immagine proposta da F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giustizia civile*, 2006, n. 1, p. 4, secondo cui "L'art. 2935 c.c. richiamato dall'art. 1165 c.c. permette così al legittimario di sedersi sulla riva del fiume e attendere che passi il cadavere del de cuius-donante". V. anche F. Gazzoni, *È forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?*, in *Giustizia civile*, 1993, n. 1, p. 2522.
- (23) G. Carlini-C. Ungari Transatti, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Rivista del Notariato*, 2005, n. 4, p. 777.
- (24) Cass. 19 ottobre 1993, n. 10333, cit.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 483.
- (25) M. Ebner, *Azione di riduzione e opponibilità dell'usucapione: la teoria del «doppio effetto»*, in *Rivista del Notariato*, 2003, n. 6, p. 1469.
- (26) M. Ebner, *Azione di riduzione e opponibilità dell'usucapione: la teoria del «doppio effetto»*, op. cit., p. 1469, il quale evidenzia come l'applicazione della teoria del doppio effetto all'ipotesi in esame comporterebbe "una forte limitazione temporale dell'azione di riduzione, che, soggetta alla ordinaria prescrizione decennale,

decorrente dall'apertura della successione, non potrebbe però andare a colpire donazioni effettuate oltre il ventennio precedente a tale data. (...) il decorso dei venti anni è un tempo generalmente sufficiente a causare la perdita, per prescrizione, non solo di tutti i diritti reali limitati sugli immobili, ma della stessa proprietà, ove concorra con l'acquisto a titolo originario da parte di un altro soggetto; inoltre, ciò consentirebbe di ovviare in parte all'annoso problema della difficoltà di circolazione dei beni donati (o lasciati per testamento) finché sia ancora esperibile l'azione di riduzione. Potrebbe al contrario sembrare irrazionale, e contrario alla fondamentale esigenza della certezza del diritto, ritenere prevalente la riduzione sull'usucapione, in ordine a donazioni effettuate due decenni prima della morte del donante”.

- (27) R. Franco, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche riflessione sparsa sul diritto transitorio*, in *Rivista del Notariato*, 2008, n. 6, p. 1310.
- (28) Cass. 19 ottobre 1993, n. 10333, cit.
- (29) Per tutti: M. Campisi, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005 n. 263*, in *Rivista del Notariato*, 2006, n. 5, p. 1297 e ss.; F. Magliulo, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, op. cit., p. 95 e ss.; M. Ieva, op. cit., p. 1133 e ss.; A. Federico, *Tecniche di tutela degli interessi nella circolazione delle provenienze donative: la fideiussione del donante e del legittimario*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012 n. 2, p. 852 e ss.
- (30) G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Rivista di diritto civile*, 1939, p. 104.
- (31) G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Napoli, 1983, p. 284.
- (32) M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, cit., p. 16; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 24.
- (33) G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, p. 635; F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, p. 815.
- (34) Cassazione civile, Sezione V, 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Notariato* 2013 n. 2, p. 141.
- (35) Cassazione civile, Sezione VI, 2 marzo 2015, n. 4134, ord, in *Notariato* 2016 n. 1, p. 67.
- (36) Cass. 18859/2008, Cass. 17503/2005, Cass. 4906/1998 e Cass. 7270/1997.
- (37) M. A. Casino, *La S.C. sulla tassazione del mutuo dissenso di una compravendita immobiliare*, in *Notariato* 2016 n. 1, p. 77.
- (38) F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, op. cit., pp. 4 e 6; R. Calvo, *L'opposizione alla donazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2011, n. 2, p. 355.
- (39) S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Rivista del Notariato*, 2006, n. 2, p. 306.
- (40) G. Carlini-C. Ungari Transatti, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, op. cit., p. 775.
- (41) S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, op. cit., p. 307.
- (42) R. Franco, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche riflessione sparsa sul diritto transitorio*, op. cit., p. 1335.
- (43) DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione di beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema*

“Successioni e donazioni. Tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività”, Milano, 5-6 luglio 2005, pagina 13 del dattiloscritto.

- (44) A. Busani, Il nuovo atto di “opposizione” alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.) e le donazioni anteriori: problemi di diritto transitorio, p. 15, il quale testualmente afferma “quanto al profilo di incostituzionalità che questa interpretazione provocherebbe (tra coloro che, prima della nuova legge, non potevano fare opposizione e coloro che, dopo la nuova legge, possono invece proporla, di modo che tutti coloro che siano legittimati all’opposizione verso “vecchie” donazioni potrebbero appunto proporre “opposizione” per venti anni a decorrere dal 15 maggio 2005) invero non pare rilevabile alcuna disparità di trattamento di situazioni eguali: la donazione fatta oltre 20 anni fa è diversa da una donazione stipulata oggi e, trattandosi di situazioni diverse, il legislatore ha appunto inteso disciplinarle diversamente (in particolare, facendo cessare ogni questione di restituzione per la donazione che sia stata stipulata oltre un ventennio prima del 15 maggio 2005; e concedendo per proporre “opposizione” contro la donazione stipulata, al 15 maggio 2005, da meno di un ventennio, un termine pari alla differenza tra i venti anni e il tempo trascorso dalla data della donazione alla data del 15 maggio 2005). Anzi, ipotizzare che l’interpretazione qui sostenuta suffragherebbe una lettura della norma nel senso della sua incostituzionalità (e quindi con ciò sollecitare una sua lettura nel senso di non incorrere in un vizio di disparità di trattamento di situazioni eguali), non tiene conto di almeno due rilievi: da un lato, il rilievo che, ipotizzando ancor oggi (e per un ventennio dal 15 maggio 2005) il diritto di “opposizione” verso donazioni stipulate ante 15 maggio 2005, si permetterebbe a coloro che ancor oggi potrebbero opporsi di avvalersi di un termine ben superiore al ventennio invece concesso per proporre “opposizione” a donazioni stipulate dal 15 maggio 2005 in avanti; d’altro lato, si permetterebbe a chi avesse acquisito la legittimazione alla “opposizione” oltre un ventennio dopo la donazione (ad esempio, per “sopravvenuto” matrimonio) di esercitare un diritto di “opposizione” che non competerebbe a chi acquisisse la legittimazione ad opporsi oltre un ventennio dopo la donazione stipulata dal 15 maggio 2005 in avanti.”
- (45) Tar Veneto, 25 maggio 1999, n. 715, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, p. 2511.
- (46) R. Franco, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche riflessione sparsa sul diritto transitorio*, op. cit., p. 1280.
- (47) F. Gazzoni, op. cit., p. 10; M. Ieva, *La novella degli articoli 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in *Rivista del Notariato*, 2005, n. 5, p. 943; A. Busani, op. cit., p. 1080.
- (48) M. Campisi, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005 n. 263*, in *Rivista del Notariato*, 2006, n. 5, p. 1279; F. Gazzoni, op. cit., p. 4.
- (49) Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 303.
- (50) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 65.
- (51) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 816.
- (52) R. Caprioli, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Rivista del Notariato*, 2005, n. 5, p. 1030.
- (53) G. Carlini-C. Ungari Transatti, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, op. cit., p. 782.
- (54) Secondo la lettura preferibile, infatti, il patto di famiglia dà luogo ad una “successione anticipata” sul bene produttivo, guisa che quanto trasferito col patto di famiglia rimane fuori dal restante patrimonio del *de cuius*, andando a costituire un “comparto stagno”, una massa autonoma, completamente insensibile alle vicende

- degli altri cespiti. In altri termini, si verifica una sorta di “affrancamento totale” di tutto quanto abbia costituito oggetto del patto di famiglia, escludendo la possibilità di una qualunque sua riconsiderazione ai fini della riunione fittizia e dell'imputazione *ex se*. Cfr. Tassinari, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione Italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milano-Roma, 2006, p. 164.
- (55) R. Franco, *Artt. 561 e 563 del codice civile, op. cit.*, p. 1334.
- (56) P. Criscuoli, *Prime riflessioni sulla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2005, n. 6, p. 1504.
- (57) F. Gazzoni, *Competitività e dannosità*, *op. cit.*, p. 9; E. De Francisco, *op. cit.*, p. 1262; G. Carlini-C. Ungari Transatti, *op. cit.*, p. 777; P. Criscuoli, *Prime riflessioni sulla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, *op. cit.*, p. 1519.
- (58) R. Franco, *Artt. 561 e 563 del codice civile, op. cit.*, p. 1335 precisa che “il decorso del termine ventennale non esplica alcuna influenza giuridica sulla proponibilità dell'azione di riduzione contro il donatario, azione che potrà sempre essere esercitata nel tradizionale termine prescrizione decennale, con la conseguenza che ove quest'ultimo risultasse soccombente nel giudizio contro di lui promosso (e che lo vede coinvolto nella qualità di convenuto) e non abbia alienato il bene e/o costituito su di esso altri diritti reali a vantaggio di terzi aventi causa, sarà tenuto sempre alla restituzione.”
- (59) M. Campisi, *op. cit.*, p. 1290. V. altresì quanto esposto al paragrafo 1.2.
- (60) A. Busani, *op. cit.*, p. 21.
- (61) Come invece sostenuto da E. De Francisco, *op. cit.*, p. 1262; e A. Busani, *op. cit.*, p. 21.
- (62) R. Caprioli, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, *op. cit.*, p. 1027.
- (63) A. Busani, *op. cit.*, p. 28; F. Pene Vidari-G. Maroz, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Rivista del notariato*, 2006, n. 3, p. 711; F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, *op. cit.*, p. 5; S. Delle Monache, *op. cit.*, p. 319; P. Criscuoli, *op. cit.*, p. 1526; G. Gabrielli, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1129.
- (64) F. Gazzoni, *Competitività e dannosità, op. cit.*, p. 11.
- (65) R. Calvo, *L'opposizione alla donazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2011, n. 2, p. 363, il quale evidenzia “La rinuncia non può essere revocata perché, ad astrarre da ogni rilievo, verrebbe altrimenti scosso l'affidamento dei terzi, i quali abbiano nel frattempo ottenuto in garanzia il bene oggetto di donazione”.
- (66) R. Franco, *Artt. 561 e 563 del codice civile, op. cit.*, p. 1334.
- (67) P. Criscuoli, *op. cit.*, p. 1525., il quale chiarisce “il legittimario che rinuncia non dismette se non una facoltà (l'azione restituzione contro terzi) futura ed eventuale, che, tuttavia, dipende altresì da tutta una serie di variabili, tra cui, da non dimenticare, il decorso di un ventennio, l'insolvenza del donatario contro cui si agisce e il fatto che questi abbia già alienato in tutto o in parte l'immobile”.
- (68) A. Busani, *op. cit.*, p. 32; S. Delle Monache, *op. cit.*, p. 318; G. Carlini-C. Ungari Transatti, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, *op. cit.*, p. 784.
- (69) A. Palazzo, *Vicende delle provenienze donative dopo la l. n. 80 del 2005*, in *Vita notarile* 2005, p. 767.
- (70) F. Gazzoni, *Competitività e dannosità, op. cit.*, p. 10.

- (71) M. Ieva, *La novella degli articoli 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in *Rivista del Notariato*, 2005, n. 5, p. 943; G. Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2006, n. 2, p. 303.
- (72) S. Delle Monache, *Successione necessaria e sistema delle tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 96.
- (73) In tal senso, anche R. Franco, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione*, in *Rivista del notariato*, 2013, n. 2, p. 293.
- (74) R. Franco, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione*, *op. cit.*, p. 296; M. Ieva, *La novella degli articoli 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, *op. cit.*, p. 943.
- (75) Trib. Vibo Valentia, decreto 2 maggio 2006; Trib. Torino, decreto 26 settembre 2014, n. 2298, in questa rivista, 2015, n. 2, p. 191
- (76) V. Tagliaferri, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, n. 2, p. 173; G. Iaccarino, *La rinuncia anticipata alla azione di restituzione*, in *Notariato*, 2015, n. 2, p. 197; Id., *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Milano, 2011, p. 260 e ss.; A. Torroni, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Rivista del Notariato*, 2011, n. 3, p. 696; Id., *Acquisiti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente*, in *Rivista del notariato*, 2009, n. 1, p. 258; F. Pene Vidari-G. Maroz, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Rivista del Notariato*, 2006, n. 3, p. 701; G. D'Amico, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Rivista del Notariato*, 2011, n. 6, p. 1282; R. Caprioli, *op. cit.*, p. 1032; R. Lenzi, *La natura dell'azione di riduzione e restituzione. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista del Notariato*, 2013, n. 1, p. 264.
- (77) V. Tagliaferri, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, *op. cit.*, p. 175.
- (78) G. Iaccarino, *La rinuncia anticipata alla azione di restituzione*, *op. cit.*, p. 200, il quale, richiamando anche Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Rivista del notariato*, 2011, n. 1, p. 189, con nota di R. Scuderi, *Donazione indiretta e lesione di legittima: rimedi esperibili e procedure azionabili a tutela dei legittimari lesi*, afferma che "Dopo la riforma del 2005 e l'introduzione del patto di famiglia nel 2006, si può affermare, con maggiore convinzione, che per il legittimario leso il diritto a un valore sia la regola mentre il diritto di seguito sul bene sia l'eccezione".
- (79) Raccomandazione della Commissione CE, 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese, consultabile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:31994H1069>.
- (80) E, in effetti, in materia di beni produttivi, la disciplina del patto di famiglia risponde a tale logica.
- (81) M. Ieva, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 216.
- (82) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Tomo I, Milano, 2009, p. 541.
- (83) G. Amadio, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Rivista del notariato*, 2009, n. 4, p. 837.
- (84) L. Mengoni, *op. cit.*, p. 43 e ss.
- (85) F. Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Rivista del notariato*, 2010, n. 3, p. 544.
- (86) Per tutti, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Tomo II, Milano, 2009, p. 1437.
- (87) Cass. 12 marzo 2003, n. 3694, in *Vita notarile*, 2003, p. 877.

- (88) G. Amadio, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, op. cit., p. 826.
- (89) G. Amadio, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, op. cit., p. 830 e p. 842.
- (90) U. La Porta, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2009, n. 4, p. 962.
- (91) U. La Porta, *Azione di riduzione di «donazioni indirette» lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal «donatario»*. *Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 c.c.*, op. cit., p. 966 e p. 972, il quale, peraltro, rafforza la conclusione per la quale l'azione di restituzione è utilizzabile solo se il titolo di acquisto del donatario è dato da una donazione formale dal fatto che l'art. 563 c.c. non faccia alcun riferimento allo stato soggettivo di buona o mala fede del terzo quale criterio di soluzione dei conflitti. Infatti, questo dimostra che il terzo convenuto sarebbe sempre esposto al pericolo dell'azione di restituzione, senza poter eccepire la mancata conoscenza del regolamento negoziale tra il suo dante causa e l'ereditando.
- (92) G. Iaccarino, *La rinuncia anticipata alla azione di restituzione*, op. cit., p. 197; V. Tagliaferri, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, op. cit., p. 175.
- (93) M. Ieva, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 21.
- (94) G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 42.
- (95) In questa rivista, 2015, n. 2, p. 191.
- (96) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 305.
- (97) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 305; G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, 2007, p. 3227.
- (98) Questa l'espressione usata dal Trib. Torino del 26 settembre 2014, cit.
- (99) Si consideri, inoltre, anche la circostanza per la quale il termine di prescrizione decorre dall'apertura della successione sia per l'azione di riduzione che per l'azione di restituzione.
- (100) G. Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2006, n. 2, p. 301.
- (101) Inoltre, il Tribunale di Torino esclude l'applicabilità dell'art. 2645 c.c. poiché non incide sul regime di proprietà del bene immobile donato, ma sulla facoltà dei legittimari di agire in giudizio contro gli aventi causa del donatario. Quindi, esclude che possa essere richiamato l'art. 2643, n. 5) c.c., che prevede la trascrizione degli atti tra vivi di rinuncia a diritti reali, possibilità pure paventata, in relazione alla rinuncia all'opposizione da alcuni autori (F. Gazzoni, *Competitività e dannosità*, op. cit., p. 11).
- (102) F. Magiulo, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, n. 1, p. 106; S. Delle Monache, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, op. cit., p. 320; E. De Francisco, op. cit., p. 1251.
- (103) F. Gazzoni, *Competitività e dannosità*, op. cit., p. 3 e p. 18.